

RAFAEL SIMONETTI BUENO DA SILVA

**O SILÊNCIO PARCIAL E SELETIVO DO RÉU NO INTERROGATÓRIO: UMA
NECESSÁRIA RELEITURA DO ART. 188 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

BRASÍLIA

2022

RAFAEL SIMONETTI BUENO DA SILVA

**O SILÊNCIO PARCIAL E SELETIVO DO RÉU NO INTERROGATÓRIO: UMA
NECESSÁRIA RELEITURA DO ART. 188 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito e Políticas Públicas.

Área de concentração: Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento

Linha: Políticas Públicas, Processo Civil, Processo Penal e Controle Penal

Orientador: Prof. Dr. Antonio Henrique Graciano Suxberger

Brasília

Setembro de 2022

RAFAEL SIMONETTI BUENO DA SILVA

**O SILÊNCIO PARCIAL E SELETIVO DO RÉU NO INTERROGATÓRIO: UMA
NECESSÁRIA RELEITURA DO ART. 188 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito e Políticas Públicas.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Antonio Henrique Graciano Suxberger (UniCEUB)
Orientador

Prof. Dr. Bruno Amaral Machado (UniCEUB)
Membro Interno

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior (FDV/ES)
Membro Externo

Brasília
Setembro de 2022

Dedico este trabalho à minha esposa, **Adriana**, e ao meu filho, **Luís Gustavo**, pelo amor incondicional, apoio integral e carinho constante. Nada, absolutamente nada, seria possível sem vocês.

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação de mestrado decorre não apenas de um esforço pessoal, mas de um apoio incondicional de valiosas pessoas próximas que contribuíram, cada um à sua maneira, para que este trabalho fosse concluído.

Agradeço primeiramente a Deus, meu guia espiritual em todos os momentos.

À minha família, por ser a base do que aprendi como ser humano ao longo desta trajetória.

À minha esposa Adriana, pela paciência e constante apoio declinado durante todo o mestrado. Sou eternamente grato por cada gesto de incentivo.

Ao meu filho Luís Gustavo, pela compreensão em razão das horas furtadas ao seu lado para que este projeto fosse integralmente concluído.

Aos meus pais, Maria Denise e José Antonio, incentivadores eternos e protagonistas do meu caminhar.

Ao meu estimado e dileto orientador, Prof. Antonio Henrique Graciano Suxberger, por ter aceitado o meu convite de orientação e pelos imprescindíveis ensinamentos para que este trabalho pudesse ter início, meio e fim.

Aos valorosos membros da Comissão Examinadora, Prof. Bruno Amaral Machado e Prof. Américo Bedê Freire Júnior, pelas importantes diretrizes e sugestões prestadas por ocasião do exame de qualificação.

Ao Ministério Público do Estado de Goiás, Instituição a qual pertenço com muita honra e admiração.

A todos que, diretamente ou indiretamente, contribuíram para que este momento se consolidasse.

“É um superior momento no cotidiano do Juiz Criminal este de interrogar um réu. O interrogatório deve ser um ato de lealdade, entre homens; um ato de fé no homem; um ato de respeito à dignidade da pessoa humana que existe na figura do réu, por mais grave que tenha sido a conduta que lhe é imputada.”

(jurista Eliézer Rosa).

RESUMO

A dissertação explora significativa controvérsia no âmbito do processo penal, surgida, principalmente, após julgados com posicionamentos divergentes oriundos do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de o acusado se valer do silêncio parcial e seletivo em seu interrogatório, a partir de questionamentos diretamente deduzidos pelas partes. A prática institucional do interrogatório, contrariamente ao que estabelece o art. 188 do Código de Processo Penal (CPP), tem se realizado por meio de questionamentos diretos formulados pelo juiz e, seguidamente, pelo Ministério Público e pelo defensor do acusado. A partir da prática da inquirição direta, surge o problema da recusa em responder unicamente às perguntas do juiz e do Ministério Público, para então tornar o interrogatório um exercício de perguntas respondidas apenas em face dos questionamentos apresentados pela defesa técnica. O tema se desenvolve à luz do postulado do direito à não autoincriminação. Para tanto, a pesquisa delimita: a) as diferenças presentes na inquirição do suspeito no curso da investigação e no interrogatório em juízo; b) o exercício do direito ao silêncio de maneira seletiva e parcial, e não em bloco, para tornar a inquirição uma entrevista do acusado realizada pelo defensor e assistida pelo juiz. Para tanto, a dissertação detalha a estrutura normativa do interrogatório e sustenta que o ato sofreu alterações na sistemática processual, que variou de acordo com a mentalidade ideológico-social-cultural do momento histórico estudado. São examinadas as distintas razões de realização do interrogatório a partir de uma mesma disciplina legal, por meio de um paralelo entre a tradição de autoridade hierárquica e a de autoridade coordenada, para indicar as distintas posturas do juiz em face dos demais atores processuais. A pesquisa abrange a contextualização histórica da garantia contra a autoincriminação. Traça cotejo entre o postulado da não autoincriminação no sistema de *civil law* e no sistema anglo-americano, oriundo do *common law*. O trabalho mostra que as controvérsias do interrogatório na prática institucional brasileira decorrem de uma releitura das formalidades do ato, que não podem ser relegados a plano inferior, sob a justificativa de que os postulados do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e direito ao silêncio autorizam que o acusado e a defesa técnica estabeleçam, unilateralmente, a forma como ele será conduzido. A dissertação conclui que o descumprimento do enunciado legal – art. 188 do CPP — pode gerar sérias consequências para o sistema de justiça, inclusive prejudiciais ao próprio acusado. Metodologicamente, a pesquisa se vale de abordagem dedutiva e promove revisão bibliográfica sobre o tema, além de análise documental dos principais julgados indicativos da controvérsia sobre a prática do interrogatório penal. O tema interessa tanto aos estudiosos do processo penal em geral, especialmente sobre o direito ao silêncio e o privilégio da não autoincriminação, quanto aos que se debruçam sobre institucionalização de práticas do sistema de justiça criminal como releitura de enunciados normativos.

Palavras-chave: direito ao silêncio; privilégio da não autoincriminação; procedimentos; arranjos institucionais; prática forense penal.

ABSTRACT

The dissertation explores a significant controversy in the context of criminal proceedings, which arose mainly after judgments with divergent positions from the Superior Court of Justice on the possibility of the accused to use partial and selective silence in his interrogation, from questions directly deduced by the parts. The institutional practice of interrogation, contrary to what is established in art. 188 of the Criminal Procedure Code (CPC), has been carried out through direct questions formulated by the judge and, subsequently, by the Public Prosecutor's Office and the defendant's defender. From the practice of direct inquiry, the problem arises of the refusal to answer only the questions of the judge and the Public Prosecutor's Office, to then turn the interrogation into an exercise of questions answered only in the face of the questions presented by the technical defense. The theme is developed in the light of the postulate of the right to non-self-incrimination. To this end, the research delimits: a) the differences present in the questioning of the suspect in the course of the investigation and in the interrogation in court; b) the exercise of the right to silence in a selective and partial manner, and not in bloc, to make the interrogation an interview of the accused carried out by the defender and assisted by the judge. To this end, the dissertation details the normative structure of the interrogation and maintains that the act underwent changes in the procedural system, which varied according to the ideological-social-cultural mentality of the historical moment studied. The different reasons for carrying out the interrogation from the same legal discipline are examined, through a parallel between the tradition of hierarchical authority and that of coordinated authority, to indicate the different positions of the judge in face of other procedural actors. The research covers the historical context of the guarantee against self-incrimination. It draws a comparison between the postulate of non-self-incrimination in the civil law system and in the Anglo-American system, originating from the common law. The work shows that the interrogation controversies in Brazilian institutional practice stem from a reinterpretation of the formalities of the act, which cannot be relegated to a lower level, on the grounds that the postulates of due legal process, contradictory, full defense and right to silence authorize the accused and the technical defense to establish, unilaterally, the way in which he will be conducted. The dissertation concludes that the breach of the legal statement - art. 188 of the CPC — can have serious consequences for the justice system, including harm to the accused himself. Methodologically, the research uses a deductive approach and promotes a bibliographic review on the subject, as well as a documentary analysis of the main judgments indicative of the controversy over the practice of criminal interrogation. The topic is of interest to scholars of criminal procedure in general, especially on the right to silence and the privilege of non-self-incrimination, as well as to those who focus on the institutionalization of practices of the criminal justice system as a reinterpretation of normative statements.

Keywords: right to silence; privilege of non-self-incrimination; procedures; institutional arrangements; criminal forensic practice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O INTERROGATÓRIO COMO PROBLEMA: NORMA <i>VERSUS</i> PRÁTICA.....	14
2.1 Contexto histórico do CPP original, a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e as pontuais/setoriais reformas subsequentes.....	14
2.2 A disciplina do interrogatório no CPP antes e após a edição da Lei n. 10.792/2003 e as reformas legislativas ocorridas nos anos de 2008 e 2009.....	20
2.3 A controvérsia bateu à porta ao STJ	32
3 CONTEXTUALIZAÇÃO NORMATIVA DO INTERROGATÓRIO	43
3.1 Conceito e características do ato	43
3.2 Finalidades do interrogatório. Razões distintas de realização do interrogatório a partir de uma mesma disciplina legal.....	52
3.3 Elementos estruturais do interrogatório nas distintas tradições de processo penal... 65	
3.3.1 <i>Nemo tenetur se detegere</i>	65
3.3.2 <i>Desdobramento do direito de não produzir prova contra si mesmo: o direito ao silêncio ou direito de ficar calado</i>	78
3.3.3 <i>O desenvolvimento do nemo tenetur se detegere (privilege against self-incrimination) no direito anglo-americano</i>	86
4 A PRÁTICA INSTITUCIONAL DO INTERROGATÓRIO NO BRASIL.....	106
4.1 O desvirtuamento das características essenciais do ato.....	106
4.2 O “falso” problema do interrogatório judicial: uma prática orientada por enunciado atinente à prova testemunhal	113
4.3 Consequências do descumprimento normativo do art. 188 do CPP na prática institucional brasileira.....	125
5 CONCLUSÕES.....	139
REFERÊNCIAS	145

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo explorar uma das controvérsias atuais mais significativas no âmbito do processo penal, principalmente após julgados com posicionamentos divergentes oriundos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que se referem à possibilidade ou não de se legitimar, no atual modelo vigente no Brasil, o interrogatório parcial e seletivo, hipótese em que o acusado, no exercício de sua autodefesa, de antemão se nega a responder aos questionamentos formulados pelos sujeitos processuais, inclusive ao presidente do ato – o juiz –, sob a justificativa de que responderá apenas às perguntas apresentadas por sua defesa técnica.

Inicialmente, propõe-se uma **distinção** para delimitar o alcance da proposta, estabelecendo-se **duas modalidades** de silêncio parcial: **a)** o exercício do direito constitucional ao silêncio, exercitado durante uma fase ou ato processual, e haver declaração em outra fase ou ato, a exemplo do que acontece quando o investigado permanece em silêncio na fase de investigação e resolve depor no interrogatório perante o juízo ou vice-versa; **b)** o direito constitucional ao silêncio exercitado apenas parcialmente, e não em bloco, na mesma fase ou ato processual, a exemplo do que acontece quando o réu se nega a responder às perguntas formuladas pelo juiz ou Ministério Público no interrogatório, sob o argumento de que responderá apenas aos questionamentos feitos por seu advogado.

Embora não deixemos de reconhecer a importância dos efeitos jurídicos resultantes do exercício do direito ao silêncio na hipótese do item a, **é do item b que tratamos nesta pesquisa**, ou seja, **o silêncio parcial sendo exercitado no mesmo ato processual**.

A compreensão do tema exige o estudo das origens históricas do sistema processual penal brasileiro, que atravessou regimes de Estado (ditatoriais e democráticos) e processo (inquisitivo/acusatório) absolutamente distintos entre si, nos quais as relações políticas se transformaram intensamente.

A estreita ligação do Direito Processual Penal com o exercício de poder pode ser bem compreendida pela lição de Claus Roxin¹ de que “o processo penal é o sismógrafo da Constituição”, uma vez que nele reside a atualidade política da Carta Fundamental. Do mesmo modo, Julio Maier² explica que, no ramo do Direito Penal, “a influência da ideologia vigente ou imposta pelo efetivo exercício do poder se percebe mais à flor da pele que nos demais ramos

¹ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000a. p. 10.

² MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo I – Fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2002. p. 260.

jurídicos”. Também, afirma James Goldschmidt³ que “o processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição”.

Com efeito, essa transição de regimes e de modelos processuais modificou substancialmente a figura do acusado no processo penal, pois, se no processo inquisitório o acusado era tratado como mero objeto de verificação,⁴ o pensamento liberal que passou a informar o processo penal garantiu-lhe a posição de verdadeiro sujeito processual.

O revigorar do sistema acusatório e a transformação da legislação processual penal são, então, fatores condicionantes da criação e do desenvolvimento do postulado constitucional do *nemo tenetur se detegere*, consubstanciado, particularmente, no direito ao silêncio e sedimentado na presunção de inocência.

Não há dúvida de que a opção constitucional brasileira de 1988 foi pela afirmação e eficácia dos direitos fundamentais, incompatíveis com qualquer prática identificada com o sistema inquisitorial, de modo que a discussão proposta está diretamente relacionada com os princípios inerentes do processo penal pós-Constituição de 1988.

Assim, o princípio *nemo tenetur se detegere*, classificado no rol dos direitos de primeira geração, ou seja, relacionado aos direitos de liberdade, possui bases iluministas e encontra previsão constitucional (art. 5º, LXIII, Constituição Federal – CF),⁵ supranacional (artigo 8, n. 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto n. 678/1992)⁶ e infraconstitucional (arts. 186, 198, 479, do Código de Processo Penal – CPP),⁷ apresentando-se o direito ao silêncio como desdobramento da garantia maior do direito à não incriminação, conferindo ao acusado a liberdade de escolha da conduta processual a se adotar, além de impedir a utilização de métodos impróprios de obter informações do acusado.

Outrossim, como sujeito de direitos, reconhece-se ao acusado, no modelo processual vigente, a institucionalidade de uma autodefesa ampliada, retrato do *jus postulandi* e do

³ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935. p. 67.

⁴ Nesse sentido, Vélez Mariconde: “Desde entonces (*inquisitio* significa pesquisa que se cumple por escrito y secretamente, y al término de la cual se dicta la sentencia), el proceso cambia fundamentalmente de fisionomía; lo que era un duelo leal y franco entre acusador y acusado, armados de iguales poderes, se torna en lucha desigual entre juez y acusado. El primero abandona su posición de árbitro y asume la activa de inquisidor, actuando desde el primer momento también como acusador, es decir, se confunden las actividades del juez y del acusador; por su parte, el acusado pierde la condición de verdadero sujeto procesal y se convierte en objeto de una dura persecución.” (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *El proceso penal inquisitivo*. Scritti giuridici in memoria de Piero Calamandrei. v. II. Padova: Cedam, 1958. p. 510).

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

⁶ BRASIL. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

⁷ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

exercício de um direito público subjetivo individual, que se afigura como garantia fundamental, onde a restrição é indevida quando o processado manifesta o seu interesse em participar ativamente da relação processual e é impedido de fazê-lo; vedar a participação do réu equivale a restringir sua liberdade de expressão do pensamento, mitigando-lhe a dignidade por sufocar sua autonomia e a capacidade de autodeterminação.

A afirmação da autodefesa ampliada no devido processo legal tem o condão de fazer instrumentalizar a atuação do acusado no processo penal, inexistindo motivos para excluir, antecipadamente, a participação do réu da formação do resultado útil do processo, tornando-o mero expectador mudo diante de um contexto fático que lhe proporciona inúmeras consequências pessoais.

Sem embargo, para que essa autodefesa ampliada seja exercida com eficácia, revela-se imprescindível a estrita obediência ao rigor formal do procedimento, a fim de se alcançar a maior segurança possível na atividade punitiva desenvolvida pelo Estado. Além disso, o direito ao procedimento adequado passa, antes, pela efetivação da cláusula do devido processo legal. Para ele, a legalidade desponta como instrumento assegurador da certeza e segurança do procedimento, na proporção em que põe à disposição das partes as exatas medidas de que poderão se valer e, ao mesmo tempo, impõe limitações ao arbítrio do juiz na condução do feito.⁸

Nesse contexto, surge a figura do interrogatório do réu, cuja consciência jurídica moderna concorda com o reconhecimento conferido a ele, durante o ato, de não colaborar com a autoridade interrogante na finalidade de esclarecimento dos fatos.

A proposta do trabalho, desse modo, também alcança a análise dos objetivos, da estrutura normativa e dos parâmetros relacionados à finalidade e à natureza jurídica do interrogatório, indagando-se acerca da existência de limites em relação a ele, que segue sob a presidência do julgador e possui regulamentação própria no Código de Processo Penal (CPP). Além disso, o estudo propõe um aprofundamento nos elementos estruturais do interrogatório nas distintas tradições de processo penal, especialmente em relação ao direito anglo-americano.

Partindo dessas premissas, surgem os seguintes questionamentos: a redação do art. 186 do CPP, quando trata do exercício ao silêncio, assegura também ao réu o direito ao silêncio parcial e seletivo? É possível conciliar o modelo processual brasileiro vigente com a adoção desse expediente defensivo? Por fim, de que modo o art. 188 do CPP regulamenta o exercício desse direito por parte do acusado?

⁸ Nesse sentido, LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 88.

Este estudo não descuida, ainda, de ingressar nas consequências dos meios de prova para mensurar a possibilidade ou não de se estabelecer, por parte do julgador na decisão, valoração negativa ao comportamento do réu que, optando por responder apenas aos questionamentos feitos por seu advogado – hipótese de silêncio seletivo e parcial no mesmo ato –, crie eventuais contradições ou inconsistências na versão apresentada.

As respostas a perguntas que exigem uma análise coerente e profunda aos fins aqui almejados não podem pura e simplesmente desconsiderar essa complexidade imanente ao se relacionar com o tema envolvendo os sistemas processuais e o postulado do *nemo tenetur se detegere*, com seu consectário lógico do direito ao silêncio; pelo contrário, devem tomar essa complexidade como ponto de partida irrenunciável.

O reconhecimento da complexidade envolvendo o interrogatório parcial e seletivo do acusado é o primeiro passo para obstar o singelo discurso de que o ato deve ser exercitado de forma livre, desimpedida e voluntária. Essa afirmação, por si só, não basta, pois é preciso ir além para se saber de que modo o exercício do direito constitucional ao silêncio foi regulamentado pela legislação em vigor, sem se descuidar para que não haja um desvirtuamento da finalidade do interrogatório judicial, a ponto de transformá-lo numa entrevista privativa bilateral entre acusado e defesa.

O objetivo deste estudo, portanto, é propor uma releitura do art. 188 do CPP, sem a intenção de esgotar o tema, construindo, nesse contexto, proposições que se adequem à legislação processual penal, orientando-se na busca por um modelo constitucional democrático e legítimo, fim último da nossa Constituição. Para se alcançar tal resultado, é imprescindível questionar e explorar se o debate acerca do interrogatório é sobre o enunciado normativo ou sobre a prática do instituto pelos atores processuais do sistema de justiça.

Para isso, a segunda seção apresenta um levantamento acerca do histórico de formação do CPP original e de suas pontuais/setoriais reformas legislativas acerca do tema. Em seguida, se analisa o modo como o STJ começou a enfrentar essa questão jurídica e as divergências existentes no âmbito da própria Corte de Justiça.

Na seção seguinte, a análise enfatiza o interrogatório em si, com destaque para o conceito, a natureza jurídica, as características e a finalidade do ato, destacando-se a possibilidade de existência e legitimidade para o exercício do silêncio parcial do réu, além de sua relação com o princípio *nemo tenetur se detegere*. O foco do trabalho, então, se dá em relação à contextualização normativa do interrogatório no sistema jurídico brasileiro, explorando-se suas finalidades e as razões distintas de realização do ato a partir de uma mesma disciplina legal, encerrando-se com os elementos estruturais do ato nas distintas tradições de

processo penal, traçando-se um paralelo entre o postulado da não autoincriminação no sistema de *civil law* e no sistema anglo-americano, oriundo do *common law*. Para isso, evidencia-se que nos Estados Unidos a conformação atual do princípio contra a autoincriminação, sob as vestes do *privilege against self-incrimination*, foi construída pela Suprema Corte, a partir de casos envolvendo violência policial.

Na quarta seção, se enfrenta os problemas do interrogatório na prática institucional brasileira, enfatizando-se a necessidade de releitura das formalidades do ato, especialmente do art. 188 do CPP, que não pode ser relegado a plano inferior sob a justificativa de que os postulados do devido processo legal – contraditório, ampla defesa e direito ao silêncio – autorizam o acusado e a defesa técnica a estabelecerem unilateralmente a forma como ele será conduzido, alijando os demais sujeitos processuais (juiz, Ministério Público, assistente de acusação e defensores de *corréus*), fazendo tábula rasa da regra que estabelece o interrogatório como sendo devidamente formatado à segurança de sua forma de produção e ao regime teleológico do processo, do qual o juiz é o maior fiador. Essa seção traz, ainda, os efeitos do desvirtuamento do interrogatório, que pode gerar sérias consequências para o sistema de justiça, inclusive prejudiciais ao próprio acusado.

Para se atingir tais objetivos, faz-se uma revisão bibliográfica, com emprego do método dedutivo, estudando-se as principais obras que tratam dos aspectos relacionados ao tema central da pesquisa. Investiga-se, outrossim, as fontes documentais (jurisprudência e legislação), com aplicação do método indutivo.

2 O INTERROGATÓRIO COMO PROBLEMA: NORMA *VERSUS* PRÁTICA

O Direito Processual Penal brasileiro necessita, mais do que qualquer outro ramo do direito público, de uma vigorosa reforma legislativa, ante a falta de sincronia existente entre uma Constituição promulgada em 1988, com ares de democrática e que fixa parâmetros para o estabelecimento de um processo penal de modelo acusatório, e um Código Processual Penal nascido na década de 40 do século passado, de origem autoritária e inquisitorial, que estabelece uma estrita relação genética entre a forma de Estado reinante à época de sua promulgação e o formato de processo penal que surge e se impõe em razão das necessidades político-ideológicas daquele momento histórico.

Verifica-se que o Brasil ainda não protagonizou uma verdadeira e consistente reforma processual penal, com o escopo de adequar a legislação processual penal ao período democrático que floresceu nas últimas décadas, ao contrário de países da América Central e da América do Sul, a exemplo de Argentina (1991), Guatemala (1992), Costa Rica (1996), El Salvador (1996), Paraguai (1998) e Bolívia (1999).

Contudo, apesar do evidente atraso legislativo, reformas pontuais/setoriais, realizadas, principalmente, nos anos de 2003, 2008 e 2009, visaram, ainda que não na sua integralidade, alterar ou, ao menos, atenuar a estrutura inquisitorial do CPP, fomentando um autêntico modelo democrático de resolução de conflitos no campo penal, destinado a maximizar a efetivação dos direitos fundamentais, principalmente ao fortalecer o devido processo legal e seus consectários lógicos.

2.1 Contexto histórico do CPP original, a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e as pontuais/setoriais reformas subsequentes

Tendo como ponto de partida a hermenêutica histórica para compreender a finalidade de uma norma, convém destacar que o atual CPP, Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942, período em que vigia, no País, o denominado Estado Novo⁹ (1937-1945), governado por Getúlio Vargas e marcado pela centralização do

⁹ “O Estado Novo nasce absolutista. Antes mesmo de regulamentar legalmente as relações entre o plano Governo-Federal-Estados, sua ação se faz sentir contra toda oposição e contra todas as formas de autonomia anteriores. A subordinação ao poder central é a norma. Desaparecem as velhas liberdades federalistas, a autonomia política dos Estados e o jogo de pressão recíproco entre oligarquias locais e o governo federal, e as novas relações que se formam se baseiam na subserviência em relação ao Chefe da Nação. Devido a isso não é preciso mais se formular planos e ideologias. O que se faz e se repete é a fórmula de obediência aos poderes

poder, nacionalismo, anticomunismo e autoritarismo, características que influenciaram diretamente a edição da legislação processual penal.

Nessa época, estava em vigor a Carta Magna de 1937, documento outorgado¹⁰ e parcialmente inspirado nas Constituições fascistas da Itália¹¹ e da Polônia, daí o seu apelido de ‘Polaca’,¹² referência à Constituição imposta pelo marechal Józef Piłsudski à Polônia, em 1921.

Nos campos político e jurídico desse regime autoritário, surge a figura de Francisco Campos, adepto do autoritarismo e defensor de uma Constituição com unidade, “porque governo é um só pensamento e uma só ação”.¹³ Nomeado ministro da Justiça e Negócios Interiores dias antes do decreto de Estado Novo, foi o responsável por elaborar, quase exclusivamente, a redação da Carta de 1937, além de articular a criação de um novo Código Penal (promulgado em 1940) e a unificação da legislação processual (Código de Processo Civil, em 1939, e o Código de Processo Penal, em 1941).¹⁴

A promulgação do CPP, desse modo, deita suas raízes em um período de exceção da história política e jurídica do País, muito ao contrário do que escreveu Francisco Campos na Exposição de Motivos,¹⁵ representando os ideais políticos vigentes à época, em que predominava o ranço de um regime totalitário e contaminado pelo genuíno modelo inquisitivo de processo penal, conforme destaca Fauzi Hassan Choukr:

constituídos, ao Chefe poderoso.” (CARONE, Edgard. *A Terceira República (1937-1945)*. 2. ed. São Paulo: Difel, 1982. p. 24-25).

¹⁰ De origem outorgada, conforme trecho do seu preâmbulo, para atender “ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente.” (CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal*. Brasília: Gabinete do Ministro, 8 de setembro de 1941. Disponível em: https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 18 maio 2022).

¹¹ A base ideológica do CPP foi o *Codice Rocco* de processo penal (1930), da Itália fascista de Benito Mussolini, da qual Alfredo Rocco era Ministro da Justiça. De acordo com a Exposição de Motivos do Código: “Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: ‘Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas’” (CAMPOS, op. cit.).

¹² “O epíteto terminou por ganhar conotação ainda mais pejorativa, ao aludir às prostitutas europeias que, a despeito de sua verdadeira nacionalidade, eram tratadas à época, no Brasil, como polonesas – ou ‘polacas’.” (NETO, Lira. *Getúlio (1930-1945): Do governo provisório à ditadura do Estado Novo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 317-318).

¹³ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 69.

¹⁴ A articulação realizada por Francisco Campos para viabilizar essa unificação processual se deu por meio da nomeação de uma comissão de juristas para elaboração de um projeto de Código de Processo Penal, destacando-se, entre os seus integrantes, os juristas Nelson Hungria, Roberto Lyra e Cândido Mendes, entre outros, cujo trabalho resultou no atual Código de Processo Penal.

¹⁵ “Se o Código não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais.” (CAMPOS, op. cit.).

Nascido em plena época de exceção ao Estado de Direito, sob a égide formal da Constituição de 1937, para atender “ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente”, conforme afirma seu próprio preâmbulo, e sob influência de direito positivo do regime fascista italiano, o direito processual penal brasileiro conheceu, fora do Parlamento e pelas mãos práticas de Francisco Campos, sua reunificação legislativa.¹⁶

Essa codificação processual representa forte instrumento de repreensão social e comportamental, que deixou de ser propriamente um meio para a colheita de provas e julgamento de culpados para tornar-se fim em si mesmo, uma bem organizada trama para ceifar cabeças.¹⁷

Estruturalmente, a reforma processual penal promovida por Francisco Campos e sua comissão de juristas tratou o processo como um mecanismo típico do sistema inquisitório, confiando-se essencialmente a um magistrado sem garantias de imparcialidade e objetividade a gestão da prova e a busca¹⁸ quase ilimitada de uma verdade construída, em que o acusado é mero objeto da investigação.

Essa realidade, aliás, não passou despercebida aos olhos do professor José Frederico Marques, que teceu duras críticas acerca do resultado do trabalho apresentado pela comissão de juristas nomeada por Francisco Campos à época: “Defeituoso e arcaico, não sabendo dotar o país de um estatuto moderno, à altura das reais necessidades de nossa Justiça Criminal, deixando-se sentir os influxos autoritários do Estado Novo”.¹⁹

Em suma, o CPP brasileiro nasceu com viés autoritário e de característica inquisitiva, pois era preciso que uma cultura policialesca florescesse para a máquina estatal não perder eficiência,²⁰ ligando-se umbilicalmente ao paradigma da subjetividade, guiando-se pela postura ativa do magistrado, senhor da prova, que sai em seu enalço independentemente da contribuição das partes.

Quando da redemocratização do país – 1985/1988 –, todavia, uma nova ordem infraconstitucional haveria de impor a necessária reestruturação dos valores fundantes do

¹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 1.

¹⁷ BITTAR, Eduardo C. B. *História do Direito Brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 121.

¹⁸ Conforme afirma Gilberto Thums, no processo inquisitório o juiz se prevalece dessa busca por material probatório, com a justificativa de encontrar a verdade real, baseando-se na economia processual e no argumento de fortalecer o seu livre convencimento (THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais*. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 281).

¹⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998. p. 108.

²⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 54.

Estado Democrático de Direito, particularmente no sistema penal e, no âmbito dele, na própria ordenação processual penal.

Desse modo, nesses 80 anos de vigência do CPP, desde a sua promulgação, passamos por outras três Constituições – 1946, 1967 e 1969 – até se chegar à de 1988, razão pela qual diversos dispositivos do CPP originário foram revogados, a partir de reformas pontuais, ou não recepcionados, por um significativo exercício de hermenêutica, pelo atual texto constitucional.

Não há dúvida, no entanto, de que o atual regramento processual continua com vícios típicos do período autoritário da década de 40 do século passado,²¹ em total assimetria ao modelo democrático de tutela dos direitos e garantias fundamentais do acusado oriundos da CF de 1988, a exemplo da disciplina dada à questão das nulidades.²² Nesse ponto, destaca Choukr:

O Brasil se coloca tardiamente na rota das reformas globais empreendidas pela imensa maioria dos países latino-americanos que reconstruíram suas bases político jurídicas no estado de direito, bem como em relação a alguns países paradigmáticos para a cultura processual brasileira, como Itália e Portugal, os quais, com maior ou menor velocidade, adaptaram por completo sua estrutura processual às bases constitucionais condizentes com a reforma política, assim como com os textos internacionais diretamente aplicáveis ao tema, e buscaram dar, assim, vida prática – e não meramente retórica – à clássica concepção de ser o processo penal “o sismógrafo da constituição”.²³

A despeito de se reconhecer a necessidade de um debate maduro acerca de um novo regramento processual, idealizado de acordo com uma cultura democrática e de respeito aos direitos e garantias fundamentais, tal qual previstos na CF, algo que ainda não ocorreu, fato é que algumas leis pontuais/setoriais alteraram o CPP neste longo período de vigência, ainda que essas alterações não tenham sido suficientes para evitar e corrigir diversas falhas e incoerências existentes no sistema.

²¹ Conforme destaca Khaled Junior, “o relevo da discussão em torno dos sistemas é enorme em função de o sistema inquisitório não estar sepultado pela história: pelo contrário, a vertente inquisitória ainda se sustenta, baseada em larga margem no artifício discursivo da verdade correspondente e na aptidão do juiz para buscá-la [...]” (KHALED JUNIOR, Salah H. *A busca da verdade no Processo Penal*: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 31).

²² De acordo com Gloeckner, “como se pode perceber, no Brasil, a temática das nulidades se encontra impregnada da ‘concepção autoritária de processo’, tal qual imaginada por Campos. Contudo, essas permanências autoritárias não se encontrariam apenas na base da jurisprudência ou nas legislações processuais. Encontram-se também na base doutrinária tradicional, que, de forma acrítica ou conscientemente antidemocrática, reproduz velhos princípios acerca das nulidades.” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 94).

²³ CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do Código de Processo Penal: uma refundação garantista? *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XXI, n. 34, p. 21-34, jul./dez. 2017.

O atual texto constitucional disciplinou a adoção de um modelo em que estão perfeitamente definidas as funções de acusar (art. 129),²⁴ defender (arts. 133 e 134) e julgar (arts. 92 e ss.), sendo vedado ao juiz proceder como órgão de persecução e de gestor da prova:

O modelo acusatório pretendeu devolver ao investigado/acusado a qualidade de sujeito de direitos, o que o procedimento inquisitivo negava, transformando-o em um mero objeto de um procedimento inquisitivo, presidido por um juiz instrutor e de acusação.²⁵

Nesse panorama, embora a Constituição tenha trazido um conjunto de garantias penais que busca uma harmonia entre a efetividade processual e a dignidade dos acusados, a tradição jurídica ainda tem estado enraizada em uma política criminal de vertente inquisitorial, muito em razão de nossa arcaica legislação processual e de nossa cultura, que resistem significativamente em evoluir.

Há, pois, de ser construída uma nova mentalidade, de cunho político e jurídico, com vistas a enfrentar as bases que geraram o atual CPP, rompendo definitivamente com um modelo no qual o processo penal não cumpre nem sua função social, nem sua tarefa jurídica, servindo, apenas, de exercício simbólico do poder estatal, em absoluta dissonância com as vigas mestras do processo penal contemporâneo. Nesse sentido, afirma Robert Pirsig que

[o] verdadeiro sistema é o nosso próprio modelo atual de pensamento sistemático, a própria racionalidade. Se destruímos uma fábrica, sem aniquilar a racionalidade que a produziu, essa racionalidade simplesmente produzirá outra fábrica igual. Se uma revolução derrubar um governo sistemático, mas conservar os padrões sistemáticos de pensamento que o produziram, tais padrões se repetirão no governo seguinte. Fala-se tanto sobre sistema, e tão pouco se entende a seu respeito.²⁶

Desse modo, não obstante uma necessária evolução cultural forjada nos valores de um processo penal efetivamente democrático, a realidade é que, no campo do ordenamento jurídico, buscando-se compatibilizar institutos processuais do CPP de 1941 com o texto constitucional,

²⁴ “Há necessidade de uma acusação, formulada e mantida por pessoa distinta daquela que vai julgar, para que se possa abrir e celebrar o processo e, conseqüentemente, se possa condenar.” (GÓMEZ COLOMER, Juan-Luís. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona: Editorial Ariel, 1989. p. 230).

²⁵ FALCONE, Roberto Andrés. *El principio acusatorio: el procedimiento oral en la Provincia de Buenos Aires y en la Nación*. Buenos Aires: AD-HOC, 2005. p. 19.

²⁶ PIRSIG, Robert M. *Zen e a arte da manutenção de motocicletas: uma investigação sobre valores*. Trad. de Celina Cardim Cavalcanti. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984. p. 98.

se é que isso é possível,²⁷ nos deparamos com reformas pontuais/setoriais ocorridas, principalmente, nos últimos anos.²⁸

Nesse contexto de que “algo precisa ser feito”, pois inviável a manutenção da estrutura vigente, o então Ministro da Justiça, José Carlos Dias, constituiu, por meio da Portaria n. 61/2000, ratificada pela Portaria n. 371, de 11 de maio de 2000, do Ministro José Gregori, uma Comissão de Juristas²⁹ para o trabalho de reforma processual,³⁰ que apresentou, em dezembro de 2000, sete anteprojetos. Estes, por sua vez, originaram os Projetos de Lei n. 4.203/2001 (júri), 4.204/2001 (interrogatório), 4.205/2001 (procedimentos), 4.208/2001 (prisão e medidas cautelares) e 4.209/2001 (investigação criminal).

Nesta dissertação, o interesse restringe-se ao **Projeto de Lei (PL) n. 4.204/2001**, cujo objetivo era adequar o CPP ao disposto no art. 5º, incisos LV e LXIII, da CF, bem como aos

²⁷ Nos dizeres do professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “a questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do *Codice Rocco* de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecutio criminis*, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 15, n. 175, p. 11, jun. 2007).

²⁸ Aponta-se, por exemplo, as alterações introduzidas no CPP pelas Leis Ordinárias n. 10.792/2003, 11.719/2008, 11.900/2009, 12.403/2011 e 13.964/2019 (BRASIL. *Lei n. 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. Brasília: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.792.htm. Acesso em: 18 set. 2022; BRASIL. *Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Brasília: Presidência da República, 2008a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111719.htm. Acesso em: 18 set. 2022; BRASIL. *Lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009*. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111900.htm. Acesso em: 18 set. 2022; BRASIL. *Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm. Acesso em: 18 set. 2022; BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 18 set. 2022.

²⁹ A Comissão teve como membros os seguintes juristas: Ada Pellegrino Grinover (Presidente), Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti.

³⁰ “É fato notório que o Código de Processo Penal de 1941 se encontra totalmente superado pela realidade dos novos tempos, que exige um estatuto que prime pela eficiência, evitando formalismos e procrastinações inúteis, de modo a tornar o processo penal mais simples, célere, desburocratizado e aberto. Por outro lado, a Constituição de 1988 introduziu no sistema penal princípios e regras com as quais o Código processual de 1941 entrou em conflito, de modo que muitas de suas normas perderam eficácia em face da nova ordem jurídica ou devem ser interpretadas de modo diverso do tradicional, sob pena de não se coadunarem com a Constituição” (cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do processo penal – texto apresentado como introdução aos anteprojetos de lei de reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 33, p. 304-312, jan./mar. 2001).

diplomas internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil havia aderido, notadamente, o **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos** e a **Convenção Americana de Direitos Humanos**.

Conforme previsto na Exposição de Motivos do mencionado PL, sua finalidade guiava-se pelas seguintes diretrizes: a) assegurar a presença do defensor no momento do interrogatório; b) proibir sua realização à distância quando o acusado está preso; c) cientificar o acusado do seu direito de permanecer calado; d) que seu silêncio não importa em confissão e tampouco pode prejudicar a defesa; e) separar claramente o ato do interrogatório em duas partes: a primeira sobre a pessoa do acusado (para o efeito, principalmente, de eventual individualização da pena); e a segunda sobre os fatos; f) garantir a participação das partes no interrogatório, para complementá-lo no que for ‘pertinente e relevante’; g) conferir às partes o direito de requerer novo interrogatório do acusado em pedido fundamentado.

A partir dessas diretivas da Exposição de Motivos, é possível notar que a problematização envolvendo o silêncio parcial e seletivo do acusado no ato de seu interrogatório **não** havia sido objeto de qualquer questionamento legal e reflexão doutrinária ou jurisprudencial até aquele momento, seja em relação à redação originária do CPP, seja após as mudanças trazidas pela Lei n. 10.792/2003.³¹

2.2 A disciplina do interrogatório no CPP antes e após a edição da Lei n. 10.792/2003 e as reformas legislativas ocorridas nos anos de 2008 e 2009

Com a redação dada aos arts. 185 a 196 do CPP pela Lei n. 10.792/2003, a disciplina do interrogatório adequou-se ao sistema constitucional, em que pese não ter efetuado todas as mudanças necessárias.

Dentre as alterações promovidas está a prevista no art. 185 do CPP, dispositivo inaugural do Capítulo III (Do interrogatório), do Título VII (Da prova)³² –, que possuía a seguinte redação originária: “Art. 185. O acusado, que for preso, ou comparecer,

³¹ Ademais, não houve qualquer diferenciação estabelecida em relação ao regime legal do interrogatório na investigação e durante a instrução processual.

³² De acordo com Renato Brasileiro de Lima, “com as alterações produzidas pela Lei n.º 11.690/08, passou a constar expressamente do art. 155 do CPP a distinção entre prova e elementos informativos. A palavra **prova** só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das **provas**, de modo que, caso não sejam produzidas em contraditório, exigência impostergável em todos os momentos da atividade instrutória, não lhe caberá a designação de **prova**” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 574. Grifos no original).

espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado.”

Em relação ao aspecto procedimental do ato de interrogatório, o texto originário do art. 187 do CPP dispunha que “o defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas”,³³ sinônimo de que, antes das alterações promovidas pela Lei n. 10.792/2003, o interrogatório era um ato monocrático no qual o juiz formulava as perguntas e o réu as respondia, complementando-as com outras informações em caso de necessidade, sinalizando uma estrutura inquisitória ao proibir a intervenção das partes e investir o juiz como gestor do ato e da prova.³⁴

Antes da vigência da Lei n. 10.792/2003, havia controvérsia acerca da imprescindibilidade ou não em relação à presença de advogado durante o interrogatório. Aqueles que entendiam ser tal presença prescindível justificavam que ele era privativo do juiz e a legislação determinava a necessidade de nomear um defensor ao réu que não dispunha de patrono somente após a realização do ato, sob o fundamento de que uma das perguntas realizadas durante o interrogatório era exatamente se o acusado tinha advogado. Isso porque, em não havendo, o juiz nomearia algum para defendê-lo (arts. 263 e 266 do CPP).³⁵ Assim,

[...] embora parcela jurisprudencial minoritária entendesse necessária essa assistência, a verdade é que não havia regra processual obrigando a tanto, ressalvada a previsão do art. 194 do CPP, este, sim, exigindo a presença de curador (que não passava da figura do advogado) ao réu que tivesse idade inferior a 21 anos.³⁶

A partir da lei mencionada, atendendo-se aos ditames do texto constitucional, houve a adequação da normativa processual à devida observância do direito à ampla defesa, estabelecendo-se a obrigatoriedade da defesa técnica, constituída ou nomeada, no ato do interrogatório, sob pena de nulidade absoluta.³⁷

³³ BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 18 set. 2022.

³⁴ Nesse sentido, afirmava Fernando de Almeida Pedroso que, “sem embargo de respeitáveis e robustas considerações em contrário, afigura-nos que a presença do defensor à inquirição judicial do réu não se reveste de obrigatoriedade, assumindo-se, antes, como concessão de mera faculdade” (PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal*. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 185-186).

³⁵ Ver PEDROSO, op. cit., p. 178-182. Nessa mesma perspectiva são os argumentos de Inocencio Borges da Rosa ao afirmar que, no ato do interrogatório, o réu é o “advogado de si mesmo, é a natureza que pugna pela conservação de sua liberdade e vida, que fala perante juízes que observam seus gestos e suas emoções” (ROSA, Inocencio Borges da. *Processo penal brasileiro*. v. I. Porto Alegre: Oficina Gráfica da Livraria do Globo-Barcellos, Bertaso & Cia., 1942. p. 493).

³⁶ AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 630.

³⁷ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário 459.518/RS. Processo Penal – Interrogatório – Assistência Técnica. A exigência de defesa técnica para observância do devido

Não raras vezes, no entanto, diante da nova realidade, ausente advogado constituído, o magistrado nomeava aleatoriamente um patrono *ad hoc* que estivesse presente no fórum, solicitando que ele assistisse ao ato e assinasse o termo apenas como forma de legitimá-lo e afastar qualquer arguição de nulidade pela ausência do defensor. Essa defesa técnica meramente formal normalmente se dava sem qualquer contato ou entrevista prévia com o réu – tratava-se apenas de um ato pró-forma –, deixando o acusado ainda mais vulnerável durante o seu interrogatório:

1. Quando o advogado não se desincumbe do encargo não se forma o **devido processo legal**, mas um encadeamento de atos procedimentais, de sabor meramente formal. A falta de efetiva e necessária defesa do acusado ofende os princípios da ampla defesa e do devido processo legal insculpidos na Constituição da República em seu artigo 5º, incisos LIV e LV, que dão base ao procedimento contraditório que informa o processo penal. **2.** Não basta que o advogado esteja presente e se manifeste. É necessário que ele o faça de maneira a defender efetivamente o réu, contrapondo-se, em igualdade de condições, à acusação. Exige-se que a defesa técnica, por defensor constituído ou nomeado, se revele apta, em argumentos, a oferecer resistência à pretensão acusatória. **3.** Para que se tenha materialmente uma defesa, garantidora dos princípios maiores que informam o processo penal, é preciso que o defensor, no exercício do seu *munus*, garanta que o acusado influa no processo como um de seus modeladores, com o poder de criar situações processuais e reforçar sua perspectiva de sentença favorável. **4.** Para se legitimar como agente público, no Estado Democrático, o juiz tem, sob esse prisma, uma atividade de conteúdo fiscalizador da legalidade do exercício da pretensão punitiva estatal, declarando, afinal, que a sanção requerida é possível naqueles limites e verificando a cada instante se o desenvolvimento do devido processo legal confere com tais limites. Cabe-lhe, assim, também garantir que o réu tenha uma defesa efetiva, sem a qual não está preenchida a exigência do contraditório.³⁸

Note-se que essa prática costumeira perdeu força com a edição da Lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009, que dispôs, no art. 185, § 5º, 1ª parte,³⁹ acerca da possibilidade de o acusado entrevistar-se, prévia e reservadamente, com seu defensor antes do interrogatório, garantindo-se efetividade ao postulado constitucional da ampla defesa. Seu surgimento, portanto, complementa a garantia de que qualquer acusado deve ter assegurado o acompanhamento de um defensor.

A alteração legislativa que inseriu o referido regramento legal disciplinou, desse modo, além da presença obrigatória da defesa técnica no interrogatório, que o magistrado assegure ao

processo legal impõe a presença do profissional da advocacia na audiência de interrogatório do acusado [...]. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 018, Brasília, 31 de janeiro de 2008b.

³⁸ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Ampla defesa, contraditório e defesa efetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 725, p. 459-468, mar. 1996.

³⁹ CPP, art. 185: “[...] § 5º **Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor**; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022).

réu o direito de se entrevistar prévia e reservadamente com o seu patrono, constituído ou nomeado, recebendo orientação da estratégia defensiva (falar ou silenciar, por exemplo), além de possibilitar que o defensor fiscalize a prática do ato, formulando protestos e requerimentos na defesa do acusado, como forma de proceder a uma defesa técnica que atenda às garantias processuais.⁴⁰

Além disso, o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor já estava previsto no art. 8º, 2, “d”, do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, cujas regras integram o ordenamento brasileiro:

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

[...]

d) direito do acusado defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de **comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.**⁴¹

E não menos relevante é que tal direito, na dicção da lei, deve ser assegurado qualquer que seja a modalidade de interrogatório judicial, inclusive aquele que se opera por videoconferência, tendo a lei se preocupado em garantir “o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso”.⁴²

Outrossim, dentre as mais importantes alterações promovidas pela Lei n. 10.792/2003, para o efetivo exercício da ampla defesa, está a que alterou a redação do art. 186⁴³ do CPP, que passou a prever a obrigatoriedade de ciência ao réu do inteiro teor da acusação,⁴⁴ além da

⁴⁰ “O acusado tem o direito, em todos os momentos, inclusive antes de sua declaração, de receber assistência de um defensor, de modo que ele não pode ser tratado apenas como objeto do processo, mas sim influenciá-lo, independentemente do resultado, pois o direito de defesa atende a diversos interesses do acusado e somente quem tem a possibilidade de ser aconselhado por seu advogado pode responder da melhor maneira possível.” (ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. de Carmen Gomez Rivero e María del Carmen Garcia Cantizano. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000b. p. 130-131).

⁴¹ BRASIL. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 17 set. 2022. Destacou-se.

⁴² Redação do art. 185, § 5º, *in fine*, do CPP (BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022).

⁴³ De acordo com a redação originária do CPP: “Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022).

⁴⁴ “Interrogando o réu, o magistrado, em cumprimento ao art. 188, II, do CPP, lhe dá, com lealdade e franqueza, o conhecimento de tudo quanto, no processo, até então, existe contra ele, e verifica a impressão sobre o mesmo

advertência,⁴⁵ a ser realizada pelo juiz, **antes do início do interrogatório**, acerca do direito do réu de permanecer calado e de não responder às perguntas que lhe forem formuladas.⁴⁶

O art. 186 do CPP confere efetividade ao exercício do direito ao silêncio, quer no que tange aos termos da advertência a ser feita ao acusado antes de iniciado o interrogatório, quer quanto às consequências do seu exercício que, à evidência, não poderão ser prejudiciais à defesa. Desse modo, ao acusado se confere o direito constitucional de não responder a nenhuma pergunta que lhe for formulada, como o de contestar a algumas delas e silenciar com relação a outras que entenda possam expô-lo a risco de autoincriminação.

Por sua vez, a partir da vigência da Lei n. 10.792/2003, a matéria tratada no art. 187 passou a ser tratada no atual art. 188 do CPP, que integrou o interrogatório ao postulado constitucional do contraditório, passando a admitir às partes, em caráter complementar,⁴⁷ a faculdade de realizarem questionamentos ao acusado, desde que relevantes e pertinentes: “Art.

causada, pelo conhecimento de que a acusação tem o amparo de elementos mais ou menos capazes de convencer. E é duma importância extraordinária aferir a confiança ou o desânimo que manifesta o interrogado, quanto à possibilidade de aniquilar essa prova” (ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. v. 3, 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 27).

⁴⁵ “A finalidade principal de tal advertência ao imputado é a de ressaltar a exigência de ciência deste último de seu direito de calar. Busca-se, assim, evitar que a ignorância do direito repercuta em seu próprio prejuízo, fazendo-o perder a oportunidade de se valer de todos os recursos defensivos previstos pelo sistema. Trata-se de um imperativo fundamental para a regularidade do procedimento, que encontra suas raízes nos mesmos postulados do Estado de Direito, e, sobretudo, de um Estado de Direito que não se limite a garantir apenas a igualdade formal de seus integrantes” (GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere*. Milão: Giuffrè, 1972. p. 110 apud COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 196).

⁴⁶ De acordo com a redação promovida pela Lei n. 10.792/2003: “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022).

⁴⁷ O que está autorizado legalmente, **no momento indicado e na forma evidente**, é a **indicação de fato a ser esclarecido**, decorrendo de tal indicação a possibilidade de nova formulação de perguntas ao acusado, sempre pelo magistrado que presidir o ato. De acordo com Paulo Rangel, “a lei foi tímida, mas já deu um grande passo”, pois, segundo o autor, “o interrogatório, lamentavelmente, continua sendo realizado pelo juiz (característica da **judicialidade**) e se processa da mesma forma que determinam os arts. 187 e seguintes do CPP. Pensamos que, em nome da estrutura acusatória do processo penal, o interrogatório deveria ser feito pelo MP e pela defesa nos mesmos moldes do que já se faz com a oitiva das testemunhas, como vimos acima, ficando o juiz apenas como guardião dos direitos e garantias individuais, alertando o acusado de que determinadas perguntas não devem ser respondidas por ferirem seus direitos constitucionais e, claro, ‘policiando’ o MP a fim de evitar que constranja o réu em audiência. Se assim fosse, a imparcialidade do juiz ficaria mais preservada. Todavia, tal avanço é demais para a cabeça de determinados operadores jurídicos, que vão precisar de mais alguns anos até que uma nova Lei diga o que já é inerente ao sistema acusatório. Eles ainda trabalham com o CPP de 1941, ou seja, olham o novo (CRFB) com os olhos do velho (CPP). Vamos aguardar” (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 586-587).

188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.”⁴⁸

No atual cenário, o interrogatório continua sendo realizado pelo juiz e as intervenções realizadas pelas partes deverão ser feitas por intermédio do magistrado, mantendo-se o **sistema presidencialista**⁴⁹ de inquirição, o qual poderá indeferir as perguntas que entender impertinentes (sem nenhuma relação com o fato apurado) ou irrelevantes (relativas ao fato apurado, mas sem nenhuma importância para o seu esclarecimento):

Com a entrada em vigor da Lei nº 10.792/2003, e a consequente alteração do art. 188 do CPP, o interrogatório passou a se submeter ao princípio do contraditório, possibilitando a interferência das partes. Ao contrário do que se dá com os depoimentos de testemunhas e do ofendido, em relação aos quais vigora o sistema do exame direto e cruzado (CPP, art. 212), o interrogatório continua submetido ao sistema presidencialista, devendo o juiz formular as perguntas antes das reperguntas das partes. Apesar de a maioria da doutrina entender que o interrogatório tem natureza jurídica de meio de defesa, tem prevalecido o entendimento de que quem repergunta primeiro é a acusação (Ministério Público, querelante ou assistente), seguindo-se as perguntas da defesa.⁵⁰

Denota-se, portanto, que mesmo após as alterações promovidas pela Lei n. 10.792/2003, o ato do interrogatório continuou sob a égide do sistema presidencialista de inquirição, ao atribuir ao juiz (característica da judicialidade) a tarefa de formular as perguntas ao réu, na forma do art. 187 do CPP, oportunizando o efetivo exercício do contraditório durante o ato, inclusive com a possibilidade de formulação de perguntas pela acusação e defesa, por intermédio do julgador, desde que pertinentes e relevantes.

Embora não se desconheça posicionamento doutrinário no sentido de ser cabível a arguição direta do réu pelas partes, qualquer que seja o rito previsto,⁵¹ de antemão é preciso salientar a ausência de expressa previsão legal para tanto, pois a indagação direta só é admitida e regulada expressamente pelo CPP no rito do Tribunal do Júri, ocasião em que, segundo René

⁴⁸ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

⁴⁹ “Atente-se, porém, que, no interrogatório realizado no curso do julgamento pelo júri, as perguntas serão realizadas diretamente ao réu pela acusação e pela defesa (art. 474, § 1º). Já quanto a eventuais indagações dos jurados ao acusado permanece a sistemática de que sejam feitas por intermédio do juiz (art. 474, § 2º)”. (AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 629).

⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 663.

⁵¹ Nesse sentido, sustenta Denilson Feitosa que, “com base no princípio constitucional acusatório, apesar da dicção do art. 188 do CPP, o juiz poderá, a nosso ver, permitir, de modo geral, em qualquer procedimento, que as partes façam as perguntas diretamente ao acusado, não admitindo as perguntas impertinentes ou irrelevantes (art. 188), o que é reforçado com a previsão do referido art. 474, § 1º, CPP, que trata do procedimento do júri”. (FEITOSA, Denilson. *Direito Processual Penal*. Teoria, crítica e práxis. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 774).

Ariel Dotti,⁵² responsável pela redação do anteprojeto na parte referente ao Júri, o sistema de arguição direta “procura atender o princípio da imediação, definido como a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, permitindo a melhor colheita de material visando o maior reconhecimento dos fatos objeto da decisão.”

Nesse aspecto, a *mens legis* e a *mens legislatoris* não podem ser desprezadas na tarefa do intérprete no campo da hermenêutica e da interpretação,⁵³ pois, ao adotarem sistemas distintos de arguição do réu, um dos objetivos, sem dúvida, foi o de assegurar a dinâmica processual e a preservação das garantias do acusado, criando-se um filtro judicial e evitando que o juiz adote uma postura passiva e acrítica frente ao ato.

Prosseguindo na análise das reformas pontuais do CPP, denota-se, pelas novas propostas legislativas, que resultaram na promulgação das Leis n. 11.689/2008,⁵⁴ 11.690/2008,⁵⁵ 11.719/2008 e 11.900/2009, um propósito de instrumentalidade do processo penal,⁵⁶ cujo significado visou fortalecer a adoção de um modelo acusatório/democrático, sem perder de vista a efetividade do sistema, ensejando uma série de mudanças importantes para o processo penal, inclusive no modo de condução do interrogatório durante a instrução probatória.

Contextualizando, em 9 de junho de 2008, foi sancionado o conjunto de proposições da minirreforma do CPP. O denominado “Pacote da Segurança” era composto por três Projetos de Lei (PLs), quais sejam: 4.203/2001, 4.205/2001 e 4.207/2001, que se consubstanciaram, respectivamente, na Lei n. 11.689/2008 – que alterou o funcionamento do Tribunal do Júri, até mesmo em relação ao interrogatório do réu em plenário –, na Lei n. 11.690/2008 – que criou o

⁵² DOTTI, René Ariel. Anteprojeto do júri. *Revista dos Tribunais*, v. 702, p. 278, abr. 1994.

⁵³ “Toda lei é uma obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, como esmero o sentido e o alcance das suas prescrições. Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também à reconstrução ou síntese” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 8).

⁵⁴ BRASIL. *Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2008c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm. Acesso em: 19 set. 2022.

⁵⁵ BRASIL. *Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2008d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm. Acesso em: 19 jun. 2022.

⁵⁶ Explica Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra *A instrumentalidade do processo*, que a instrumentalidade pode ser classificada em negativa e positiva: a primeira corresponde à negação do processo como um fim em si mesmo e significa um repúdio aos exageros processualísticos e ao excessivo aperfeiçoamento das formas (instrumentalidade das formas, com relevantíssimas consequências no sistema de nulidades); a segunda está caracterizada pela preocupação em extrair do processo (como instrumento) o máximo proveito quanto à obtenção dos resultados propostos e confunde-se com a problemática acerca da efetividade do processo, de modo que ele deverá cumprir integralmente toda a função social, política e jurídica. São quatro os aspectos fundamentais da efetividade: a) admissão em juízo; b) modo de ser do processo; c) justiça das decisões; d) utilidade das decisões (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 456).

sistema da inquirição direta de testemunhas –, e na Lei n. 11.719/2008 – que estabeleceu novos prazos e formas para a condução do rito ordinário e sumário, aplicável à quase totalidade dos crimes existentes, incluindo a realização do interrogatório do réu como último ato da fase de instrução probatória.

Em 2009, por sua vez, a Lei n. 11.900 alterou o CPP para admitir, no processo penal brasileiro, o uso de videoconferência para a realização de atos processuais. Dentre as mudanças relevantes, conforme visto, está a que acresceu o § 5º ao art. 185, para garantir ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor.

Em suma, esses quatro atos normativos entraram em vigor com o intuito de trazer celeridade e eficácia ao processo penal brasileiro, sem, contudo, comprometer o aspecto instrumental de proteção dos direitos e garantias individuais.

Em contrapartida, a novel legislação inovou ao dotar o sistema jurídico processual de institutos que estão sendo objeto de controvérsias relacionadas à forma de sua aplicabilidade, a exemplo do modelo de inquirição direta de testemunhas,⁵⁷ previsto no art. 212, *caput*, do CPP.

Antes da reforma promovida pela Lei n. 11.690/2008, o sistema de inquirição das testemunhas era o presidencialista, no qual as perguntas das partes eram dirigidas ao juiz, que as formulava à testemunha. Vedava-se ao magistrado a recusa de perguntas das partes, exceto se não tivessem relação com o processo ou se, de alguma forma, tivessem sido respondidas.⁵⁸

⁵⁷ “Questão relevante respeita a saber se a redação dada pela Lei 11.690/2009 ao art. 212 alterou a forma clássica de inquirição, qual seja, a de que em primeiro lugar o juiz fará suas perguntas às testemunhas e, somente após, passará a palavra às partes. A dúvida decorre do que dispõe o parágrafo único daquele artigo, no sentido de que sobre os pontos não esclarecidos (nas perguntas das partes) o juiz poderá complementar a inquirição. Duas correntes existem: **primeira**: visando preservar a essência do sistema acusatório que informa o processo penal brasileiro, cabe ao juiz formular suas perguntas apenas depois de realizadas as perguntas das partes, objetivando complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos ou sobre aspectos que entender duvidosos no depoimento. **Segunda**: a redação do art. 212 e de seu parágrafo único não impede o magistrado de iniciar as perguntas que se farão às testemunhas e, apenas depois, passar às partes a faculdade de inquirição. Parte-se do princípio de que esta sempre foi a praxe utilizada na instrução dos processos criminais, não se podendo cogitar de que tenha sido agora modificada, mesmo porque o Código de Processo Penal nunca a estabeleceu expressamente. **Não obstante a controvérsia, predomina nos Tribunais Superiores o entendimento de que, efetivamente, o art. 212 do Código de Processo Penal estabeleceu nova ordem na inquirição das testemunhas, devendo as perguntas ser feitas, inicialmente, pelas partes e, após, complementadas pelo Juiz – na esteira da primeira posição citada. Todavia, a desobediência a este comando traduz, no máximo, uma nulidade relativa, sujeita à demonstração do prejuízo para ser decretada e, ainda, à arguição oportuno tempore, sob pena de preclusão.**” (AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 680. Destacou-se).

⁵⁸ De acordo com a redação originária do CPP: “Art. 212. **As perguntas das partes serão requeridas ao juiz**, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022).

Com a mudança legislativa de 2008,⁵⁹ adotou-se o sistema da inquirição direta, oportunidade em que as perguntas passaram a ser feitas diretamente pelas partes, sem a necessidade de requerer ao juiz, buscando garantir a lisura do testemunho ao permitir que ele seja confrontado pela parte contrária, a fim de serem evitadas contradições ou influências:

Nesse ponto, oportuno destacar que, **tecnicamente**, não se pode denominar o modelo de inquirição direta brasileiro de *cross-examination*, nos moldes do direito norte-americano, pois o *cross-examination*, segundo o Black's Law Dictionary, constitui a “inquirição de uma testemunha, durante o *trial*, pela parte oposta àquela que arrolou a testemunha”.⁶⁰ Desse modo, no processo norte-americano, os principais objetivos do *cross-examination* são a obtenção de fatos favoráveis do depoimento da testemunha arrolada pela parte contrária, ou a criação de dúvida a respeito da sua credibilidade, a fim de diminuir o valor das declarações para a resolução do litígio:

*The cross-examiner's purpose is often to weaken the effect of the direct testimony, and the witness is commonly assumed to be more or less uncooperative. Consequently there is little risk that the witness will acquiesce in the cross-examiner's suggestions. The courts permit leading on cross-examination on the assumption that there is usually a hostile relationship between the witness and the cross-examiner. Given the nature of their relationship, the witness is unlikely to blindly accept the suggestions implicit in the questions' leading phrasing. However, in many jurisdictions when it appears that the witness is biased in the cross-examiner's favor and likely to yield to the suggestions of leading questions, the judge may forbid the cross-examiner from leading. [...] In jurisdictions limiting the scope of cross-examination, if the examiner goes beyond the proper field of cross-examination he may be required to refrain from leading the witness as to the new subject.*⁶¹

É importante observar, nesse contexto, que o sistema do *cross-examination*, de acordo com a Regra 611 (b) das *Federal Rules of Evidence* – critério de admissibilidade de prova técnica adotado pela maioria dos Estados da federação norte-americana –, é limitado à matéria que foi objeto da *direct examination* e às matérias que afetem a credibilidade da testemunha:

Regra 611. Modo e Ordem de Inquirição das Testemunhas e de Apresentação das Provas [...] (b) Escopo do contra-interrogatório. O interrogatório não deve ir

⁵⁹ De acordo com a redação promovida pela Lei n. 11.690/2008: “Art. 212. **As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha**, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.” (BRASIL. *Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2008d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm. Acesso em: 19 jun. 2022).

⁶⁰ No original: “*The questioning of a witness at a trial or hearing by the party opposed to the party who called the witness to testify*” (GARNER, Bryan A. (editor in chief). *Black's Law Dictionary*. 3. ed. (Pocket Edition). St. Paul: West Pub. Co., 2006. p. 170).

⁶¹ BROUN, Kenneth S. *et al. McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013. p. 61.

além do assunto do interrogatório direto e de questões que afetem a credibilidade da testemunha. O tribunal pode permitir o inquérito sobre questões adicionais como se fosse um exame direto.⁶²

Nesse modelo, o juiz, após formular os questionamentos que entender pertinentes ao esclarecimento dos fatos, limita-se a exercer uma função de controle, só interferindo em situações excepcionais, assegurando a observância das regras da *fairness*.

No modelo brasileiro, entretanto, a inquirição da testemunha possui função consideravelmente diversa daquela existente no procedimento norte-americano, pois o sistema processual do Brasil trata a testemunha como sujeito imparcial.⁶³ Como observa Damaška, nos sistemas reconhecidos como de *civil law*, entre eles o brasileiro, o impacto mediador da atividade do tribunal deixa mais espaço para uma compreensão neutra (não partidária) dos meios de prova. Isso porque, depois de um litigante ter oferecido uma testemunha ao tribunal, ela é tratada como ‘comum’ a ambos os lados.⁶⁴

Por outro lado, no processo norte-americano, conforme destaca Damaška, a testemunha pertence às partes, e não ao júizo:

Where partisan counsel search for the sources of information, prepare witnesses for courtroom testimony, and interrogate them in a manner that best advances their client's interest, evidence tends to be associated with one or the other party. Neutral (non-partisan) sources of information do not fit easily into this scheme: all too often, witnesses are perceived as members of a forensic adversary team. It is thus no accident that common law systems retained for a long time the proprietary concept of evidence - a concept, that is, according to which witnesses "belong" to the party who calls them to the stand. It is also no accident that traces of this old concept still survive: when factfinding activities are conducted by counsel for the two adversaries, a bi-polar tension field is generated in which little or no undistributed middle remains.⁶⁵

Além disso, o processo penal brasileiro não prevê a possibilidade de reinquirição das testemunhas, possibilidade existente no direito norte-americano, por meio do *recross-*

⁶² No original: “**Rule 611. Mode and Order of Examining Witnesses and Presenting Evidence [...] (b) Scope of Cross-Examination.** Cross-examination should not go beyond the subject matter of the direct examination and matters affecting the witness’s credibility. The court may allow inquiry into additional matters as if on direct examination” (LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Rule 611. Mode and Order of Examining Witnesses and Presenting Evidence* Primary tabs. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_611. Acesso em: 20 set. 2022).

⁶³ Nesse sentido, “[t]estemunha é a pessoa desinteressada e capaz de depor [...]” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016).

⁶⁴ No original: “*In officialized continental systems, by contrast, the mediating impact of the court’s activity leaves more room for a neutral (nonpartisan) understanding of means of proof. According to a long-standing view, after a litigant has offered a witness to the court, he is treated as “common” to both sides.*” (DAMAŠKA, Mirjan. The uncertain fate of evidentiary transplants: anglo-american and continental experiments. *American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 4, p. 845, 1997).

⁶⁵ Idem, p. 845.

examination e do *redirect examination*, que visam complementar o testemunho, possibilitando que as partes questionem a testemunha novamente antes que ela termine de testemunhar.

Desse modo, a inquirição de testemunhas no sistema processual brasileiro opera de modo diverso do *cross-examination* norte-americano, pois, conforme delineado, a inquirição direta no processo brasileiro, ao contrário do sistema estadunidense, não procura desacreditar a testemunha e o testemunho por ela fornecido. Ademais, o sistema processual brasileiro não se preocupa com a figura da reinquirição da testemunha, da mesma forma que não diferencia o procedimento da inquirição cruzada (*cross-examination*) de determinada testemunha daquele da inquirição direta (*direct-examination*).

Pode-se afirmar, portanto, que o sistema processual brasileiro de colheita da prova testemunhal se aproxima do procedimento da *direct examination* norte-americano, não guardando qualquer relação próxima com o sistema do *cross-examination* daquele país.

A função do juiz na produção da prova testemunhal, por outro lado, não perdeu relevância, e sim o oposto, pois, apesar de ser **completiva** e **subsidiária**, permanece como fiscalizadora do ato, controlando a atuação das partes para que a prova seja produzida nos limites legais e do caso penal, além de filtrar as perguntas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Ademais, essa assunção do papel de protagonismo das partes e subsidiário do juiz o posiciona como o último interveniente na produção da prova testemunhal, afirmando não somente o reconhecimento e a importância de sua participação no esclarecimento de questões complementares, como, de outro lado, afastando do processo penal brasileiro a figura do juiz inerte.

No contexto de adoção do sistema de inquirição direta de testemunhas, o professor Diogo Rudge Malan trata da existência do **direito ao confronto** no processo penal,⁶⁶ afirmando que

[d]entre esses direitos fundamentais, avulta a importância do chamado direito ao confronto (*right to confrontation*), no que tange à atividade de produção da prova oral. Tal direito, originalmente plasmado na Sexta Emenda à Carta Política estadunidense, na atualidade se encontra consagrado em diversos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos, além de ter sido encampado de forma expressa pela Constituição italiana em 1999 (artigo 111, §3º). Trata-se, grosso modo, do direito

⁶⁶ “Além do sistema direto de inquirição de testemunhas, vários dos elementos que compõem o direito ao confronto já estão previstos no CPP: o art. 204 prevê a oralidade; os arts. 217, 260 e 261, a presença do acusado e de seu defensor; o art. 212, a presença do juiz do mérito da causa; o art. 203, o compromisso de verdade às testemunhas; e os arts. 203 e 205, o direito de o acusado saber a identidade das fontes de provas orais.” (MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 90).

fundamental do acusado a presenciar e participar da produção da prova oral contra si em audiência pública.⁶⁷

O *right of confrontation* impõe que todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz seja produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado, e submetido à inquirição deste último. Logo, a declaração de determinada testemunha não pode ser admitida como elemento de prova contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada nas sobreditas condições.⁶⁸

A Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), inclusive, prevê, em seu art. 8, n. 2, *f*, que o acusado tem o direito de “inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.⁶⁹ O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos também dispõe de norma semelhante em seu art. 14, n° 3, *e*.⁷⁰

O direito ao confronto, portanto, resguarda o direito de influência na produção da prova penal e na própria decisão judicial não apenas pela oportunidade de a parte apresentar argumentos e se manifestar sobre as provas produzidas, mas também pela participação ativa na formação da prova que será objeto de valoração pelo juiz.

Desse modo, resumidamente, durante a instrução processual, o CPP disciplina dois sistemas distintos de inquirição. Com relação ao interrogatório do réu, as intervenções realizadas pelas partes deverão ser feitas por intermédio do juiz, mantendo-se o sistema presidencialista de inquirição, com exceção do interrogatório realizado durante a sessão de julgamento pelo júri, em que as perguntas serão realizadas diretamente ao réu pela acusação e defesa (art. 474, § 1º).

Por sua vez, a reforma promovida pela Lei n. 11.690/2008 afastou o sistema presidencialista de inquirição de testemunhas, com a adoção do sistema de exame direto de produção probatória, oportunidade em que as partes (Ministério Público e defesa) passaram a

⁶⁷ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 3.

⁶⁸ *Idem*, p. 78.

⁶⁹ ONU – Organização das Nações Unidas. *Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)* – Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 19 set. 2022.

⁷⁰ “3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação; [...]” (BRASIL. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 19 set. 2022).

ter o direito de argui-las diretamente, isto é, sem a necessidade de direcionar a pergunta ao magistrado.

No entanto, embora a sistemática atual não tenha transformado o interrogado em testemunha – tanto que o interrogatório do acusado no curso do processo – excetuando-se o interrogatório durante a sessão de julgamento pelo júri – continua sendo realizado pelo juiz, admitindo tão somente esclarecimentos ao final por parte da acusação e defesa, inclusive por meio do magistrado –, **começou a surgir**, com fundamento no postulado do direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere* – nada a temer por se deter), do qual se desdobram as variações do direito ao silêncio e da autodefesa negativa, **corrente doutrinária e jurisprudencial defendendo a adoção do sistema de inquirição direta para a oitiva do réu, que, em síntese, poderá escolher quem realizará as perguntas durante o seu interrogatório.**

Antes de nos aprofundarmos na discussão acerca da possibilidade de se legitimar, no modelo processual penal vigente, o exercício do direito ao silêncio parcial e seletivo do acusado no âmbito do interrogatório judicial, vamos, porém, verificar como a controvérsia chegou ao Poder Judiciário e de que modo ela está sendo enfrentada pelo STJ.

2.3 A controvérsia bateu à porta ao STJ⁷¹

No final de 2020, aportou, no STJ, em sede de *habeas corpus*,⁷² questão jurídica envolvendo a possibilidade ou não do exercício ao silêncio seletivo e parcial do acusado durante o seu interrogatório judicial.

Narra-se, na decisão, que o advogado de um dos réus, quando do interrogatório de seu cliente na fase instrutória, informou ao magistrado que ele não responderia às perguntas formuladas pelo juízo e pelo membro do Ministério Público, optando por contestar somente aos questionamentos formulados pela defesa.

No entanto, sob o argumento de que o direito ao silêncio assegura ao réu o direito de permanecer calado, mas não o de conduzir o interrogatório, respondendo seletivamente somente

⁷¹ José Rogério Cruz e Tucci considera que a vocação precípua do STJ é uniformizar a interpretação e aplicação do direito nacional infraconstitucional. Todavia, a despeito dessa premissa notória, o que há, atualmente, é uma instabilidade flagrante e indesejada nos precedentes dos tribunais superiores, que ocorre num mesmo momento temporal e sem qualquer justificação plausível (CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 448-449).

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus 628.224/MG. Relator: Min. Felix Fischer. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 24 nov. 2020.

às perguntas de seus defensores e ignorando as dos demais atores processuais presentes, o magistrado indeferiu o pleito defensivo e encerrou o ato.

A defesa, então, impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais argumentando que houve **nulidade do interrogatório por cerceamento de defesa** ao não poder exercer o seu direito ao silêncio de forma parcial, contudo, o Tribunal manteve a decisão do magistrado, argumentando, em síntese: **(i)** que o interrogatório não é ato ou entrevista unilateral privativo da defesa, mas segue sob a presidência do juiz, ainda que garantido ao interrogando o direito constitucional ao silêncio, eventualmente a ser exercido de modo total ou seletivo; **(ii)** que não se pode adredemente transmutar o ato de interrogatório – dirigido pela autoridade judicial responsável pela condução do processo – numa entrevista privativa bilateral entre acusado e defesa, em que se exclui por “atacado”, com presunção de desinteresse em responder e de modo antecipado, a participação do juízo ou das partes opostas; e **(iii)** que é direito do réu, querendo, silenciar, faltar com a verdade, declinar de responder, uma a uma – e, ao final, até a todas, se for o caso –, as perguntas que lhe vierem a ser dirigidas; mas não é direito dele dirigir e conduzir materialmente o próprio ato judicial em si.

Diante desse acórdão, impetrou-se *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário perante o STJ, que, monocraticamente, não conheceu do *writ*, porém, concedeu a ordem, de ofício, para que,

[...] **confirmando a liminar**, nova audiência de instrução seja realizada, oportunizando-se, ao paciente, seu interrogatório (a identificação pessoal é **obrigatória**), assim como manifestar **livremente** quanto ao mérito, seja de forma espontânea ou sob condução de perguntas de qualquer das autoridades, especialmente, do seu próprio patrocínio. Por conseguinte, sejam os prazos subsequentes renovados, sem prejuízo da renovação dos eventuais atos já realizados.⁷³

Evidenciou-se, na decisão do relator ministro Felix Fischer, os seguintes **pressupostos**: **(i)** o ato do interrogatório, embora conduzido pelo juízo, é ato de defesa, revelando-se, muitas vezes, a única oportunidade de o réu exercer a sua autodefesa no processo criminal; **(ii)** o CPP não é claro acerca da possibilidade de o réu exercer o seu direito ao silêncio, quanto ao mérito, em bloco; **(iii)** quanto ao mérito, a autodefesa se exerce de modo livre, desimpedido e voluntário; **(iv)** a autodefesa não se confunde com o direito ao silêncio e com o de não produzir prova contra si mesmo.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus 628.224/MG. Relator: Min. Felix Fischer. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, p. 8, 24 nov. 2020. Grifos no original.

O *decisum* traçou, em síntese, que o réu pode se recusar a responder, durante o seu interrogatório judicial, às indagações feitas pelo Ministério Público e pelo juiz, respondendo apenas ao seu advogado, se assim o desejar.

Em agosto de 2021, o STJ se deparou novamente com o tema, também em sede de *habeas corpus*,⁷⁴ tendo como relator o desembargador convocado em atuação na 5ª Turma, Jesuíno Rissato, que, monocraticamente, não conheceu do *writ*, mas concedeu a ordem, de ofício, para determinar que nova audiência de instrução fosse realizada,

oportunizando-se, ao paciente, seu interrogatório (a identificação pessoal é **obrigatória**), bem como a sua **livre** manifestação quanto ao mérito, seja de forma espontânea ou sob condução de perguntas de qualquer das autoridades, especialmente, do seu próprio patrocínio.⁷⁵

Para a exata compreensão da *quaestio*, o caso ocorreu na 6ª Vara Federal de Santos, quando o réu, de forma sumária e genérica, durante audiência de instrução e julgamento, afirmou que não responderia a qualquer questionamento que não fosse feito por sua defesa, levando o magistrado a indeferir o interrogatório, sob o argumento **(i)** de que não há previsão legal (CPP, arts. 185 e ss.) ou constitucional (CF, art. 133) para que a defesa proceda à instrução processual;⁷⁶ **(ii)** de que a própria garantia ao direito ao silêncio apenas terá alguma razão de ser caso as perguntas sejam formuladas pela autoridade investida para o ato estatal, segundo a dinâmica dos fatos e a dialética processual; e **(iii)** de que seria suficiente que fosse feita declaração por escrito com as razões defensivas.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3) manteve o indeferimento, sob o fundamento de que no sistema processual brasileiro o magistrado permanece responsável pela condução efetiva do processo e da salutar reunião legítima das provas, sendo que

[...] na forma pretendida pelo réu, o interrogatório estaria convolado numa manifestação insulada e sem a possibilidade de confronto com o que viesse a externar (retirando-lhe, portanto, a credibilidade). Ao pretender suprimir a possibilidade de cotejo do que ele próprio viesse a verbalizar, o acusado transformaria o ato do interrogatório numa mera chancela de seus intentos em desrespeito à norma processual.
[...]

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus 639.247-SP. Relator: Min. Jesuíno Rissato. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 16 ago. 2021.

⁷⁵ Grifos no original.

⁷⁶ Segundo o juízo monocrático, “desprovidos de função, todos passaríamos apenas a ser testemunhas passivas, de que exatamente? A defesa realizando ‘a instrução’, impondo o silêncio aos agentes públicos e aos advogados dos corréus, e onerando a estrutura estatal” (Vide p. 10 da decisão – BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus 639.247/SP. Relator: Min. Jesuíno Rissato. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 16 ago. 2021).

Não existe direito de deturpar o ato do interrogatório na forma pretendida pelo ora paciente, cujo equivalente, aliás, bem oportunizou a autoridade judicial ao facultar-lhe a formulação de declaração escrita e assinada. Ao assim agir, a autoridade apontada como coatora nada mais fez do que acolher o intento do réu, eis que facultou a apresentação por escrito de suas razões, recebendo, assim, a devida consideração, de modo que não há que se cogitar em qualquer prejuízo ou cerceamento de defesa.⁷⁷

Ao conceder a ordem, de ofício, o relator adotou como *ratio decidendi* os **mesmos pressupostos** anteriormente elencados no STJ-HC n. 628.224/MG, quais sejam: **(i)** o ato do interrogatório como ato de defesa; **(ii)** a ausência de clareza do CPP quanto à possibilidade de o réu exercer o seu direito ao silêncio, no tocante ao mérito, em bloco; **(iii)** o exercício da autodefesa, quanto ao mérito, de modo livre, desimpedido e voluntário; **(iv)** a autodefesa como algo distinto do direito ao silêncio e do de não produzir prova contra si mesmo.

No mesmo mês de agosto de 2021, novamente em sede de *habeas corpus*,⁷⁸ decisão monocrática proferida pelo ministro relator Joel Ilan Paciornik concedeu, de ofício, a ordem para determinar a realização de novo interrogatório do réu, autorizando que ele, após a sua identificação pessoal, respondesse somente aos questionamentos de seu advogado, com anulação de todos os atos subsequentes.

In casu, o relator reconheceu a nulidade absoluta do interrogatório e de todos os atos subsequentes, ante a ocorrência de cerceamento de defesa, após o réu manifestar o direito ao silêncio em relação às perguntas do juízo e intenção de responder somente às perguntas dos defensores, tendo o juízo monocrático encerrado o ato, após fundamentar acerca da inviabilidade dessa pretensão diante do procedimento previsto nos arts. 185 e seguintes do CPP.

Os pressupostos utilizados pelo relator para determinar a realização de novo interrogatório foram exatamente os mesmos utilizados no STJ-HC n. 628.224/MG e no STJ-HC n. 639.247/SP:

Em situação idêntica à tratada no presente remédio constitucional, o Eminentíssimo Ministro Felix Fischer concedeu a ordem ao paciente, no HC 628.224/MG, DJe de 23/11/2020, para determinar a anulação da decisão que inviabilizou a defesa de fazer perguntas ao réu, na hipótese do mesmo não responder as perguntas do Magistrado e do Ministério Público.
[...]

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus 639.247/SP. Relator: Min. Jesuíno Rissato. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, p. 3-4, 16 ago. 2021.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus 688.748-SC (2021/0268809-0), Decisão Monocrática, Min. Rel. Joel Ilan Paciornik. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 27 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ministro-stj-garante-direito-silencio.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

No mesmo sentido desta decisão foi a do MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT), nos autos do HC 639.247/SP, DJe de 16/082021.⁷⁹

Em outubro de 2021, porém, no julgamento do *habeas corpus* n. 640.952/SC,⁸⁰ decisão monocrática do ministro Joel Ilan Paciornik **não conheceu do writ, afastando a existência de flagrante constrangimento ilegal que autorizasse a concessão da ordem de ofício**, indicando possível mudança de posicionamento do relator que, conforme mencionado, havia concedido a ordem, de ofício, dois meses antes, em caso semelhante no bojo do STJ-HC n. 688.748-SC.

Narra-se, na decisão, que dois réus, acusados da prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico (art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006,⁸¹ na forma do art. 69 do Código Penal), quando de seus interrogatórios na fase judicial, manifestaram vontade de não responder às perguntas formuladas pelo magistrado, mas sim responder somente às perguntas da defesa, tendo o pleito sido indeferido pelo juízo monocrático.

Os réus impetraram *habeas corpus* junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina sustentando, em síntese, ter havido flagrante violação à garantia individual do direito ao silêncio, uma vez que os acusados ficaram impossibilitados de exercerem o direito de autodefesa, bem como de se manifestarem livremente quanto ao mérito, seja de forma espontânea ou sob a condução de perguntas de qualquer das autoridades, especialmente, do próprio defensor.

A Corte Estadual manteve a decisão do magistrado *a quo* e denegou a ordem, sob o fundamento de inexistir ilegalidade a ser sanada, argumentando que (i) não há razões para, quanto aos questionamentos sobre os “fatos”, cindir o ato de interrogatório em dois momentos distintos, caso as questões do magistrado não sejam respondidas, optando o acusado pelo exercício ao seu direito de permanecer em silêncio; (ii) o CPP é claro ao estabelecer que as perguntas da acusação e da defesa são complementares ao interrogatório do juízo, ou seja, trata-se de um ato praticado pelo juiz, admitindo tão somente esclarecimentos ao final por parte da

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus 688.748-SC (2021/0268809-0), Decisão Monocrática, Min. Rel. Joel Ilan Paciornik. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, p. 3-5, 27 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ministro-stj-garante-direito-silencio.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus 640.952-SC (2021/0018919-7), Decisão Monocrática, Min. Rel. Joel Ilan Paciornik. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 20 out. 2021.

⁸¹ BRASIL. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

acusação e defesa, inclusive por meio do magistrado, não cabendo ao acusado simplesmente “escolher” por quem quer ser interrogado.

Diante desse acórdão, impetrou-se *habeas corpus* junto ao STJ, que, em sede de decisão monocrática, reconheceu o acerto do posicionamento adotado no *decisum* atacado, ressaltando que, com as alterações da Lei n. 10.792/2003, foram assegurados a intervenção das partes no procedimento e ao interrogado o direito de permanecer em silêncio, decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere*; todavia, o ato continuou sob controle do magistrado, não tendo a alteração legislativa em momento algum assegurado ao interrogado o direito de escolher quem irá interrogá-lo.

Em fevereiro de 2022, a defesa dos acusados interpôs recurso de agravo regimental no *habeas corpus* n. 640.952-SC,⁸² contra decisão monocrática do relator que não conheceu da impetração, requerendo a reconsideração da decisão agravada ou o

[...] provimento do presente agravo regimental pela Quinta Turma desse STJ, a fim de declarar nulo o processo desde os interrogatórios, bem como determinar a reabertura da instrução e que nova audiência de instrução seja realizada, oportunizando-se, aos pacientes, seu interrogatório, assim como se manifestar livremente quanto ao mérito, seja de forma espontânea ou sob condução de perguntas de qualquer das autoridades, especialmente, do seu próprio patrocínio, bem como para restabelecer a liberdade dos pacientes.⁸³

Ante a inexistência de constrangimento ilegal que autorizasse o provimento do recurso e a concessão da ordem, o ministro Joel Ilan Paciornik votou no sentido de negar provimento ao agravo regimental, mantendo-se a decisão que não conheceu da impetração do *writ*, por seus próprios fundamentos, **no que foi acompanhado, por unanimidade, pelos ministros da Quinta Turma do STJ.**⁸⁴

Em abril de 2022, ao julgar o *habeas corpus* n. 703.978,⁸⁵ de relatoria do ministro Olindo Menezes, integrante da 6ª Turma, o tema novamente bateu às portas do STJ.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 640.952-SC (2021/0018919-7). Agravo Regimental no Habeas Corpus. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Alegação de nulidade no interrogatório. Inocorrência. Advertência direito de permanecer em silêncio realizada [...]. Relator: Min. Rel. Joel Ilan Paciornik, 18 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1481560347/inteiro-teor-1481560362>. Acesso em: 20 set. 2022.

⁸³ Idem, p. 4-5.

⁸⁴ Os ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF), João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o relator.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 703.978-SC (2021/0351214-1), Decisão Monocrática, Min. Relator Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF-1ª Região). *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 7 abr. 2022. Disponível em:

Contextualizando, narra-se, na decisão, que, quando de seu interrogatório judicial na 1ª fase do procedimento escalonado do júri, o réu manifestou vontade de não responder às perguntas formuladas pelo juiz instrutor, mas apenas àquelas formuladas pela defesa. Nesse momento, o juízo monocrático indeferiu o pedido e encerrou o ato precocemente, sob o argumento de que, no interrogatório, se o acusado opta por não responder às perguntas do magistrado, não há porque serem formulados esclarecimentos pela defesa por não haver o que esclarecer, segundo inteligência do art. 188 do CPP.⁸⁶

A defesa, então, impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, fundamentando que houve nulidade do interrogatório pela violação do direito de autodefesa. O Tribunal, porém, denegou a ordem, justificando (i) que o magistrado fundamentou sua decisão corretamente, nos termos do art. 188 do CPP; e (ii) que admitir a tese defensiva desconfiguraria o ato do interrogatório, passando a ser um documento, na forma de entrevista, com perguntas e respostas somente entre o advogado e seu cliente, que poderia ser produzido por outras soluções audiovisuais ou até mesmo por escrito, apresentado em qualquer fase do processo (artigo 231 do CPP) e analisado como as demais provas.⁸⁷

Diante dessa decisão, impetrou-se *Habeas Corpus* no STJ, que, em sede de decisão monocrática, reconheceu a ilegalidade do procedimento adotado pelo juízo monocrático, por ausência de previsão legal e violação ao princípio da ampla defesa. Para o ministro relator Olindo Menezes,

[...] não há nenhuma previsão legal que determine o encerramento do interrogatório sem possibilidade de indagações pela defesa após a declaração da opção do exercício do direito ao silêncio seletivo pelo acusado. Na verdade, o art. 186 do CPP prevê que, depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

A letra da lei é clara ao dizer que serão formuladas perguntas, às quais o réu pode ou não responder. Significa que o interrogatório, como meio de defesa, permite a possibilidade de responder a todas, nenhuma ou a algumas perguntas direcionadas ao acusado, que tem direito de poder escolher a estratégia que melhor lhe aprouver.

Dessa forma, está demonstrada situação de cerceamento de defesa, situação que já foi apreciada por esta Corte Superior em alguns precedentes, tais como o HC n. 688748/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Decisão monocrática, publicada em 27/08/2021 e HC n. 628224/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Decisão monocrática, publicada em 9/12/2020.⁸⁸

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1311849073/decisao-monocratica-1311849084>. Acesso em: 20 set. 2022.

⁸⁶ Idem, p. 3-4.

⁸⁷ Idem, p. 4.

⁸⁸ Idem, p. 5.

A ordem de *habeas corpus*, desse modo, foi concedida para cassar a decisão de pronúncia proferida pelo juízo monocrático, a fim de que fosse realizado novo interrogatório, oportunidade na qual seria assegurado o direito ao silêncio, total ou parcial, para que o acusado respondesse às perguntas de sua defesa técnica, exercendo diretamente a ampla defesa.

Constata-se, assim, a existência de controvérsia séria envolvendo a possibilidade ou não do silêncio parcial e seletivo do réu no mesmo ato processual, ou seja, quando o réu se nega a responder às indagações formuladas pelo juiz no interrogatório argumentando que, por força do direito ao silêncio e/ou fundamentado na ampla defesa, responderá apenas aos questionamentos que forem feitos por seu advogado.

Através desses julgados, percebe-se que a divergência evidencia-se no âmbito do próprio STJ, que, por meio da prolação de inúmeras decisões monocráticas em sede de *habeas corpus*, e na falta de debate interno para fixar entendimento único sobre o tema, contribui para fomentar a sensação de insegurança jurídica ao impedir que o tratamento do jurisdicionado seja igualitário, caminhando em sentido contrário à sua própria vocação precípua, que é de uniformizar a interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional.

Reconhece-se, por oportuno, a ausência de disciplina própria no regramento processual penal acerca do julgamento monocrático de *habeas corpus* e recurso em *habeas corpus* pelo relator, que, nesse ponto, remete aos Regimentos Internos dos Tribunais a disciplina complementar para o processo e o julgamento do pedido de *habeas corpus* e dos recursos das decisões de última ou única instância, denegatórias de *habeas corpus*;⁸⁹ todavia, há alguns requisitos preestabelecidos, apesar de vagos e genéricos, que necessitam ser observados para diminuir o grau de casuísmo e subjetividade do julgamento monocrático:

O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral, que usa o regramento daquele neste âmbito, autorizam ao Relator julgar *habeas corpus* “quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, o Relator poderá desde logo denegar ou conceder a ordem, ainda que de ofício, à vista da documentação da petição inicial ou do teor das informações” (art. 192). E, como posto anteriormente, o art. 21, § 1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 34, inc. XVIII, alíneas *b* e *c* do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça autorizam o julgamento monocrático de recurso em base na “jurisprudência dominante”.

[...]

⁸⁹ CPP, art. 666. “Os regimentos dos Tribunais de Apelação estabelecerão as normas complementares para o processo e julgamento do pedido de *habeas corpus* de sua competência originária. CPP, art. 667. No processo e julgamento do *habeas corpus* de competência originária do Supremo Tribunal Federal, bem como nos de recurso das decisões de última ou única instância, denegatórias de *habeas corpus*, observar-se-á, no que lhes for aplicável, o disposto nos artigos anteriores, devendo o regimento interno do tribunal estabelecer as regras complementares.” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022).

Há, decerto, uma interpretação elástica de tais dispositivos, favorecida pelo emprego dos termos “**jurisprudência dominante**” (art. 21, § 1º, RISTF; art. 35, § 7º, RITSE; art. 34, inc. XVIII, alíneas *b* e *c*, RISTJ) e “**consolidada**” (art. 192, RISTF), ambas carregadas de um certo grau de indeterminação, o que explica o **fenômeno da monocratização das decisões**.⁹⁰

Especificamente em relação ao Regimento Interno do STJ, destaca Danyelle Galvão que, embora também autorize o julgamento monocrático com fundamento na “jurisprudência dominante”, o que merece reforma em razão do grau de indeterminação do termo, o Regimento estabelece a possibilidade de o relator julgar monocraticamente o *habeas corpus*, “quando a decisão impugnada se conformar com tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência dominante acerca do tema ou as confrontar”.⁹¹ (RISTJ, art. 34, XX):

De qualquer sorte, até que haja uma alteração regimental ou um melhor estabelecimento da matéria na legislação processual penal, o julgamento monocrático dos *habeas corpus* e os recursos em *habeas corpus* com fundamento nos artigos regimentais, devem ocorrer mediante a indicação dos fundamentos determinantes do precedente ou enunciado de súmula que se ajustam ao caso posto a julgamento. Ou seja, o julgamento monocrático de *habeas corpus* ou recurso em *habeas corpus* deve conter o devido cotejo entre o precedente/súmula e o caso em que se pretende aplicar o entendimento, sob pena de incorrer na hipótese de ausência de fundamentação.⁹²

O princípio da colegialidade, portanto, sustenta a regra, ao traduzir que as questões litigiosas submetidas aos tribunais sejam analisadas por um grupo de magistrados, de modo a garantir, em tese, uma decisão substancialmente mais adequada.

No entanto, o aumento expressivo no número de demandas, somado à lentidão na prestação jurisdicional, tem servido de fundamento para a adoção, cada vez mais acentuada, do julgamento monocrático pelas cortes de superposição e cortes superiores; desse modo, em prestígio aos princípios da celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, o julgamento monocrático deve ser admitido se realmente representar uma exceção à regra, baseando-se em precedente judicial vinculante corretamente aplicado após o cotejo analítico entre a questão jurídica e a hipótese fática, **interpretando-se a sua aplicação restritivamente**.

Em razão dessa preocupação de estabilidade das decisões judiciais e de uniformização da jurisprudência, o Código de Processo Civil (CPC) – Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015

⁹⁰ GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no Processo Penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 260-261. Destacou-se.

⁹¹ Art. 34, XX, de BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: STJ, 2022. p. 275.

⁹² GALVÃO, op. cit., p. 262.

– estabeleceu expressamente, no seu art. 926, “que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.⁹³

Com o advento da novel legislação processual civil e por força do art. 3º do *Códex Processual Penal*,⁹⁴ o CPC atual tem o condão de preencher inúmeras lacunas que ainda existem no âmbito do processo penal brasileiro, além de complementá-lo,⁹⁵ já que o texto do CPP é de 1941 e precisa se adequar aos novos institutos processuais, até em razão da imprescindível manutenção da estabilidade e coerência da jurisprudência na seara penal para a segurança jurídica e confiança no Poder Judiciário:

Os cidadãos de um modo geral, informados por seus advogados, baseiam as suas opções não apenas nos textos legais vigentes, mas, também, na tendência dos precedentes dos tribunais, que proporcionam àqueles, na medida do possível, o conhecimento de seus respectivos direitos. Na verdade, a harmonia pretoriana integra o cálculo de natureza econômica, sendo a previsibilidade que daquela decorre pressuposto inafastável para o seguro desenvolvimento do tráfico jurídico-comercial: uma mudança abrupta e não suficientemente justificada da posição dos tribunais solapa a estabilidade dos negócios.

Ademais, a jurisprudência consolidada garante a igualdade dos cidadãos perante a distribuição da justiça, porque situações análogas devem ser julgadas do mesmo modo, sobretudo no Brasil, em que há grande número de tribunais. O tratamento desigual é forte indício de injustiça em pelo menos um dos casos.

Em suma, ao preservar a estabilidade, orientando-se pelo precedente judicial em situações sucessivas assemelhadas, os tribunais contribuem, a um só tempo, para a certeza do direito e para a proteção da confiança na escolha do caminho trilhado pela decisão judicial.⁹⁶

⁹³ De acordo com Lenio Luiz Streck, “haverá **coerência** se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição.

Coerência e **integridade** são elementos da igualdade. No caso específico da decisão judicial, isso significa: os diversos casos terão a igual consideração. Analiticamente: **i)** Coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas do caso devem guardar com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento; **ii)** Integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância. De algum modo, a integridade refere-se a um freio ao estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, constituindo-se em uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, vale dizer, coloca efetivos freios às atitudes solipsistas-voluntaristas” (STRECK, Lenio Luiz. Por que juízes e advogados relutam em aplicar o artigo 926 do CPC. *Consultor Jurídico*, 11 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-11/senso-incomum-juizes-advogados-relutam-aplicar-artigo-926-cpc>. Acesso em: 11 jul. 2022).

⁹⁴ “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022).

⁹⁵ A título de exemplo, o CPC/2015 revogou dispositivos da Lei n. 8.038/1990, exatamente no que disciplinava os recursos especial e extraordinário, embargos de divergência e reclamação constitucional, todos cabíveis no Processo Penal, passando a legislação processual civil a regulamentar diretamente esses recursos, com aplicação ao Processo Penal, por força do art. 3º do CPP.

⁹⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 448. Destacou-se.

É lição corrente, portanto, que a função institucional do Poder Judiciário é dizer o direito, proporcionando segurança jurídica aos jurisdicionados; por isso a preocupação com a uniformização da jurisprudência com vistas a propiciar **previsibilidade**, bem como o pleno respeito ao princípio constitucional da igualdade. A oscilação entre entendimentos, **como a que se constata no âmbito do STJ, envolvendo a temática do direito ao silêncio parcial e seletivo do réu**, constitui preocupação com a segurança jurídica ao gerar instabilidade dos entendimentos dos tribunais, algo a ser evitado no exercício da atividade judicial.

Após evidenciar o modo como o STJ vem enfrentando a questão jurídica do silêncio parcial e seletivo do réu no ato de seu interrogatório, cabe-nos apresentar, na seção seguinte, reflexões acerca da contextualização normativa do interrogatório.

3 CONTEXTUALIZAÇÃO NORMATIVA DO INTERROGATÓRIO

Inaugura-se esta seção com a exposição de alguns balizamentos considerados imprescindíveis para que se possa compreender os verdadeiros equívocos de se adotar uma prática institucional dissociada da legislação em vigor e com reais possibilidades de acarretar consequências negativas em desfavor do próprio acusado.

Para a exata compreensão da temática, expõe-se, inicialmente, o conceito e as características do interrogatório, com o intuito de se compreender a essência do instituto. Em seguida, será possível delimitar as razões distintas de realização do interrogatório a partir de uma mesma disciplina legal; para isso, as finalidades do ato serão pormenorizadamente analisadas, primeiro em relação ao interrogatório na investigação preliminar e, em seguida, do interrogatório em juízo. Encerrando a seção, serão estudados os elementos estruturais do interrogatório nas distintas tradições de processo penal, apresentando conceitos relevantes para a lógica compreensiva do estudo, a exemplo do postulado do *nemo tenetur se detegere*, do qual se extrai o desdobramento do direito ao silêncio, incluindo, nesse panorama, a exposição de conceitos do direito comparado, especificamente oriundos da tradição do direito anglo-americano.

3.1 Conceito e características do ato

O vocábulo interrogatório tem origem na palavra latina *interrogare*⁹⁷ (*inter*, que significa *entre*, e *rogare*, que significa *pedir*), cujo significado é perguntar, interpelar, inquirir, indagar.

A doutrina conceitua-o como sendo o ato por meio do qual o **juiz** procede à oitiva do réu, indagando-o a respeito do fato criminoso com suas circunstâncias; ou seja, consiste o interrogatório em declarações do acusado resultantes de perguntas formuladas para esclarecimento do delito que se lhe atribui e de circunstâncias pertinentes a esse contexto,⁹⁸ oportunizando-lhe expor a sua versão dos fatos:

Interrogatório judicial é o ato processual por meio do qual o juiz ouve o acusado sobre sua pessoa e sobre a imputação que lhe é feita. **É a oportunidade que o acusado tem de se dirigir diretamente ao magistrado, quer para apresentar a versão da defesa acerca da imputação que recai sobre a sua pessoa, podendo, inclusive, indicar**

⁹⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio Dicionário da Língua Portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2006. p. 487.

⁹⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 2. Campinas: Bookseller, 1997. p. 297.

meios de prova, quer para confessar, ou até mesmo para permanecer em silêncio, fornecendo apenas elementos relativos à sua qualificação.⁹⁹

Trata-se do ato processual que confere oportunidade ao acusado de se dirigir diretamente ao juiz, apresentando a sua versão defensiva aos fatos que lhe foram imputados pela acusação, podendo inclusive indicar meios de prova, bem como confessar, se entender cabível, ou mesmo permanecer em silêncio, fornecendo apenas dados de qualificação.¹⁰⁰

Conforme destaca Tourinho Filho,

[...] **é pelo interrogatório que o Juiz mantém contato com a pessoa contra quem se pede a aplicação da norma sancionadora.** E tal contato é necessário porque propicia ao julgador o conhecimento da personalidade do acusado e lhe permite, também, ouvindo-o, cientificar-se dos motivos e circunstâncias do crime, elementos valiosos para a dosagem da pena.¹⁰¹

O interrogatório, além do mais, é meio extraordinariamente importante, pois é ele quem melhor pode esclarecer sobre os fatos narrados na *notitia criminis* e na acusação, independentemente se culpado ou não.

Desse modo, nesse ato o réu tem a oportunidade de apresentar livremente a sua versão sobre o fato criminoso que lhe é atribuído, exercitando a garantia da **ampla defesa**, cindida, pela doutrina e jurisprudência, em direito à **defesa técnica** ou **material** e à **autodefesa** ou **defesa pessoal**:

A primeira (defesa técnica) é sem dúvida indisponível, na medida em que, mais do que garantia do acusado, é condição da paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz. Por isso, a Constituição de 1988 considera o advogado indispensável à administração da Justiça (art. 133) e estrutura as defensorias públicas (art. 134).

[...]

Já a autodefesa, não podendo ser imposta ao acusado, é considerada renunciável por este. Mas essa renunciabilidade não significa sua dispensabilidade pelo juiz. De sorte que o cerceamento de autodefesa, mutilando a possibilidade de o acusado colaborar com seu defensor e com o juiz para a apresentação de considerações defensivas, pode redundar em sacrifício de toda a defesa.

Com relação à autodefesa, cumpre salientar que se compõe ela de dois aspectos, a serem escrupulosamente observados: o **direito de audiência** e o **direito de presença**. O primeiro traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o **interrogatório**. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas.

[...]

⁹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 656. Destacou-se.

¹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 709. Destacou-se.

¹⁰¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 3, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 266. Destacou-se.

Ao lado desses dois aspectos, é preciso ainda lembrar que em certos casos a lei processual penal confere ao próprio réu – e de forma concorrente com a atuação do advogado – a faculdade de postular diretamente ao juiz, como ocorre com a interposição de recursos (art. 577 do CPP), o pedido de revisão criminal (art. 263 do CPP) e a iniciativa para os procedimentos na execução penal (art. 195 da LEP).¹⁰²

Outrossim, no interrogatório, o direito ao **contraditório** guarda estreita relação com o direito de defesa, na medida em que se traduz na necessidade de levar ao conhecimento do réu o inteiro teor da acusação¹⁰³ – dever de informação –, possibilitando que a defesa escolha a melhor opção e prepare a reação mais adequada, surgindo, a partir da **dimensão substancial do princípio do contraditório**, no qual as partes possuem **efetiva** participação no processo, o denominado **poder de influência**.

Sobre o assunto, assevera Didier Junior:

Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado.

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o **poder de influência**, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. **É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.**¹⁰⁴

Logo, são elementos essenciais do contraditório a necessidade de informação e a possibilidade de efetiva participação e reação. Como poderia o órgão jurisdicional punir determinado acusado sem que lhe tenha efetivamente proporcionado oportunidades de manifestar-se sobre os fatos constantes no processo?

É necessário que o trinômio informação-opção-reação seja integralmente observado na relação processual e especificamente no interrogatório, permitindo ao réu o exercício de um contraditório pleno e efetivo, com direito de participação na construção do provimento jurisdicional, sob a forma de uma garantia processual de influência, e não surpresa para a formação das decisões.

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 73-75.

¹⁰³ CPP, art. 186, 1ª parte (BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022).

¹⁰⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 107. Destacou-se.

Esse direito de participação pessoal no ato, possibilitando influenciar diretamente o julgador, caracteriza o interrogatório como sendo **personalíssimo**, significando, por conseguinte, que deve ser exercido pessoalmente pelo acusado.

Além disso, o interrogatório revela-se como uma oportunidade para que o juiz conheça a personalidade do réu, compreendendo as circunstâncias em que ocorreu a infração e quais foram os motivos que o levaram a praticá-la. Essa **característica** do ato é a **judicialidade**, exteriorizada da seguinte forma pelo saudoso professor Hélio Tornaghi:

O interrogatório é a grande oportunidade que tem o juiz para, num contato direto com o acusado, formar juízo a respeito de sua personalidade, da sinceridade de suas desculpas ou de sua confissão, do estado d'alma em que se encontra, da malícia ou da negligência com que agiu, da sua frieza e perversidade ou de sua elevação e nobreza; é o ensejo para estudar-lhe as reações, para ver, numa primeira observação, se ele entende o caráter criminoso do fato e para verificar tudo mais que lhe está ligado ao psiquismo e à formação moral.¹⁰⁵

Reconhece-se, diante dessa característica, que o ato, mesmo após as alterações promovidas pela Lei n. 10.792/2003, continua sendo presidido pelo juiz, mantendo-se o **sistema presidencialista** de inquirição, excetuando-se o interrogatório realizado no curso do julgamento pelo júri, em que as perguntas serão realizadas diretamente ao réu pela acusação e pela defesa (art. 474, § 1º).

Esse modelo de inquirição fica evidente, também, pela própria redação do art. 185 do CPP, ao dispor que “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”.¹⁰⁶ Ademais, muito embora o art. 188 do CPP permita certa atuação do Ministério Público e da defesa na realização do ato, quem o preside e formula as perguntas permanece sendo o juiz.

Desse modo, o interrogatório não se presta apenas a que o magistrado colha informações do acusado acerca do fato, das circunstâncias e dos eventuais motivos que o levaram a praticar a infração penal, pois, fosse assim, bastaria que a defesa juntasse um documento, por escrito, com suas razões, que poderia, inclusive, ser apresentado em qualquer fase do processo (art. 231 do CPP) e analisado com as demais provas, evitando, assim, desperdício de tempo e de recursos do erário para movimentar toda a máquina pública com deslocamentos, escoltas, etc. Nesse sentido afirma Tourinho Filho:

¹⁰⁵ TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Tomo III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. p. 812.

¹⁰⁶ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

[...] é pelo interrogatório que o Juiz mantém contato com a pessoa contra quem se pede a aplicação da norma sancionadora. E tal contato é necessário porque propicia ao julgador o conhecimento da personalidade do acusado e lhe permite, também, ouvindo-o, cientificar-se dos motivos e circunstâncias do crime, elementos valiosos para a dosagem da pena.¹⁰⁷

Destarte, o interrogatório realizado oralmente confere a oportunidade “para que o Juiz conheça sua personalidade, saiba em que circunstâncias ocorreu a infração – porque ninguém melhor que o acusado para sabê-lo – e quais os seus motivos determinantes.”¹⁰⁸

Não se pode descartar, ademais, que essa característica da **oralidade do interrogatório**,¹⁰⁹ mesmo que seja este realizado “on-line”¹¹⁰ (CPP, art. 185, § 2º), permite ao juiz conhecer um ser humano desconhecido para ele, por meio do contato sensorial e visual com o acusado, escutando atentamente o que ele tem a dizer, bem como a carga emocional contida em suas palavras ao descrever a dinâmica dos fatos, analisando sua expressão corporal, seu tom de voz, sua firmeza ou hesitação nas palavras, bem como as nuances de sua personalidade:

A sentença penal justa exige que o julgador tenha a noção mais ampla possível de todo o drama humano que se desenrola nas páginas daquele processo, sabendo quem é o acusado, sua personalidade, suas origens, seu passado, seu cinismo, sua hediondez ou sua obediência, caindo, por desgraça momentânea, por uma cilada imprevisível da vida, nas teias da justiça criminal; qual o meio de onde saiu; onde viveu, sua família, suas origens sociais e sua higidez física e mental.

¹⁰⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 3, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 266.

¹⁰⁸ Idem, p. 266.

¹⁰⁹ Há, no entanto, **exceções** a essa característica da oralidade na própria lei processual. Desse modo, “em regra, deve o acusado responder às perguntas oralmente. No caso do surdo, as perguntas serão apresentadas por escrito, devendo prestar as respostas oralmente. No caso do mudo, as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito. Em se tratando de surdo-mudo, as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas. Nessas hipóteses, caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo (CPP, art. 192)” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 665).

¹¹⁰ Muitos autores, no entanto, criticam tal forma de interrogatório, justamente por se perder o imprescindível contato físico entre réu e juiz. Dentre eles, destacamos o posicionamento do saudoso professor **René Ariel Dotti**, segundo o qual, “a tecnologia não poderá substituir o cérebro pelo computador e muito menos o pensamento pela digitação. É necessário usar a reflexão como contraponto da massificação. É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinquente. É preciso, enfim, a aproximação física entre o **Senhor da Justiça** e o **homem do crime**, num gesto de alegoria que imita o **toque dos dedos**; o afresco pintado pelo gênio de Michelangelo da Capela Sistina e representativo da criação de Adão” (RT 740/480). No mesmo sentido são as palavras da Procuradora do Estado Ana Sofia Schmidt de Oliveira, ao afirmar que o interrogatório é o único ato processual em que é dada voz ao réu no processo penal, pois, “em outros momentos, ele fala por intermédio de seu advogado, faz reperguntas, argumenta, requer, recorre, sempre por intermédio de seu advogado. [...]. O interrogatório é o único ato processual em que o juiz dialoga com o réu. [...]. Importa o olhar. Importa olhar para a pessoa e não para o papel. Os muros das prisões são frios demais. Não é bom que estejam entre quem julga e quem é julgado” (OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Interrogatório “on-line”. *Boletim do IBCCrim*, n. 42, p. 1, 12 de junho de 1996. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/1773/>. Acesso em: 20 set. 2022).

Só de posse desses dados é que o Magistrado, com o auxílio da ciência jurídica, ficará habilitado a proferir uma decisão correta, ponderada, equilibrada, humana, afinada com o Direito e a justiça.¹¹¹

A característica da oralidade no interrogatório, portanto, é de suma importância para os fins buscados pelo processo penal, consubstanciando, de fato, o primeiro contato **efetivo** do acusado com o juiz e com o processo pelo qual responde.

Lúcio Bittercourt¹¹² advertia que livre convencimento sem processo oral é pura ficção.

Para Claus Roxin,

[...] según el principio de oralidad, fundamento de una sentencia sólo puede ser aquello que fue expuesto oralmente. **Todo lo que sucede en el proceso, p. ej., el interrogatorio del acusado, la producción de la prueba, los alegatos, debe ser llevado a cabo oralmente** (también la deliberación, la votación y el pronunciamiento de la sentencia). En contraposición con el principio escriturista *quod non est in actis, non est in iudicio*, lo que no ha sido dicho no es tomado en cuenta, sino que es considerado como no sucedido o no existente. El principio de oralidad tiene la ventaja de la expresividad, frescura y rapidez, pero tiene como consecuencia los peligros de la falta de atención y del olvido.¹¹³

Nesse aspecto, gravita em torno do sistema processual penal brasileiro outras características complementares, todas umbilicalmente ligadas ao princípio da oralidade, que são a **imedição** entre juiz, as partes e a prova, a **concentração** dos procedimentos, a **irrecorribilidade** das decisões interlocutórias e a **identidade física do juiz**.¹¹⁴

A imedição¹¹⁵ enfatiza a presença do magistrado colhendo todas as provas, em contato direto com as partes e com todos os componentes do processo. Resulta na “coleta direta da prova pelo juiz [...] impondo ao magistrado sua participação na produção das provas”,¹¹⁶ de modo tal que ele possa obter uma percepção própria do material que servirá de fundamento para sua decisão.

¹¹¹ ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Processo Penal*. 2. ed. Brasília: Editora Consulex, 2006. p. 341.

¹¹² Lúcio Bittercourt *apud* MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998. p. 73.

¹¹³ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Pierto, 2000a. p. 115. Destacou-se.

¹¹⁴ Nesse sentido, GOMES, Décio Alonso. *Prova e imedição no Processo Penal*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 139.

¹¹⁵ O princípio da imedição encontra-se presente no atual sistema processual penal, a exemplo do previsto no arts. 185, 196 e 616, todos do CPP.

¹¹⁶ GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiência no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 57. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman. v. 53).

Por sua vez, a concentração dos procedimentos consiste em reduzir a realização do procedimento a uma só audiência ou a poucas audiências a curtos intervalos, “de tal forma que as impressões colhidas pelo magistrado não se esvaziem com o tempo”.¹¹⁷

A irrecorribilidade das decisões interlocutórias tem por objetivo evitar sucessivas interrupções na marcha processual em virtude de eventuais recursos interpostos pelas partes contra as decisões tomadas pelo magistrado durante o trâmite do processo, a fim de dar ao processo a agilidade necessária para alcançar efetividade na prestação jurisdicional. Relevante, no entanto, observar que a irrecorribilidade não impede, por ordinário, “de a matéria ser discutida em preliminar de futura apelação, seja por cerceamento à acusação, seja por cerceamento à defesa, sem prejuízo, obviamente, dos remédios constitucionais do mandado de segurança e do *habeas corpus*.”¹¹⁸

Por fim, o denominado **princípio da identidade física do juiz** possuía, até a reforma processual penal de 2008, sua aplicação restrita ao âmbito do Código Processual Civil,¹¹⁹ sendo introduzido no CPP através da Lei n. 11.719/2008,¹²⁰ a demonstrar a importância de um contato direto do magistrado com o ato de produção das provas, das quais é possível extrair seu convencimento, de modo a permitir uma melhor apreciação das declarações das testemunhas e do próprio acusado, além de uma mais apropriada compreensão das circunstâncias que envolvem o fato objeto do julgamento.

Conforme destacado por Piero Calamandrei, onde o processo se desenvolve de forma dialógica e o convencimento do juiz se forma progressivamente através do contato pessoal que ele tem com as partes e com as testemunhas, qualquer mudança que aconteça na pessoa do julgador durante o curso do processo destruiria as vantagens da imediação.¹²¹

¹¹⁷ DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A oralidade no Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 54. Nessa linha, segundo o art. 400, § 1º, do CPP: “as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022).

¹¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 634.

¹¹⁹ Alguns autores afirmam que o princípio da identidade física do juiz não se trata, propriamente, de uma novidade no âmbito do processo penal, porquanto, de certa forma, o referido princípio já era aplicável na sessão de julgamento do Tribunal do Júri e no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Nesse sentido, ver: LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 634. Por sua vez, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar destacam que “até então, tal princípio não era reconhecido na esfera criminal, sendo aplicado, pela peculiaridade dos procedimentos, nos juizados especiais e na segunda fase do júri, mesmo sem previsão legal neste sentido.” (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 89-90). De qualquer sorte, a presença do princípio da identidade física do juiz no processo penal se tornou inquestionável quando, por meio da Lei n. 11.719/08, passou a ser expressamente enaltecido pelo art. 399, § 2º, do CPP.

¹²⁰ CPP, art. 399, § 2º: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.” (BRASIL, op. cit.).

¹²¹ CALAMANDREI, Piero. *Vocabulo Oralità nel processo*, in: *Nuovo Dig. It.*, vol. IX, 1939, p. 179 apud GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no Processo Penal*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 141.

No âmbito do processo penal, o princípio da identidade física do juiz se avulta justamente em razão dos direitos e das liberdades fundamentais que são objeto da relação processual, exigindo, por parte do magistrado, um saber probatório advindo de uma melhor qualidade na produção e no acesso à prova dos autos, resultando em melhores condições de decidir a relação jurídica processual.

Nesse sentido, leciona Antônio Alberto Machado que,

[...] se há um tipo de processo ao qual se deve aplicar o princípio da identidade física do juiz é exatamente o processo penal, porque é no âmbito dele que são julgadas as questões de maior gravidade para a vida do indivíduo e da sociedade, questões que envolvem direitos e liberdades fundamentais [...]. Além do que, é o processo penal aquele que está mais intensamente comprometido com a verdade histórica dos fatos, portanto, são as decisões produzidas nele que frequentemente dependem de uma proximidade maior do juiz com a prova dos atos, avaliando as reações emocionais e o comportamento do réu no interrogatório, a franqueza e a credibilidade das testemunhas, a sinceridade e as emoções da vítima do crime etc.¹²²

Especificamente em sede de interrogatório, o referido princípio tem especial relevância na medida em que, antes da Lei n. 11.719/2008, não era incomum que mais de um juiz atuasse no processo – um interrogava o acusado, outro realizava a oitiva das testemunhas e um terceiro proferia a sentença –, criando-se um prejudicial distanciamento entre a prova e o Estado-Juiz.

A introduzir a incidência do princípio na relação jurídica processual, o art. 399, § 2º, do CPP, proporcionou o salutar contato direto entre o acusado e o juiz, criando-se uma relação visual a viabilizar a compreensão cênica e a formação de um quadro coeso e harmônico, principalmente ao se atribuir ao mesmo juiz que proferirá a decisão a colheita imediata de todo o arcabouço probatório.

Destaca-se, além disso, que o princípio da identidade física do juiz não impede a realização de atos instrutórios por meio de carta precatória ou por videoconferência, inclusive a realização do interrogatório, sob pena de se inviabilizar a jurisdição e as próprias garantias processuais do acusado, em virtude da imensidão do território nacional e das dificuldades inerentes para se locomover.¹²³

¹²² MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. Ribeirão Preto: Legis Summa, 2007. p. 138. No mesmo sentido, afirma Demercian: “A vinculação do juiz ao processo constitui uma autêntica garantia do acusado. Para todo e qualquer juízo de mérito e, principalmente, para a plena satisfação do princípio constitucional da individualização da pena (C.F., art. 5º, inc. XLVI), é indispensável a prolação da sentença pelo juiz que manteve contato direto com os protagonistas do processo” (DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A oralidade no Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 59).

¹²³ A adoção do princípio da identidade física do Juiz no processo penal não pode conduzir ao raciocínio simplista de dispensar totalmente e em todas as situações a colaboração de outro juízo na realização de atos judiciais, inclusive do interrogatório do acusado por meio de carta precatória, sob pena de subverter a finalidade da reforma do processo penal, criando entraves à realização da Jurisdição Penal que somente interessam aos que pretendem se furtar à aplicação da Lei: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *Conflito de*

Por fim, inafastável que o princípio da identidade física do juiz não pode ser visto com exageros, devendo ser interpretado à luz do princípio da razoabilidade/proporcionalidade, de forma a orientar para, sempre que possível, o magistrado que colheu a prova vir a sentenciar o feito. Essa realidade, entretanto, nem sempre será viável, pois haverá hipóteses em que será impossível, física (morte) ou juridicamente (aposentadoria), que o mesmo magistrado que realizou a instrução processual julgue o feito, tratando-se, desse modo, de um princípio de direito processual penal de natureza relativa, não absoluta, a orientar a atuação dos juízes no âmbito criminal.¹²⁴ Essas exceções pontuais à aplicabilidade do princípio da identidade física do juiz deverão, contudo, estar expressamente justificadas nos autos em critérios fáticos e jurídicos (fundamentação idônea).

Diante de todas as informações apresentadas, podemos extrair, portanto, as seguintes **características** do interrogatório: **a)** trata-se de um ato processual; **b)** personalíssimo; **c)** submetido ao contraditório; **d)** presidido pelo juiz (sistema presidencialista), mantendo-se a legislação a inquirição direta do acusado, salvo nos procedimentos de competência do Tribunal

Competência 99.023/PR. Conflito negativo de competência. Ação proposta no Paraná. Ré domiciliada no Rio de Janeiro que responde ao processo em liberdade [...]. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 10/06/2009, DJe 28/08/2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/6061419/inteiro-teor-12195042>. Acesso em 20 set. 2022. Em sentido semelhante: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus 135.456/SC. Habeas Corpus.* Latrocínio. Nulidade. Interrogatório efetuado por precatória. Identidade física do juiz. Agente preso em outro estado. Ausência do réu nas audiências de instrução [...]. Rel. Min. Celso Limongi, j. 18/03/2010, DJe 24/05/2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/19151040>. Acesso em: 20 set. 2022. Para a 1ª Turma do STF, quando o acusado está solto, não é ônus do Estado providenciar o seu transporte até a sede do órgão julgador para o seu interrogatório. Logo, não há qualquer impedimento à realização do referido ato por carta precatória, sob pena de se negar ao acusado o exercício do direito de audiência, consectário lógico da ampla defesa. Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus 115.189/AM.* Interrogatório. Carta precatória. Réu solto. Processo Penal militar. Validade. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03/05/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11667900>. Acesso em: 20 set. 2022.

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas Corpus 133.407/RS.* Habeas Corpus. Princípio da identidade física do juiz. Art. 399, § 2º, do CPP. Aplicação analógica do art. 132 do Código de Processo Civil. [...]. Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 3/2/2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22133407%22%29+ou+%28HC+adj+%22133407%22%29.suce>. Acesso em: 20 set. 2022. Passou a figurar no rito processual penal o princípio da identidade física do juiz, com a alteração do art. 399, § 2º do CPP, pela Lei nº 11.719/08. No entanto, no caso das hipóteses previstas no art. 132 do CPC, outro magistrado, devidamente investido, poderá determinar a repetição das diligências que achar necessário para arrimar o *decisum* ou, caso ache o acervo probatório suficiente, julgar o feito: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *AgRg no Ag 1.357.894/DF.* Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ, j. 03/05/2011, DJe 23/05/2011. Para o STJ, se o magistrado responsável pela colheita da prova no curso da instrução probatória estiver de férias, não fica vinculado ao processo, razão pela qual os autos devem ser encaminhados ao seu sucessor, nos termos do art. 132, *in fine*, do CPC: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas Corpus 243.433/SP.* Rel. Min. Jorge Mussi, j. 28/08/2012, DJe 05/09/2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/894895402/decisao-monocratica-894895557>. Acesso em: 20 set. 2022. Na mesma linha: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas Corpus 165.866/DF.* Penal e Processual Penal. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Recurso Especial [...]. Rel. Min. Laurita Vaz, j. 09/10/2012, DJe 17/10/2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/864757952>. Acesso em: 20 set. 2022.

do Júri; e) realizado através de perguntas dirigidas pelo juiz ao acusado, oportunizando-se às partes complementar a inquirição com a formulação de questionamentos que devem ser dirigidos ao juiz, que os fará ao acusado se entender pertinente e relevante; e f) regido pelo princípio da oralidade.

3.2 Finalidades do interrogatório. Razões distintas de realização do interrogatório a partir de uma mesma disciplina legal

No sistema inquisitivo de processo, o interrogatório era visto como um meio essencialmente de prova, em que a confissão era o objetivo maior do inquisidor: o suspeito “há de ser continuamente interrogado(a) a respeito dos depoimentos contra ele(a) prestados, para ver se retorna às mesmas respostas ou não”.¹²⁵ Os réus confessos “eram acolhidos de volta à Igreja e condenados à prisão perpétua” e aqueles “que não confessavam eram entregues ao braço secular para a pena de morte”.¹²⁶

Nesse modelo, o princípio da presunção de inocência é totalmente aniquilado, sendo aceitas semicondenações fulcradas em semiprovas. Estabelece-se, para o juiz inquisidor, um quadro mental paranoico, porquanto a prova servia para demonstrar a correção da imputação formulada por ele próprio.¹²⁷

A tortura era a forma indicada em caso de resistência na negativa do delito, “para que seja exortada a confissão do crime”,¹²⁸ em caso de suspeita “de uma confissão incompleta ou quando a confissão era incongruente”.¹²⁹

O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição destacava a regulamentação da tortura e os critérios pelos quais esta seria aplicada, quando então o interrogado deveria prestar juramento de dizer a verdade. O fato era que o objetivo final do interrogatório recairia na única possibilidade – **a confissão** –, uma vez que se acreditava estar a verdade na boca do réu: “O valor da confissão é absoluto quando obtido sob ameaça de tortura ou através da apresentação dos instrumentos de tortura”.¹³⁰

¹²⁵ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Malleus Maleficarum. 19. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2007. p. 411.

¹²⁶ Idem, p. 39.

¹²⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 78-80.

¹²⁸ KRAMER; SPRENGER, op. cit., p. 428.

¹²⁹ NOVINSKY, Anita Waingort. *A inquisição*. v. 9. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982. p. 60.

¹³⁰ EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. 2. ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993. p. 157.

Os acusados eram submetidos a todo tipo de pressão, coação e tortura psicológica ou corporal. A confissão era a rainha das provas: obtida mediante tortura, prevalecia, ainda que divergente da prova testemunhal.¹³¹

Para os inquisidores, a confissão era tudo. Em termos teológicos, representava a aceitação dos pecados por parte do pecador e possibilidade de purificação em termos psicológicos, significava o triunfo da vontade sobre o prisioneiro, e a admissão dele de sua própria impotência.¹³²

O princípio fundante do modelo inquisitivo baseia-se no poder do juiz de chegar à verdade, independentemente do modo como o fará. A epistemologia inquisitiva é irremediavelmente antigarantista, sendo, por essa razão, incompatível com o sistema processual de um Estado democrático.¹³³

No fim do século XVIII, com a eclosão da Revolução Francesa (1789) e do Iluminismo, e com as denúncias formuladas pelos mais importantes pensadores do período, com destaque para Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria), acerca da desumanidade, da irracionalidade e do caráter despótico do procedimento inquisitorial, supera-se, finalmente, o sistema inquisitivo enquanto modelo histórico, retomando-se, aos poucos, o atual modelo acusatório de processo, assim definido por Ferrajoli:

[...] se pode chamar acusatório a todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o juízo como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentada a defesa em um juízo contraditório, oral e público e resolvida pelo juiz segundo sua convicção.¹³⁴

Como assinala Geraldo Prado,¹³⁵ fazendo menção aos ensinamentos de Franco Cordero e James Goldschmidt, são as regras do jogo que distinguem o modelo inquisitivo do acusatório. No primeiro, importa o resultado, porquanto seu objetivo central é a atuação do direito material. No último, o que importa são as regras do jogo, uma vez que o objetivo é a defesa dos direitos fundamentais do réu em face do arbítrio do poder de punir estatal.

Com relação ao contexto histórico do interrogatório, Carlos Henrique Borlido Haddad discorre que

¹³¹ NOVINSKY, Anita Waingort. *A inquisição*. v. 9. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982. p. 113-114.

¹³² GREEN, Toby. *Inquisição: o reinado do medo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 82. Destacou-se.

¹³³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. Ed. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 35.

¹³⁴ Idem, p. 564.

¹³⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 104.

[a] evolução do interrogatório pode ser assim delineada: em tempos idos, para garantir a veracidade das declarações, submetia-se o interrogando a juramento, cautela que, posteriormente, não pareceu suficiente e foi substituída pelo emprego de meios mais dolorosos e eficazes de obtenção da verdade, as quais, por sua vez, cederam lugar ao tirocínio do julgador na condução da inquirição.¹³⁶

No entanto, a ideia de que a descoberta, a reconstrução e o esclarecimento de crimes se resolve por meio do interrogatório é uma realidade que não tem mais espaço no modelo atual de processo penal. O sistema de justiça moderno preza por reconhecer ao acusado submetido a interrogatório o direito de não colaborar com a autoridade interrogante na finalidade de esclarecimento dos fatos. O acusado, desse modo, “não é obrigado a participar nesta finalidade através das suas declarações e não é, portanto, destinatário próprio do respectivo ‘dever de colaboração na administração da justiça penal’.”¹³⁷

No ordenamento jurídico brasileiro, o interrogatório possui ampla proteção de princípios constitucionais – devido processo legal, ampla defesa, direito ao silêncio – que proíbem interrogatórios tendenciosos, emprego de tortura e outras formas de coerção, tais como ameaças de mal futuro ou promessas de julgamento condescendente. Vigem a efetiva liberdade de escolha da conduta processual a se adotar para o exercício da estratégia defensiva.

Por sua vez, em relação às **finalidades do interrogatório no Brasil**, mister fazer uma distinção, pois o interrogatório na investigação preliminar possui finalidade distinta do interrogatório em juízo realizado durante a instrução processual.

Embora se reconheça que o interrogatório realizado em sede policial não é diferente do realizado em juízo, pois partem de uma mesma disciplina legal, salvo pelas autoridades que o presidem e pelo momento procedimental em que ocorrem, há um fator fundamental que os distingue: **a finalidade do ato**.

Para a autoridade policial, o exclusivo fim do interrogatório é obter dados que possam orientar a investigação (*informatio delicti*) e subsidiar o ajuizamento da ação penal pelo titular desse direito (*opinio delicti*). A finalidade, portanto, é de **esclarecer os fatos**, seja em relação à materialidade ou à autoria, seja em relação aos demais elementos do crime, a exemplo das circunstâncias em que ele foi praticado; além disso, o interrogatório policial também contribui para que pessoas inocentes não sejam injustamente submetidas à persecução penal.

¹³⁶ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000. p. 65-66.

¹³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. v. 1. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda., 1974. p. 448.

O interrogatório policial é a primeira oportunidade de defesa conferida ao investigado, para que apresente a sua versão e dê suas razões para o crime ou até mesmo negue a sua prática. A colheita de elementos de informação, desse modo, justifica a realização do interrogatório na fase investigativa, inclusive para fundamentar, no bojo do procedimento, a decretação de medidas cautelares pessoais, patrimoniais ou probatórias.

Diferencia-se o interrogatório policial da instrução processual por este motivo: enquanto o ato realizado durante a investigação criminal tem por objetivo obter elementos informativos para subsidiar o titular da ação penal no exercício desse *munus*, o interrogatório em juízo tem como escopo colher provas para demonstrar a legitimidade da pretensão punitiva ou do direito de defesa, revelando, nesse aspecto, o momento último de confronto da prova produzida, justificando, inclusive, a sua posição de último ato da instrução processual, conforme se demonstra a seguir.

Por sua vez, com relação às características do inquérito policial – procedimento administrativo conduzido pela autoridade policial com a finalidade de apurar determinado fato, verificando se houve infração penal e, em caso positivo, identificando as fontes de prova, as suas circunstâncias e sua autoria –, historicamente lhe é dada a característica de ser inquisitivo, eis que a autoridade policial o conduz conforme a sua discricionariedade, ou seja, sem que exista uma sequência preordenada de atos, mas sempre com o foco na apuração do ocorrido.

Nesse sentido, esclarece Norberto Avena:

Dispõem os arts. 6º e 7º do CPP determinadas providências que, sendo cabíveis e mostrando-se adequadas à espécie investigada, deverão ser adotadas com vistas à elucidação do crime. Esta relação não é exaustiva – ao contrário, é meramente exemplificativa –, mesmo porque o art. 6º, em seu inciso III, é genérico, permitindo a colheita de **todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias**. Reitere-se que, no início da investigação e no seu curso, cabe ao delegado proceder ao que se vem chamando pela doutrina de **juízo de prognose**, a partir do qual decidirá quais as providências necessárias para elucidar a infração penal investigada. A este juízo, mais tarde, quando finalizada a investigação, sucederá o **juízo de diagnose**, momento em que o delegado, examinando o conjunto probatório angariado, informará, no relatório do procedimento policial, as conclusões da apuração realizada.¹³⁸

Apesar dessa margem de discricionariedade na condução da investigação, inclusive em relação à oitiva do investigado, as garantias dispensadas a ele pela CF, independentemente do

¹³⁸ AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 191. Grifos no original.

indiciamento,¹³⁹ devem ser observadas pela autoridade policial que preside o ato, a fim de se evitar constrangimento ilegal e eventual crime de abuso de autoridade.

Afirma-se, dessa maneira, que não se pode confundir “formalidades da investigação” do próprio interrogatório em si, com as “garantias devidamente asseguradas ao investigado”. Trata-se de distinção fundamental para que se compreenda, mais à frente, que assegurar o exercício do direito ao silêncio não significa possibilidade de desvirtuar as formalidades do interrogatório: são razões distintas que precisam ser compreendidas no contexto do devido processo legal.

Por essa razão, dentre outras, a partir do momento em que o dispositivo constitucional assegura ao preso o direito de permanecer calado (CF, art. 5º, LXIII), subentende-se, até em razão de uma interpretação extensiva, sobretudo porque se trata de norma constitucional instituidora de direito individual, que o preceito constitucional não alcança apenas o preso, mas sim o suspeito, o investigado ou o indiciado, preso ou em liberdade, que tem o direito de ser ouvido pela autoridade responsável pela investigação e, entendendo conveniente, permanecer em silêncio.

Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho, “aludindo ao direito ao silêncio e à assistência do advogado para o preso, a Lei Maior denota simplesmente sua preocupação inicial com a pessoa capturada; a esta, mesmo fora e antes do interrogatório, são asseguradas as mencionadas garantias.”¹⁴⁰

Scarance Fernandes¹⁴¹ acrescenta, ainda, os principais direitos do imputado na fase de investigação: **a)** ter ciência da imputação; **b)** ser ouvido sobre a imputação; **c)** ter conhecimento do proceder investigatório; **d)** apresentar, por si ou por defensor, dados que possam influir no andamento da investigação, no oferecimento da denúncia e na análise da viabilidade de futura acusação.

¹³⁹ O art. 2º, § 6º, da Lei n. 12.830/2013, estabelece que o indiciamento “dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias” (BRASIL. *Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013*. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 20 set. 2022) Sobre o tema, acrescenta Avena que “o art. 2º, § 6º, da Lei 12.830/2013 deixa claro que o indiciamento ocorre apenas ao final do inquérito (na prática policial, costuma ocorrer no relatório, sob a forma de conclusão, após a menção às diligências realizadas), quando a este já incorporados os elementos que permitam ao delegado, apreciando o conjunto das providências adotadas, decidir se indicia ou não o indivíduo” (AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 231).

¹⁴⁰ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER. Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 73.

¹⁴¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 113.

Nesta perspectiva, Fauzi Hassan Choukr defende,¹⁴² à luz do art. 5º, inciso LV, da CF, em estrita harmonia com uma tendência de “jurisdicionalização” do processo administrativo, pensamento que recai na inserção dos postulados do devido processo legal no âmbito administrativo, que a garantia do contraditório a ser inserida na investigação criminal, ainda que de maneira diferida e restrita, confere ciência ao investigado e ao seu defensor exclusivamente em relação aos elementos de informação documentados (art. 7º, XXI, da Lei n. 8.906/1994¹⁴³, incluído pela Lei n. 13.245/2016), resguardando-se o sigilo quanto aos atos investigatórios ainda em andamento, quando o direito à informação inerente ao contraditório puder colocar em risco a própria eficácia da diligência investigatória (Lei n. 8.906/1994, art. 7º, § 11,¹⁴⁴ incluído pela Lei n. 13.245/2016).

Aliás, a esse respeito, a gênese do direito ao silêncio e a garantia da presença de advogado no interrogatório, no contexto do direito norte-americano, surgiu a partir de decisões da Suprema Corte, proferidas para regulamentação do ato no âmbito da investigação policial.

No sistema norte-americano, apesar do texto da VI Emenda,¹⁴⁵ o direito à defesa técnica foi objeto de intensa discussão perante a Suprema Corte e, conforme ressalta David Savage, em sua obra *Supreme Court and Individual Rights*,¹⁴⁶ apenas foi permanentemente consagrado para réus acusados de crimes federais passíveis de pena de morte. A princípio, para os demais casos, a Suprema Corte compreendia que caberia ao acusado arcar com os custos da sua defesa técnica, ou, eventualmente, exercê-la pessoalmente.

Somente a partir de 1932, no caso *Powell v. Alabama*, [287 EUA 45 (1932)], a Suprema Corte emitiu a sua primeira decisão no sentido de que o direito de defesa não deveria ser subjugado ou considerado apenas em seu aspecto formal, sob pena de cometimento de injustiça

¹⁴² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006. p. 127.

¹⁴³ Lei n. 8.906/1994: “Art. 7º São direitos do advogado: [...] **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; **b**) (VETADO).” (BRASIL. *Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 20 set. 2022).

¹⁴⁴ Lei n. 8.906/1994: “Art. 7º [...]. § 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.” (Idem).

¹⁴⁵ “**In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right** to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and **to have the assistance of counsel for his defense.**” (UNITED STATES. *Constitution of the United States*. Disponível em <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-6/>. Acesso em: 3 ago. 2022. Destacou-se).

¹⁴⁶ SAVAGE, David G. *The Supreme Court and individual rights*. 5. ed. United States: CQ Press, 2009. p. 328.

irreversível, garantindo-se um *right to counsel* (direito a advogado), muito embora, por não esclarecer as consequências desse direito ao acusado, a atuação do defensor continuou afastada.

Em *Escobedo v. Illinois* [378 U.S. 478 (1964)], finalmente, a Suprema Corte tornou imperativa a necessidade de advogado em sede policial, enfatizando que, a partir do momento em que o averiguado passa a ser foco de investigação, o direito de contar com um advogado para assisti-lo se torna uma exigência constitucional, e, na ausência do defensor, nenhuma declaração obtida em sede policial pode ser usada durante o processo criminal.

Mesmo após a decisão da Suprema Corte no caso *Escobedo v. Illinois* [378 U.S. 478 (1964)], no entanto, muitos problemas relacionados à regulamentação detalhada do interrogatório policial permaneceram sem disciplina, situação que perdurou até o julgamento do caso *Miranda v. Arizona* [384 U.S. 436 (1966)] pela Suprema Corte.

O caso, que simbolizou uma das decisões históricas da Suprema Corte dos Estados Unidos, implementou um padrão de abordagens e detenções realizadas pelo Estado, principalmente em relação ao interrogatório pela polícia. Isso trouxe, segundo relata João Carlos Souto,¹⁴⁷ uma espécie de código de conduta que deveria servir de base para os policiais durante o procedimento realizado nos inquéritos policiais, no âmbito federal ou estadual, sob pena de nulidade, conhecido como *Miranda Warnings*, que continha, dentre as balizas estabelecidas, o dever de informar a toda e qualquer pessoa detida seus direitos constitucionais, especialmente o de permanecer em silêncio (*remain silent*).

O julgamento do caso *Miranda v. Arizona* [384 U.S. 436, (1966)] teve como uma de suas maiores consequências a renovação das técnicas investigativas da polícia para assegurar, cada vez mais, o caráter preventivo dos direitos dos acusados em geral, gerados pelos efeitos da decisão judicial da Suprema Corte:

As decisões proferidas em *Escobedo v. Illinois* e *Miranda v. Arizona*, principalmente esta última, foram cruciais para a regulamentação do interrogatório policial no direito norte-americano. Em verdade, a primeira decisão somente exerceu influência sobre o sistema judicial americano por dois anos, até o surgimento da segunda, a partir da qual as regras então enunciadas, por serem mais abrangentes, passaram a regular o procedimento do interrogatório.¹⁴⁸

Denota-se, desse contexto, que a disciplina do interrogatório do acusado possui estrita relação com os julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos em casos relacionados a padrão

¹⁴⁷ SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 197.

¹⁴⁸ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000. p. 131.

de atuação da polícia, com o intuito de minimizar as violações de direito que poderiam decorrer dessa atuação.

O principal objetivo da Suprema Corte, revelado nas decisões referentes ao tema, principalmente em *Escobedo v. Illinois* [378 U.S. 478, (1964)] e *Miranda v. Arizona* [384 U.S. 436, (1966)], é a preocupação de esclarecer ao suspeito, no momento de sua prisão, o seu direito de ficar em silêncio e de obter a assistência de um advogado; cria-se, desse modo, um padrão para a valoração judicial de confissões obtidas em circunstâncias semelhantes, capaz de determinar se a confissão produziu prova ilícita e, portanto, deve ser excluída do processo, ou, ao contrário, deve ser aceita como prova.

A Corte reconheceu que a violência policial não ocorria apenas em alguns casos singulares e excepcionais, mas, ao contrário, era um padrão comum existente nas polícias estadunidenses. Ao mesmo tempo, reconheceu que a Suprema Corte não poderia dar um aval generalizado a essas práticas de violação de direitos que, de fato, já eram conhecidas da sociedade americana.¹⁴⁹

Em *Miranda v. Arizona* [384 U.S. 436, (1966)], a posição da maioria dos juízes da Suprema Corte foi expressa pelo voto do Juiz Warren, para quem o caso propunha questões estruturais da jurisprudência criminal americana, pois abordava a determinação de limites à liberdade pessoal em uma investigação criminal que fossem aceitáveis e condizentes com a Constituição, prevalecendo o entendimento de que facilitar a confissão era um elemento decisivo na consolidação da ineficiência policial quanto à descoberta de outras provas.

Essas preocupações com a violência policial, portanto, nortearam a jurisprudência da Suprema Corte na fixação de um padrão de atuação da instituição, principalmente ao se concluir que, se o Poder Judiciário não pretende fiscalizar de modo efetivo a fase policial, ele, de fato, renuncia a dar eficácia aos direitos fundamentais, razão pela qual o direito ao silêncio deveria incidir no trabalho da polícia, com todas as suas consequências.

Em compensação, embora o interrogatório policial e o interrogatório judicial partam de uma mesma disciplina legal, há razões distintas para sua realização no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, como mencionado, diferencia-se o interrogatório policial da instrução processual, pois, enquanto o ato realizado durante a investigação criminal tem por objetivo obter elementos informativos para subsidiar o titular da ação penal no exercício desse *munus*, o interrogatório em juízo tem como escopo colher elementos de prova para demonstrar a legitimidade da pretensão punitiva ou do direito de defesa, revelando, nesse aspecto, o momento

¹⁴⁹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966.

último de confronto da prova produzida, justificando, inclusive, a sua posição de último ato da instrução processual.

Conforme clássica exposição trazida por Espínola Filho, a finalidade do interrogatório é:

- a) facultar ao magistrado o conhecimento do caráter, da índole, dos sentimentos do acusado; em suma, compreender-lhe a personalidade;
- b) transmitir ao julgador a versão, que, do acontecimento, o inculpado fornece sincera ou tendenciosamente, com a menção dos elementos, de que o último dispõe, ou pretende dispor, para convencer da idoneidade de sua versão;
- c) verificar as reações do acusado, ao lhe ser dada, diretamente, pelo juiz, a ciência do que os autos encerram contra ele.¹⁵⁰

Denota-se, dessa conceituação, as distintas finalidades que se atribuem ao interrogatório judicial em relação aos objetivos perseguidos pela autoridade policial durante os atos de investigação de um crime, muito embora elas se complementem em muitos aspectos.

A primeira das finalidades apontadas, por exemplo, relaciona-se à percepção do juiz e da autoridade policial face à personalidade do acusado, justificando-se como subsídio à investigação e à dosagem da pena. De acordo com João Gualberto Garcez Ramos,

[...] a existência do art. 59 do Código Penal impõe que, nesse momento de contato pessoal, a autoridade policial e o juiz colham elementos de convicção importantes para a caracterização da personalidade do 'arguido', aquele cautelarmente e este definitivamente.¹⁵¹

Em cumprimento à determinação contida no art. 6º, IX, do CPP,

[...] ao interrogar e indiciar o sujeito investigado, deve a autoridade policial, além de levantar a sua folha de antecedentes (que cuida da vida pregressa criminal), obter dados relevantes acerca de seu passado no contexto individual (profissão, endereços residencial e comercial, entre outros), familiar (se casado, com ou sem filhos, se sustenta a família ou por ela é sustentado etc.), social (sua inserção na vida comunitária de um modo geral), econômico (condição de sustento, se proprietário de bens etc.), além de perscrutar seu estado de espírito antes, durante e depois do crime, a fim de detectar se houve premeditação, tratou-se de crime de ímpeto, bem como se houve arrependimento pelo cometido. Deve, ainda, colher outros dados que permitam compor a personalidade do indiciado, evidenciando-lhe aspectos do caráter e do temperamento. **Se tal colheita for bem feita, servirá, inclusive, no futuro, de norte para o juiz, ao fixar a pena e mesmo para decidir se concede ao réu algum benefício.**¹⁵²

¹⁵⁰ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. v. 3, 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 25.

¹⁵¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 257.

¹⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 143. Destacou-se.

A segunda finalidade do interrogatório, identificada por Espínola Filho considera, em relação ao acusado, o aspecto defensivo do ato.¹⁵³ É a oportunidade em que o réu, interrogado ao final da instrução,¹⁵⁴ depois de ouvidas as testemunhas arroladas, bem como a produção de outras provas, como eventuais perícias, pode fornecer ao juiz a sua versão dos fatos, inclusive para esclarecer divergências e incongruências que, não raramente, afloraram durante a edificação do conjunto probatório.

Por último, nota-se, paralelamente à primeira finalidade, nova oportunidade para o juiz obter elementos para formar sua convicção, viabilizando que a presença do réu, ainda que virtualmente, lhe possibilita analisar todo o tipo de gestos e entonações, além da maneira como o acusado se porta ao responder às perguntas, para que possa, a partir dessa valoração, estar apto a proferir uma sentença capaz de abranger todos os aspectos, não só a fria denúncia dos fatos.

Mas vamos além dessa tradicional conceituação de Espínola Filho para ressaltar não constituir finalidade do interrogatório obter a confissão do acusado, típica do sistema inquisitorial.¹⁵⁵ Aliás, um dos principais fatores de distinção entre os modelos processuais inquisitivo e acusatório consiste na utilização da confissão como objetivo primordial no primeiro modelo, inclusive com o emprego da tortura, ao passo em que, no último, o réu não pode ser compelido a produzir manifestações de cunho intelectual ou testemunhal.

No modelo de processo penal acusatório adotado pelo Brasil, principalmente pós-Constituição de 1988 e as pontuais reformas legislativas promovidas no modelo de processo penal brasileiro, a função precípua do interrogatório é dar vida material ao contraditório, permitindo ao acusado contestar a acusação na sua integralidade. Nesse sentido são os ensinamentos de Luigi Ferrajoli:¹⁵⁶

[...] no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar.

¹⁵³ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Campinas: Bookseller, 2000.

¹⁵⁴ A Lei n. 11.719/2008 teve o condão de promover essa atualização, alterando a redação do art. 400, *caput* – referente ao procedimento comum ordinário – e do art. 531 – procedimento comum sumário –, ambos do CPP. Destarte, hoje o interrogatório é um dos atos que compõem a audiência de instrução e julgamento, sendo o último realizado somente após a inquirição das testemunhas, oitiva dos peritos, acareações e outros atos que se façam necessários.

¹⁵⁵ ESPÍNOLA FILHO, op. cit.

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 486.

Encontram-se, por fim, no plano normativo da regra: **a)** o direito do interrogando, após a sua qualificação, de ser cientificado do inteiro teor da acusação, para que possa decidir falar ou não; **b)** decidindo permanecer em silêncio, este não importará confissão e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa; **c)** em qualquer circunstância são inadmissíveis, no modelo acusatório, a utilização de quaisquer meios tendentes a compelir o acusado a produzir manifestações de cunho intelectual/testemunhal, tais como o emprego de maus-tratos através da fadiga, intervenções corporais, tortura, engano e hipnose, assegurando-se a dignidade humana do acusado.

O CPP, por esse motivo, quando estabelece o interrogatório como último ato da instrução processual, de forma a possibilitar ao acusado defender-se de todas as acusações e provas que lhe foram direcionadas, bem como ao adotar o sistema presidencialista de inquirição, o faz conscientemente, orientando-se pela nossa **tradição informativa de avaliação da imputação pelo julgador**, que se consagra por uma concepção cognoscitiva da prova.

Nesse aspecto, uma das perspectivas atuais de se estudar o modelo de processo penal de uma sociedade é a partir de sua consideração como um **método de construção da verdade**, ou seja, de como os sujeitos que atuam no processo se orientam para averiguar a verdade sobre os fatos ocorridos; duas concepções competem a esse respeito: a função cognoscitiva da prova e a função retórico-argumentativa.¹⁵⁷

A concepção cognoscitiva da prova, de acordo com Michele Taruffo e Marina Gascón Abellán, relaciona-se a uma concepção democrática do poder, que atribui à prova uma função confirmatória ou de conhecimento racional dos fatos, eis que por meio da prova seria possível se chegar ao conhecimento da verdade sobre uma hipótese fática. A prova, nesse sentido, funcionaria como um fator de conhecimento de eventos passados, mesmo que em termos probabilísticos. Além disso, teria uma função de justificar a decisão mediante o fornecimento de uma explicação racional das conclusões sobre o caso.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Cf. BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009; GUSMAN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal: Una contribución a la epistemología jurídica*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 4. ed. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Ed. Trotta, 2011.

¹⁵⁸ Nesse sentido, TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 4. ed. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Ed. Trotta, 2011. p. 349-357; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova*. Trad. de Ravi Peixoto. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 73-82.

Entretanto, a verdade que se almeja no processo não é uma verdade absoluta, mas uma **aproximativa**,¹⁵⁹ cuja produção ou descoberta estão condicionadas a processos seletivos de apresentação – relevância e interesse – e limites ou garantias contra epistemológicas¹⁶⁰.

A investigação da verdade, por consequência, deve ser tida por relevante na medida em que se quer chegar a decisões justas ou corretas. A esse respeito, Jordi Ferrer Beltrán defende que “o sistema não pode prescindir da busca da verdade como objetivo institucional do processo (e, portanto, da aplicação do direito), visto que, de outro modo, o sistema entraria em colapso.”¹⁶¹

Também Taruffo,¹⁶² quando afirma que, independentemente do critério jurídico utilizado para definir e valorar a justiça de uma decisão, pode-se defender que esta nunca é justa se está fundada em determinação errônea ou inaceitável dos fatos.

A produção de decisões justas depende, em alguma medida, de certo grau de verdade, isto é, de decisões sujeitas à verificação empírica, uma vez que não se pode admitir a desvinculação entre os fundamentos da decisão que imputa o fato criminoso a alguém e o que realmente ocorreu.¹⁶³ Sobre isso, afirma Gustavo Badaró que

[...] a busca da verdade processual traduz-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional, não se podendo considerar como justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo que aspire a uma correta verificação dos fatos. Aliás, o próprio processo tem uma função prevalente de instrumento gnosiológico, com o escopo de reconstruir fato histórico. O acerto verdadeiro dos fatos é a única forma de explicar racionalmente em que consiste a justiça da decisão. Não tem sentido invocar valores como legalidade, correção e justiça da decisão se não se reconhece a verdade dos fatos como condição necessária para a correta aplicação da norma.¹⁶⁴

A legislação brasileira possui diversos elementos que fortalecem a conclusão de que a verdade é um fundamento do processo penal. O CPP do Brasil determina que a primeira pergunta a ser feita ao réu no interrogatório é acerca da veracidade da acusação que lhe é feita.

¹⁵⁹ Nesse sentido, REIS, André Wagner Melgaço Reis. *A mentira do réu e a dosimetria da pena*. Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2019/05/a184383b-a-mentira-do-reu-e-a-dosimetria-da-pena-versao-ampliada-e-atualizada.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2022.

¹⁶⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova*. Trad. de Ravi Peixoto. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 250-254.

¹⁶¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. A prova é liberdade, mas não tanto: uma teoria da prova quase-benthamiana. In: DIDIER Jr., Fredie *et al.* (coord.). *Provas*. Coleção Novo CPC. Doutrina Seleccionada. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 113.

¹⁶² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 4. ed. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Ed. Trotta, 2011. p. 64.

¹⁶³ Nesse sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 96-97.

¹⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora RT, 2003. p. 26.

A legislação penal, da mesma forma, criminaliza a calúnia, a denunciação caluniosa e o falso testemunho, condutas que, dentre outras coisas, atentam contra a verdade. Mesmo na legislação civilista, há o direito de resposta, com o intuito de esclarecer a verdade, além do entendimento jurisprudencial de que a liberdade de expressão não garante o direito de mentir.

Sob outra perspectiva, o sistema de *common law* trabalha com variações dos regimes de verdade segundo três padrões de prova exigidos. Em matéria penal, o critério do *in dubio pro reo* constitui matriz fundamental da ordem política e, portanto, a decisão criminal somente se faz legítima se a prova é estabelecida “para além de uma dúvida razoável” (“*beyond a reasonable doubt*”), quantificada por Antoine Garapon e Ioannis Papadopoulos, em cerca de 80% de certeza. Muito diversamente é exigido em matéria cível, em que o padrão “*preponderância da prova*” (“*preponderance of evidence*” ou “*fair preponderance of the evidence*”), com limite de corte de certeza em cerca de 50% para litígios de natureza adversarial, nos quais as partes estão em uma posição simétrica. Pode chegar a 65%, em casos nos quais está em jogo a liberdade individual do indivíduo, como nos de internação psiquiátrica.¹⁶⁵

A partir desses elementos básicos, Garapon e Papadopoulos discutem o papel do juiz,¹⁶⁶ pois, apesar de certa universalidade sobre a dupla exigência de abertura e legibilidade por parte do julgador, no sistema de *common law* esses aspectos são exacerbados, pois ele é considerado “como um terceiro se intercalando entre o Estado e os indivíduos, como um regulador imparcial e neutro dos problemas da sociedade”.¹⁶⁷

Assim, para os autores, “o Direito da *civil law* é concebido como um arquivo gravado em disco rígido, ao passo que a *common law* não tem outra pretensão senão propor um *path*, um caminho para chegar a uma solução.”¹⁶⁸

Esse caminho não busca a “verdade”, mas proporciona o “esvaziamento dos problemas morais substanciais por meio de suas normas processuais”.¹⁶⁹ Nesse sentido, as práticas jurídicas da *common law* são reflexivas e o “direito é uma prática interpretativa que se desdobra por si mesma em torno da argumentação dos que praticam”.¹⁷⁰

Desse modo, independentemente das críticas, que vão desde a desigualdade material das partes ao próprio método – com sua legitimação circular –, a *common law*, na medida em que

¹⁶⁵ Nesse sentido, GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 108.

¹⁶⁶ Idem, p. 123-134.

¹⁶⁷ Idem, p. 171.

¹⁶⁸ Idem, p. 268.

¹⁶⁹ Idem, p. 268.

¹⁷⁰ Idem, p. 269-270.

propõe colocar as partes em simetria, contrapondo duas teses, protege a eficiência do modelo e se despreocupa com a verdade, contentando-se com a verdade que será aquela reconhecível e aceitável pela comunidade de juristas.

3.3 Elementos estruturais do interrogatório nas distintas tradições de processo penal

O exame da legislação ordinária não se resumirá às normas de direito e processo penal. A análise reducionista e simplificadora sobre o direito positivo se esquece do importante trabalho de interpretação e de integração da norma com os postulados constitucionais. Nos Estados Unidos, por exemplo, a conformação atual do princípio contra a autoincriminação, sob as vestes do *privilege against self-incrimination*, foi toda construída pela Suprema Corte.

A pretensão é, pois, estudar o princípio contra a autoincriminação, especificar seu conteúdo e definir seus contornos, desde quando surgido até como atualmente encarado no direito pátrio, tratando-se de seu principal desdobramento, que é o direito ao silêncio. Propõe-se a descobrir a origem do princípio não apenas em referência ao ordenamento brasileiro, mas também em relação ao direito anglo-americano, ademais de precisar o alcance de sua influência, firmando-se conclusões, ainda que provisórias, sobre sua conformação atual.

3.3.1 *Nemo tenetur se detegere*

O princípio do *nemo tenetur se detegere* tem aplicabilidade acentuada no âmbito do processo penal, especificamente no campo da prova e do interrogatório, na medida em que assegura ao acusado o direito de não se autoincriminar, respeitando sua dignidade e liberdade, não se podendo exigir dele qualquer colaboração na produção de prova incriminatória.

O postulado tem a sua acepção literal no sentido de que “ninguém é obrigado a se descobrir”, ou seja, consiste no direito conferido ao acusado de não produzir prova contra si mesmo (princípio da não autoincriminação). No direito anglo-americano, o princípio é expresso pelo *privilege against self-incrimination*.¹⁷¹

¹⁷¹ O direito a não autoincriminação assumiu, ao longo do tempo, vários significados, sendo reconhecido também por outras máximas: “Dessa forma, o reconhecimento do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*/“ninguém é obrigado a acusar a si mesmo” (ou *nemo tenetur se detegere*/“ninguém é obrigado a se manifestar”, ou *nemo contra se edere tenetur*/“ninguém é obrigado a se denunciar”, ou *nemo tenetur detegere propriam turpitudinem*/“ninguém é obrigado a declarar a própria torpeza”), que se funda no dever natural de autopreservação, é uma conquista dos tempos modernos e das democracias liberais.” (COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 25).

Como destacado por Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna, “a norma jurídica não pode impelir comportamentos contra a natureza humana; essa é a razão pela qual a fuga do preso não é prevista como crime, **o instinto de busca pela liberdade e o de não se auto incriminar são inatos.**”¹⁷²

De fato, nos parece ser um direito inato de toda pessoa pretender ocultar as próprias faltas, sem que possa exigir-lhe que descuide de sua esfera jurídica mediante a exteriorização de algumas delas.

Não há como compreender, no entanto, a extensão e os objetivos contemporâneos do princípio da não autoincriminação, inclusive os limites hermenêuticos e o bem jurídico tutelado, sem incorporar a sua historicidade,¹⁷³ pois, no processo penal democrático, a proteção contra a autoincriminação está umbilicalmente associada a outros princípios/direitos fundamentais igualmente consagrados constitucionalmente, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à igualdade, à liberdade e à intimidade.

É importante lembrar, porém, que investigar o passado nem sempre é tarefa simples, já que a concepção desses direitos tido como fundamentais não surgiu num determinado instante da história, pelo contrário, ela é fruto de uma longa e sacrificada conquista da humanidade.

Especificamente em relação ao princípio da não autoincriminação, pode-se afirmar que a sua evolução ocorreu de forma gradual, partindo da ideia de não se poder exigir constrangimento para que o acusado confessasse o próprio crime, passando pelo reconhecimento do direito ao silêncio e da inexigibilidade de dizer a verdade, até as vertentes mais atuais do princípio, relativas ao direito de não praticar qualquer comportamento ativo capaz de incriminá-lo e o direito de não produzir contra si nenhuma prova incriminadora invasiva.

Com isso, segundo João Claudio Couceiro,¹⁷⁴

[...] o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* passou a ter **significados distintos, relacionados entre si: a)** um direito genérico a não se autoincriminar (*privilege against self-incrimination*); **b)** um direito de não ser interrogado pelo juiz (*right not to be questioned*); e **c)** um direito de, quando interrogado, se manter em silêncio (*right to silence*).

¹⁷² BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 37-38. Destacou-se.

¹⁷³ Como preleciona a jurista Melina Girardi Fachin: “olhar para o passado, compreender o presente e projetar o futuro” (FACHIN, Melina Girardi. *Direito humano ao desenvolvimento e justiça de transição*. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direitos humanos atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 128).

¹⁷⁴ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 27. Destacou-se.

Hodiernamente, o postulado da não autoincriminação é amplamente acolhido pelos países considerados democráticos, pois diversas são as convenções internacionais que o albergam, conferindo especial relevo ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Ensina Maria Elizabeth Queijo não ser possível identificar com exatidão a origem do princípio do *nemo tenetur se detegere*, existindo, no entanto, alguns textos na Antiguidade que remetem a esse propósito:

No Código de Hamurabi, embora não houvesse previsão formal de interrogatório, o acusado poderia ser ouvido sob juramento, especialmente quando não houvesse outra prova, testemunhal ou documental, ou ainda flagrante delito.

As Leis de Manu não admitiam que o acusado se calasse ou mentisse. Em tais situações, seria tido por culpado. Se comparecesse ao tribunal, deveria falar a verdade. O acusado deveria submeter-se a juramento.

No Egito, há notícia de que o interrogatório era admitido perante os tribunais ordinários, em instrução complementar, mas a tortura era empregada, com uso da roda e golpes de bastão. Havia também submissão a juramento.

O direito hebreu admitia o interrogatório do acusado, sem juramento como regra. Por exceção, admitia-se o juramento para a prova da inocência. A confissão era considerada uma aberração da natureza humana ou manifestação de estado de loucura.¹⁷⁵

Desse modo, alguns autores afirmam estar no direito hebraico a origem do direito à não autoincriminação, pois não era permitido que o acusado fosse depor contra si mesmo, tendo em vista ser a confissão considerada manifestação de estado de loucura. Além do mais, a “regra das duas testemunhas”,¹⁷⁶ também do direito hebraico, é vista por muitos como o antecedente remoto do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.¹⁷⁷

De acordo com o professor de Direito da Universidade de Chicago, Richard H. Helmholz, o princípio tem profunda conotação religiosa, sendo apontado texto de São João Crisóstomo como principal fonte da máxima latina *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*:

O texto de autoridade mais utilizado para justificar a regra era um extrato de um comentário sobre a carta de São Paulo aos hebreus pelo chefe de igreja do quarto século São João Crisóstomo. O texto, inserido no *Decretum de Gratiam*, estabelecia: ‘Eu não digo que vocês devem trair-se a si mesmos em público ou acusar a si mesmos

¹⁷⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 28-29. Destacou-se.

¹⁷⁶ Valendo-se de dois versículos do Livro do Deuteronômio (19:15 – “Uma só testemunha contra alguém não se levantará por qualquer iniquidade, ou por qualquer pecado, seja qual for o pecado que cometeu; pela boca de duas testemunhas, ou pela boca de três testemunhas, se estabelecerá o fato.” e; 24:16 – “Os pais não serão mortos em lugar dos filhos, nem os filhos em lugar dos pais; cada um morrerá pelo seu próprio pecado.”), argumentava-se que a confissão do acusado poderia implicar em conceder ao mesmo poder de dispor de seu corpo ou da própria vida, sendo que tais bens pertenciam apenas à Deus (Cf. COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 29-30).

¹⁷⁷ A esse respeito, ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 121; LEVY, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee paperback ed., 1999. p. 433.

perante outros, mas que vocês devem obedecer o profeta quando disse: ‘Revele seus atos perante Deus’. Comentaristas medievais leram essas palavras como estabelecendo um argumento jurídico: homens e mulheres devem confessar seus pecados a Deus, mas eles não devem ser compelidos a revelar seus crimes a mais ninguém. A técnica jurídica usual do *ius commune*, lendo textos a *contrario sensu*, levava a essa conclusão. Se os cristãos estavam sendo comandados a revelar seus pecados a Deus, como conclusão contrária eles estavam sendo comandados a não revelar seus pecados a outros homens.¹⁷⁸

De fato, revela-se plausível sustentar que a origem do princípio contra a autoincriminação seja tão antiga quanto a própria existência humana, até pelo instinto de sobrevivência que ele resguarda. Porém, conforme sustentado, há de se ter a cautela ao se buscar a origem exata de sua invocação, pois não se pode ignorar que o princípio passou por vários estágios evolutivos envolvendo os direitos do acusado no processo. Isso inclui, nessa trajetória, momentos de evolução e retrocessos inerentes a qualquer direito fundamental, em qualquer época.

Alguns autores, por sua vez, como José de Souza Gama, afirmam que o princípio *nemo tenetur se accusare* secularmente inspirou o *common law* inglês, porém, remonta ao Direito Romano: *nec enim aequum est dolum suum quemquam revelae*.¹⁷⁹

O professor de Direito da Universidade de Chicago, Richard H. Helmholz, sustenta, entretanto, que o princípio da não autoincriminação era desconhecido em Roma.¹⁸⁰ Isso porque o primórdio do processo penal romano correspondia a um sistema inquisitorial primitivo, com poderes ilimitados ao rei e aos magistrados, em que o processo era caracterizado pela absoluta ausência de formalidades e a inquirição do acusado era o ponto central do procedimento:

El interrogatorio del inculpado, interrogatorio que ya no se conoce en el juicio penal de época posterior, debió constituir el punto central del procedimiento primitivo, por cuanto ningún interrogado podía negarse a contestar al magistrado que le preguntaba.¹⁸¹

Ainda de acordo com Teodoro Mommsen, as perguntas eram unicamente formuladas pelo magistrado, que tinha um direito legalmente ilimitado de interrogar:

Tocante a la importante cuestión relativa a saber hasta qué punto en los procesos penales dependía la facultad de prestar declaración del libre arbitrio del interrogado,

¹⁷⁸ HELMHOLZ, R. H. The privilege and the *ius commune*: The middle ages to the Seventeenth Century. In: HELMHOLTZ, R. H. (org.). *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*. Chicago & London: University of Chicago Press, 1997. p. 26.

¹⁷⁹ GAMA, José de Souza. *Confissão penal e direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas bastos S.A., 1984. p. 63.

¹⁸⁰ HELMHOLZ, op. cit., p. 186.

¹⁸¹ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Madrid: La España Moderna, 1898. p. 224.

*o este podía ser constreñido a prestarla, hemos de decir que en los primeros tiempos la regla general, hasta cierto punto, era que el magistrado tuviera un derecho legalmente ilimitado a interrogar, y que, por el contrario, carecían de él los particulares.*¹⁸²

Nesse período, a confissão já era considerada a rainha das provas, admitindo-se a prática da tortura, encerrando-se o processo com a condenação, quando o acusado confessava a prática criminosa:

*Sin embargo, el juez que hubiera de sentenciar debía tener en cuenta, en primer término, la confesión del acusado; y si bien los juristas romanos no desconocieron en modo alguno la posibilidad de que la confesión no fuera expresión de la verdad, sobre todo cuando hubiese sido arrancada por el tormento, sin embargo, la regla general era que la misma llevase consigo una sentencia condenatoria, y una sentencia condenatoria ejecutiva.*¹⁸³

Outro aspecto indicativo de que o acusado não podia valer-se do postulado *nemo tenetur se detegere* no Direito Romano era a exigência de sujeição a juramento, pois, como afirma Malatesta,

[...] o juramento só se retém como forma protetora da verdade, senão enquanto julgado apto a exercer uma coação interna, obrigando a testemunha a dizer a verdade. O juramento está, por isso, em contradição com o direito do acusado de não depor ou simplesmente a não confessar sua culpa, pois o juramento é uma coação sobre seu espírito e toda a coação, interior ou exterior, forçando o acusado a confessar, é sempre ilegítima e, por isso, rejeitada.¹⁸⁴

Ante a presença desses fortes indicativos, no sentido de que o Direito Romano não conferia ao acusado uma liberdade de autodeterminação, a ponto de ser respeitada a sua individualidade, incluindo o seu direito ao silêncio e de não participar dos atos judiciais ou cooperar com o poder estatal, é que não se pode afirmar, com determinado grau de certeza, ter sido esse ramo do Direito o berço do postulado contra a autoincriminação, muito embora possa ter se manifestado nesse período em algum momento da história.

De outra via, alguns autores afirmam que o postulado deita suas raízes no *jus commune*¹⁸⁵ e no processo penal canônico, assentando-se no regramento *nemo tenetur prodere*

¹⁸² MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Madrid: La España Moderna, 1898. p. 261.

¹⁸³ Idem, p. 279-280.

¹⁸⁴ MALATESTA, Nicola Framarino del. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996. p. 431.

¹⁸⁵ O *jus commune* representa a combinação entre as leis romanas e canônicas, que foi o produto do ressurgimento da ciência jurídica no século XII. Anteriormente à Codificação, o *jus commune* era aplicado nas Cortes Continentais, sempre que não houvesse um regulamento ou costume em sentido contrário, e nas Cortes Eclesiásticas Inglesas (Cf. HELMHOLZ, R. H. The privilege and the *jus commune*: The middle ages to the

seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam (ninguém pode ser compelido a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a se autoincriminar).¹⁸⁶

De fato, reconhece-se que uma das mais antigas referências ao *nemo tenetur* encontra-se em um decreto de Graciano, um monge da Toscana que ensinava direito em Bolonha, tendo sido publicado por volta de 1140. O decreto dispunha que “eu não lhe digo que se incrimine a si mesmo publicamente, nem se acuse a si mesmo em frente aos outros”.¹⁸⁷

Entretanto, do mesmo modo que no Direito Romano, as bases em que foi estabelecido o *nemo tenetur*, no *jus commune*, eram extremamente frágeis, permitindo que os adeptos do juramento de *veritate dicenda* impusessem a sua doutrina, com a prevalência de um perfil autoritário de distribuição da justiça.

No Direito Canônico, contrapondo-se à liberdade de ficar calado e de respeito à autodeterminação do acusado, utilizava-se o juramento para se buscar a verdade e, com a prática da tortura, pretendia-se alcançar a verdade determinada pelo juiz, ainda que dissonante da prova dos autos, não se podendo, desse modo, atribuir a esse ramo do Direito o surgimento e a estabilização do direito à não autoincriminação.

Revela-se, a partir do século XIII, mais especificamente em decorrência do Concílio de Latrão, de 1215, que o caminho da história que orientou as alusões ao *nemo tenetur se detegere* na Antiguidade não possuiu força e embasamento suficientes para sedimentar-se como um verdadeiro sistema de garantia aos acusados, tendo o referido princípio sofrido distorções e sendo sufocado pelo sistema inquisitorial implementado nos séculos que se seguiram.

Com a queda do Império Romano, as necessidades da Igreja em combater a heresia, e da Monarquia, em centralizar o poder diante dos senhores feudais, culminaram com a implementação do sistema inquisitorial na Europa Continental,¹⁸⁸ ao longo do século XII até o XIV, em substituição ao modelo acusatório, no qual o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto de investigação.¹⁸⁹

Seventeenth Century. In: HELMHOLZ, R. H. (org.). *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*. Chicago & London: University of Chicago Press, 1997. p. 7).

¹⁸⁶ Cf. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 363.

¹⁸⁷ LEVY, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee Paperback ed., 1999. p. 21.

¹⁸⁸ BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2005. p. 57.

¹⁸⁹ A principal marca desse sistema está no fato de que incumbe ao magistrado o mister de investigar, acusar e julgar, em uma posição de superioridade em relação ao acusado, que resta como mero objeto de verificação, pois a gestão das provas está concentrada, essencialmente, nas mãos do magistrado, que as recolhe secretamente. Nesse sentido, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à teoria do Direito Processual Penal*. Rio de

Nesse cenário, o princípio da presunção de inocência é totalmente aniquilado ou invertido, na medida em que é o acusado quem deve provar sua inocência (*reus tenetur se detegere*),¹⁹⁰ inclusive pela superação das torturas infligidas, caso em que era finalmente liberado.

A lógica inquisitorial, desse modo, centrada na verdade absoluta, é determinada pelos seguintes elementos, elencados por Mauro Fonseca Andrade:

a) O acusador é prescindível ao processo, o que não implica sua completa exclusão do sistema inquisitivo; **b)** o processo pode ser instaurado com o ajuizamento de uma acusação, *notitia criminis* ou de ofício; **c)** o órgão encarregado de julgar está formado por funcionários públicos, abandonando-se o modelo que admitia representantes do povo; **d)** a persecução penal é regida pelo princípio de oficialidade; **e)** o procedimento é secreto, escrito e sem um contraditório efetivo; **f)** há desigualdade entre as partes; **g)** a obtenção das provas é uma tarefa inicial do juiz, ao invés de ser confiada exclusivamente às partes; **h)** o juiz que investiga também julga; **i)** o sistema de provas é o legal, com sua divisão em prova plena e semiplena; **j)** para a obtenção da prova plena, admite-se a tortura do imputado e de testemunhas; **l)** possibilidade de defesa quase nula; **m)** possibilidade de recurso contra a decisão de primeira instância; **n)** nulidade como consequência da inobservância das leis e formas estabelecidas.¹⁹¹

Além disso, podemos mencionar outras características essenciais do procedimento inquisitorial durante a Idade Média, dentre as quais **(i)** utilizar da *veritate dicenda* (*reus tenetur se detegere*), isto é, submeter o acusado ao juramento de dizer a verdade e a busca incessante pela confissão; **(ii)** a adoção do sistema da prova legal ou tarifada, dependendo, por exemplo, a condenação da existência de duas testemunhas presenciais ou da confissão, a rainha das provas (*regina probatio*);¹⁹² e **(iii)** a possibilidade de utilizar a tortura para a obtenção da confissão, até mesmo porque o que estava em jogo era a alma do réu.¹⁹³

É oriundo desse período o denominado *Directorium Inquisitorum* (Manual dos Inquisidores), escrito pelo frade dominicano Nicolau Eymerich, em 1376, posteriormente revisto e ampliado por Francisco De La Peña, em 1578, no qual se estabelece que “aquele que se recusa a prestar juramento é herege”:¹⁹⁴

Janeiro: Renovar, 2001. p. 30-31; BARREIROS, José António. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 12.

¹⁹⁰ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *Processo criminal brasileiro*. v. 1, 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 228.

¹⁹¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 359.

¹⁹² LEVY, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee paperback ed., 1999. p. 21.

¹⁹³ THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais*. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 203.

¹⁹⁴ EYMERICH, Nicolau; DE LA PEÑA, Francisco. *Directorium Inquisitorum*, v. III, n. 20, 2. ed. Trad. de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro/Brasília: Rosa dos Tempos/UnB, 1993. p. 197.

Se, por outros crimes e diante de outros tribunais, a regra é nunca torturar certas categorias de pessoas (por exemplo, letrados, soldados, autoridades e seus filhos, crianças e velhos), para o terrível crime de heresia não existe privilégio de exceção, não existe exceção: todos podem ser torturados (*omens torqueri possunt*). O motivo? O interesse da fé: é preciso banir a heresia dos povos, é preciso desenraizá-la, impedir que cresça. E que ninguém se espante com o rigor: para o crime de lesa-majestade não existe isenção nem privilégio. Por que haveria para o crime de lesa-majestade divina?¹⁹⁵

Nesse modelo de estrutura, o controle do processo penal passou a considerar o herege como o maior inimigo da fé e da verdade, alguém perigoso, que precisa ser vigiado, reprimido e exterminado, admitindo-se todo tipo de enfrentamento contra a heresia.

O processo penal passa a considerar crime e pecado como sinônimos, sendo o inquisidor responsável pela busca da verdade real ou absoluta; sobre o imputado recaíam todos os esforços para alcançá-la, uma vez que somente ele conhecia os fatos como ninguém.¹⁹⁶

Destarte, nessa realidade de adoção do sistema de prova tarifada e de se seguir pelo caminho da verdade, onde os fatos podem estar relegados a um segundo plano, surge a confissão como prova máxima – “*regina probationum*” – e suficiente para a condenação, ainda que induzida e provocada sem qualquer indício de espontaneidade.

A busca incessante pela confissão, no sistema inquisitivo, deu espaço para a tortura, instrumento utilizado como medida para punir e ato de instrução, método extremamente eficaz para se concluir o processo de maneira rápida e eficiente, instalando no corpo social um clima de medo e terror. Todavia, essa repugnante prática “útil” e “necessária” ao sistema tinha o seu preço:

Qual o sentimento que nasce no homem, ao sofrer uma dor? Este sofrimento é o desejo que a dor pare. Quanto mais violento o suplício, tanto mais violento será o desejo e a impaciência de que chegue ao fim. Qual é o meio com que um homem torturado pode acelerar o término da dor? Declarar-se culpado do crime pelo qual é investigado. Mas é verdade que o torturado cometeu o crime? Se a verdade é sabida, é inútil torturá-lo; se a verdade é duvidosa, talvez o torturado seja inocente, e igualmente levado a se acusar do crime. Portanto, os tormentos não constituem um meio para descobrir a verdade, e sim um meio que leva o homem a se acusar de um crime, tenha-o ou não ocorrido.¹⁹⁷

¹⁹⁵ EYMERICH, Nicolau; DE LA PEÑA, Francisco. *Directorium Inquisitorum*, v. III, n. 20, 2. ed. Trad. de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro/Brasília: Rosa dos Tempos/UnB, 1993. p. 210-211.

¹⁹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à teoria do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24-26.

¹⁹⁷ VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 87-88.

Nas palavras de Coutinho, porém, a inquisição “não inventou a tortura, mas o meio quase perfeito para justificá-la: os mecanismos do sistema inquisitório”.¹⁹⁸ Desse modo, tendo em vista a importância da confissão e do próprio método da tortura para o funcionamento do sistema, o interrogatório era visto como um ato essencial,¹⁹⁹ que exigia uma técnica especial, submetendo o acusado ao juramento de *veritate dicenda* e conduzindo-o inexoravelmente à autoincriminação:

A verdade estava dada *ex ante* e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, dentro do modelo proposto, era a vitória da inquisição mas, para o consumo geral, vitorioso era o inquirido que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de tanto em tanto fosse parar na fogueira, para, mais rápido, entregar sua alma a Deus.²⁰⁰

Considerando que a decisão já estava preordenada e o resultado antecipado, uma vez que o inquisidor atribuía sentido válido apenas às manifestações que confirmavam seu entendimento prévio, desprezando provas e evidências em sentido contrário, bastava que ele encontrasse maneiras de confirmar o anteriormente já planejado, ou seja, “afastado do contraditório e sendo o senhor das provas, sai em seu encalço guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato.”²⁰¹

Estabelece-se, para o juiz inquisidor, portanto, nessa cadeia de produção de sentido no desenvolvimento do processo, premissas fundantes que valorizam apenas o que confirma a primeira hipótese, encobrindo a realidade e desprezando todo o conjunto probatório existente nos autos. Tal fenômeno, diagnosticado com propriedade pelo processualista italiano Franco Cordero, constitui o denominado “primado da hipótese sobre os fatos”.

Cordero explica que esse fenômeno se revela como a situação, típica do sistema inquisitorial, na qual são considerados e relevados apenas os significantes confirmadores da acusação, desprezando-se os demais. Nesses casos, forma-se um “quadro mental paranoico” (*quadri mentali paranoid*), em que praticamente não há espaço para a defesa e o contraditório pouco influi, porquanto a prova servia para demonstrar a correção da imputação (hipótese) formulada pelo juiz inquisidor, não submetida ao contraditório.²⁰²

¹⁹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à teoria do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 30.

¹⁹⁹ No interrogatório, o acusado tinha o dever de responder. Nesse sentido, MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*. v. 1. Torino: UTET, 1931-1932. p. 43.

²⁰⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informações legislativas*, v. 186, p. 105, 2009.

²⁰¹ COUTINHO, 2001, p. 24.

²⁰² CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986- p. 51.

Esse modelo de sistema inquisitorial predominou até final do século XVIII, início do XIX, sendo utilizado regularmente em toda a Europa Continental, baseando-se no juramento de *veritate dicenda*, no emprego constante da tortura em busca da confissão e na reunião de todas as funções (investigar, acusar e julgar) na pessoa do inquisidor.²⁰³

Por conseguinte, conforme destaca Leonard Levy, não há notícias de absolvições durante a vigência desse modelo inquisitivo durante a Idade Média, pois as chances do acusado eram resumidas pela máxima “abandone as esperanças, aquele que entrar aqui”.²⁰⁴

Nesse contexto, é correto concluir que o postulado do *nemo tenetur*, consectário lógico do princípio do estado de inocência, inexistiu no modelo inquisitorial que predominou na Europa Continental durante o período dos séculos XII a XVIII.

Com o advento do Iluminismo, no século XVIII, entretanto, surgiram veementes críticas à irracionalidade do sistema inquisitorial, especialmente no que concerne à utilização do mecanismo da tortura como meio de se obter a confissão, destacando-se as ideias lançadas nessa época por Cesare de Bonesana, o Marquês de Beccaria, em sua obra intitulada *Dos delitos e das penas*, na qual realiza uma intransigente defesa do princípio da dignidade da pessoa humana, destacando que a tortura é frequentemente o meio certo de condenar o inocente débil e absolver o criminoso forte, ainda que não reconhecesse, de forma absoluta, um direito do acusado ao silêncio.²⁰⁵

Sem embargo, mesmo nesse período, foi controvertida a construção teórica do postulado do *nemo tenetur*, pois, conforme destaca Maria Elizabeth Queijo,

[...] o próprio Beccaria sustentou que aquele que, obstinadamente, se recusasse a responder ao interrogatório deveria sofrer pena fixada nas leis, das mais graves. Contudo, segundo o referido autor, tal pena não era necessária quando não houvesse dúvida de que o acusado era autor do delito.

Registra-se, dessa forma, verdadeiro contrassenso na obra de Beccaria, na medida em que sustenta que o dever de dizer a verdade, imposto ao acusado pelo juramento, é antinatural, mas entende que o acusado silente deve ser apenado gravemente, por constituir ofensas à Justiça.²⁰⁶

De todo modo, as críticas iluministas exerceram influência direta na maioria das legislações europeias, ainda que alguns países tenham resistido a tais inovações.²⁰⁷

²⁰³ CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 20.

²⁰⁴ LEVY, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee paperback ed., 1999. p. 33.

²⁰⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 37-41.

²⁰⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33.

²⁰⁷ “Algumas legislações, como a Instrução de 1767, redigida por Catarina II da Rússia, e o Código Austríaco de 1803, adotaram a orientação de punir o acusado que silenciou no interrogatório, o que legitimou outra forma

A promulgação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, teve influência direta dos ideais iluministas, carregando, em seu bojo, a título de exemplo, os postulados da presunção de inocência (art. 9º) e da proibição da tortura, conferindo bases de sustentação para o princípio do *nemo tenetur*, postulado umbilicalmente associado ao interrogatório do acusado:

Nessa época, marcada pela construção e reconhecimento das garantias penais e processuais penais, que nos dias de hoje parecem tão sedimentadas, **o princípio *nemo tenetur se detegere* revela-se como garantia relativa ao resguardo do acusado no interrogatório**. Isso decorre do fato de o acusado, nesse período, já não ser visto exclusivamente como objeto da prova.

Os iluministas combateram o emprego da tortura e o juramento imposto ao acusado, observando que qualquer declaração autoincriminativa era antinatural. Além disso, consideravam imoral os meios utilizados para fazer com que ele falasse, ou seja, confessasse, autoincriminando-se.²⁰⁸

Somente após a superação do sistema inquisitivo, porém, com a adoção do sistema acusatório²⁰⁹ e do sistema adversarial, com a possibilidade de representação por advogado – na Inglaterra e nas antigas colônias que se tornavam independentes –, em que o acusado passa a ocupar a posição de verdadeiro sujeito de direitos e tem a sua dignidade pessoal respeitada, é que o *nemo tenetur se detegere* se efetiva como garantia contra a autoincriminação nos ordenamentos da Europa Continental, nos séculos XIX e XX.

A evolução desse postulado é sintetizada por Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Maurício Zanoide de Moraes:

A evolução do princípio consagrado na expressão *nemo tenetur se detegere* se insere na problemática crucial do processo penal, qual seja, o confronto entre a defesa social e os direitos fundamentais do imputado.

Assim é que, desde a época em que responder ao interrogatório era obrigação do acusado, até os dias de hoje, em que se lhe permite permanecer calado, sem que disso resulte prejuízo a ele ou à sua defesa, um longo caminho foi percorrido, passando inclusive, por período em que o direito ao silêncio foi equiparado à confissão tácita, carreando-se ao imputado um verdadeiro *onus probandi*.²¹⁰

de violência contra ele. Em tal orientação, há ínsita a ideia de que acusado, quando silencia, desobedece e desrespeita a autoridade que preside o ato. A disciplina estabelecida nos citados diplomas demorou a ser modificada.” (QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33-34).

²⁰⁸ Idem, p. 32, destacou-se.

²⁰⁹ “O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ganha, assim, o significado de uma decisiva pedra de toque, imprimindo carácter e extremando entre si os modelos concretos de estrutura processual. Bem podendo, por isso, figurar como critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório” (ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 122).

²¹⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAIS, Maurício Zanoide de. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 6, p. 134, abr.-jun. 1994.

Na Idade Contemporânea, alguns diplomas internacionais de direitos humanos passaram a disciplinar expressamente, ou de forma reflexa, acerca do princípio da não autoincriminação.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 1948, não fez menção expressa ao princípio do *nemo tenetur*, apesar de ter se referido à presunção de inocência e estabelecido a não utilização da tortura.

O postulado tampouco foi tratado de maneira expressa pela Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), adotada em 1953, pelo Conselho da Europa, que se referiu, contudo, em seu art. 6º, à presunção de inocência e à garantia a um julgamento justo.

Em 22 de novembro de 1969, durante a Conferência de São José da Costa Rica, foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que insculpiu o princípio do *nemo tenetur se detegere* no art. 8º, parágrafo 2º, alínea g, ao dispor que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se declarar culpado, de forma muito semelhante ao disposto no art. 14, n. 3, alínea g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, que, entrando em vigor no dia 23 de março de 1976, estabeleceu que todo aquele que for acusado da prática de um crime não é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se confessar culpado.²¹¹

Nesse contexto, o postulado foi acolhido, expressamente, pelo direito brasileiro ao incorporar, no direito interno, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, possuindo, por força de tal incorporação, em consonância com o disposto no art. 5º, § 2º, da CF, hierarquia constitucional, “o que foi corroborado pelo art. 5º, § 3º, da Constituição, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004”.²¹²

Além disso, o art. 5º, LXIII, da CF, retrata um importante desdobramento do *nemo tenetur se detegere*, que é o **direito ao silêncio** do acusado (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada [...]”).²¹³

O *nemo tenetur* decorre, ainda, das garantias do devido processo legal e da ampla defesa, mais especificamente na vertente da autodefesa, bem como da presunção de inocência (ou

²¹¹ O Brasil ratificou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – no ano de 1992, cujo cumprimento foi determinado pelos Decretos n. 592/1992 e n. 678/1992, respectivamente.

²¹² QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 104.

²¹³ Conforme adiante se detalha, é impróprio tratar-se do direito ao silêncio como sinônimo do direito da não autoincriminação, por corresponder a uma visão bem restritiva desse postulado. Por isso, atribui-se ao *nemo tenetur se detegere* a feição de um princípio constitucional, não obstante a CF disponha expressamente apenas sobre o direito de permanecer calado, com o qual aquele não se confunde.

estado de inocência), garantias estas inerentes ao modelo acusatório e agasalhadas expressamente pela CF, em seu art. 5º, LIV, LV e LVII, respectivamente.

O princípio da não autoincriminação, portanto, como direito fundamental,

[...] objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações.²¹⁴

Para Callegari, Wermuth e Engelmann²¹⁵, o princípio, além de não poder obrigar o cidadão a prestar qualquer tipo de informação, também coíbe a possibilidade de fornecer, direta ou indiretamente, qualquer tipo de prova que possa ensejar autoincriminação.²¹⁶

O mencionado postulado, por conseguinte, se classifica no rol dos direitos de primeira geração, ou seja, se refere aos direitos da liberdade de manifestação intelectual do acusado, proibindo-se o emprego da tortura e de quaisquer métodos sub-reptícios para extorquir-lhe a confissão, tornando-o titular do direito frente ao poder estatal, cuja finalidade básica é “o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.”²¹⁷

Por isso, a tutela do acusado como sujeito de direito, e não como objeto de prova, eleva a vinculação do *nemo tenetur* à preservação da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, é um dos postulados expressos e norteadores do Estado Democrático de Direito previstos na nossa Constituição (art. 1º, III, da CF).

O postulado da não autoincriminação, portanto, é um princípio de civilidade, consagrando-se como direito fundamental com o surgimento e a gradativa consolidação do Estado Democrático de Direito, consistindo em importante diretriz principiológica, tendo em vista sua ampla dimensão e abrangência no Direito Processual Penal, especialmente quanto à interpretação dos dispositivos infraconstitucionais que versam sobre o interrogatório e sobre as provas que dependem de um comportamento ativo do acusado para sua produção.

²¹⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 77.

²¹⁵ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012. p. 82.

²¹⁶ Pode-se afirmar que o princípio outorga uma posição de não cooperação com a produção da prova, tendo, como conteúdo essencial, a proteção da integridade física e mental do acusado, bem como sua liberdade comunicativa. Nesse sentido, COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 131.

²¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 39.

3.3.2 Desdobramento do direito de não produzir prova contra si mesmo: o direito ao silêncio ou direito de ficar calado

O direito ao silêncio é a manifestação mais evidente do princípio *nemo tenetur se detegere* no processo penal, ganhando expressividade por ocasião do interrogatório, ao conferir ao acusado o direito de não responder às indagações formuladas pela autoridade.

Revela-se, desse modo, um equívoco querer equiparar o princípio da não autoincriminação ao direito ao silêncio, pois, embora se trate da mais tradicional manifestação do *nemo tenetur se detegere*, o direito de ficar calado funciona apenas como uma das decorrências de garantia maior contra a autoincriminação.

O silêncio do acusado adquire especial relevo, pois possui íntima correlação com o direito fundamental à intimidade do indivíduo,²¹⁸ que tem o direito de nada declarar, de se calar e de reservar-se no seu interior, sem que sofra qualquer consequência por essa escolha. Nos dizeres de Hungria, “o silêncio é para o acusado um asilo em que não se pode penetrar pela violência”,²¹⁹ não obstante entenda o jurista ser possível interpretá-lo como confissão tácita.

Idêntica é a posição de Paulo Sérgio Leite Fernandes, para quem “o direito ao silêncio, garantido ao preso, ao indiciado solto, ao acusado e ao réu, não se insere somente na autodefesa. Segue adiante, incrustando-se na própria proteção da intimidade (ou privacidade), a exemplo da proteção outorgada a qualquer cidadão.”²²⁰

Desse modo, não há dúvida de que

[...] o direito da verdade, por parte da justiça pública, tem um limite intransponível: o respeito ao foro íntimo, ao recesso da consciência dos acusados. Nenhuma consideração, nem mesmo a do interesse da repressão contra o crime, pode abstrair esse mandamento da Cultura e indeclinável condição da liberdade pessoal.²²¹

Pode-se afirmar, nesse contexto, que o direito ao silêncio corresponde ao núcleo duro do princípio *nemo tenetur se detegere*, tendo como **fundamento jurídico** a concepção de que “não se trata mais de conveniência legislativa, mas de escolha ideológica”,²²² ou seja,

²¹⁸ Nesse sentido, AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 682, p. 285-295, ago. 1992.

²¹⁹ HUNGRIA, Néilson. Confissão (limite do direito à). In: SANTOS, J. M. de (coord.). *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*. v. XI. Rio de Janeiro: Borsó, 1972. p. 43.

²²⁰ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Direito e dever ao silêncio. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: RT, 1992. p. 318.

²²¹ HUNGRIA, op. cit., p. 45.

²²² GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência Penal*, n. 1. São Paulo: Convívio, 1976. p. 28.

[...] muito mais que de política legislativa, trata-se de questão que, intimamente ligada ao ‘nemo tenetur’ e ao direito ao silêncio, eleva-se ao plano da escolha verdadeiramente político-filosófica. Que espécie de processo penal se pretende construir? Como solucionar o contraste Estado-indivíduo, problema nodal do processo penal, onde estão em jogo a pretensão punitiva e a defesa social, de um lado, e o reconhecimento da inocência e a preservação dos direitos fundamentais do homem, do outro lado?²²³

No que concerne ao plano legal, sob a ótica internacional, o direito de permanecer calado vem consagrado no art. 14, § 3º, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), do qual o Brasil é signatário (Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992), ao dispor que “toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, às seguintes garantias: [...] de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.²²⁴

A Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil também é signatário (Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992), dispõe, em seu art. 8º, § 2º, g, que “durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.²²⁵

No Brasil, antes da CF de 1988, “o tema era tratado entre nós no âmbito do devido processo legal, do princípio da não-culpabilidade e do processo acusatório”.²²⁶ Atualmente, encontra-se explicitado no art. 5º, LXIII, da Constituição – “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”²²⁷ –, bem como no art. 186 do CPP,²²⁸ com a redação dada pela Lei n. 10.792/2003, **cabendo ao juiz informar ao réu, antes de iniciar o seu interrogatório, que tem ele resguardado esse direito.**

²²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência Penal*, n. 1. São Paulo: Convívio, 1976. p. 28.

²²⁴ BRASIL. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 3 jun. 2022.

²²⁵ BRASIL. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 3 jun. 2022.

²²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 636.

²²⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

²²⁸ CPP, art. 186. “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022).

Acerca da advertência, o STF, no julgamento do HC n. 78.708,²²⁹ de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, reafirmou a jurisprudência do Tribunal no sentido de que a falta da advertência quanto ao direito ao silêncio torna ilícita a prova resultante do ato de inquirição. Ato contínuo, ressaltou-se que o direito à informação da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a escolha entre exercer seu direito ao silêncio ou intervir ativamente na produção da prova, de modo que se ele tiver livremente escolhido a segunda alternativa, haveria renúncia tácita ao direito de manter-se calado e de usufruir das consequências processuais da falta de informação oportuna a respeito.

Se, inicialmente, a consagração do silêncio no processo penal se deu pela metade, com o advento da Constituição Federal de 1988 o direito foi plenamente assegurado a todo acusado. Acerca dessa previsão constitucional, destaca José Afonso da Silva:

Ninguém pode ser obrigado a dar qualquer possibilidade de lhe arrancar, pela habilidade técnica, palavras que possam ser utilizadas contra sua defesa e, pois, em favor de sua condenação; e, por outro, ninguém pode ser obrigado a exprimir-se, a falar, quando não quer ou não lhe convenha. E seu silêncio não pode ser tido como consentimento. Aliás, em matéria jurídica, em hipótese alguma vale a proemia 'quem cala, consente'. Uma interpretação desse jaez, agora, está constitucionalmente afastada. A norma é de permanência, o que dá o direito ao preso de ficar sempre calado, inclusive diante do juiz.²³⁰

A garantia decorre da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, pronunciando Rogério Lauria Tucci que:

Com efeito, essa opção concedida ao preso, investigado ou indiciado, já no início da persecução penal, ou a partir da instauração da *informatio delicti*, e ao acusado, após a formulação da proposição acusatória, representa, outrossim, por um lado, a preambular conformação da autodefesa, com ou sem a integração da defesa técnica; e por outro, o reconhecimento de que ela resulta do exercício de um direito constitucionalmente estabelecido, encartado no de ampla defesa e particularizado no contraditório.²³¹

Para Ada Pellegrini Grinover,

[...] o silêncio do acusado, na ótica da Constituição, assume dimensão de verdadeiro direito, cujo exercício há de ser assegurado de maneira plena, sem poder vir

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus* 78.708. Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 09/03/1999, DJ 16-04-1999 PP-00008 EMENT VOL-01946-05 PP-00874 RTJ VOL-00168-03 PP-00977.

²³⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 159.

²³¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 368.

acompanhado de pressões, diretas ou indiretas, destinadas a induzir o acusado a prestar depoimento.²³²

O direito ao silêncio, conforme observa Eugênio Pacelli,²³³ sob o ponto de vista processual, estrutura-se sobre o estado de inocência e consiste em uma garantia que remete à acusação o ônus do convencimento judicial acerca da existência do fato imputado, da necessidade de responsabilização do réu e das consequências jurídicos-penais:

O direito ao silêncio configura-se como uma exigência lógica do princípio da inocência e tem por consequência a atribuição de todos os ônus probatórios para a acusação. E, mais que isso, implica dizer que a certeza judiciária não poderá fundamentar-se exclusivamente na atuação do acusado, ou na sua maior ou menor capacidade de responder às formulações que lhe são feitas por ocasião do interrogatório. O que não quer dizer que seu depoimento, uma vez livremente prestado, não possa ser desconsiderado como prova eficaz diante de eventual inconsistência lógica ou argumentativa.

No que importa ao **alcance** atribuído ao direito ao silêncio, ele dependerá da posição e importância que se dará ao indivíduo frente ao Estado, não se podendo partir da falsa premissa de que o exercício desse direito, por si só, carrega uma carga associada à culpabilidade do acusado,²³⁴ por vezes recordado na máxima do “quem cala, consente”.

Esse contraste entre a necessidade que alguns autores atribuem à participação ativa do acusado na produção probatória e o direito ao silêncio como um direito fundamental que contribui para a instauração de um processo fundado no respeito à liberdade física e psíquica do acusado pode ser objeto de análise por meio de três vertentes, assim delineadas por João Claudio Couceiro:

²³² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 78.

²³³ PACELLI, Eugênio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 170.

²³⁴ A esse respeito, Bentham afirma que “*innocence claims the right of speaking, as guilt invokes the privilege of silence*” (“a inocência clama pelo direito de falar, enquanto a culpa invoca o privilégio do silêncio”) (BENTHAM, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence*. London: M. Dumont publishing company, 1825. p. 241). Também, Altavilla salienta que o silêncio é hipótese rara, porque contrasta com a atitude de defesa (ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. v. 3. Trad. de Fernando Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1959. p. 288-289). No mesmo sentido, Tornaghi destaca que, “ainda que presente ao interrogatório, o réu não é obrigado a responder. Convém que o faça, pois, do contrário, poderia dar ao juiz a impressão de calar por não ter resposta, por ser realmente culpado, por não poder explicar os fatos” (TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. v. 1, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 363). Ainda, Marques explica que “o acusado inocente não tem o que temer de um interrogatório livre, perante o juiz e a portas abertas, como é o interrogatório judicial regulado pelo Código de Processo Penal. Só o réu culpado alimenta receios dessa prova. Será, porém, iníquo e condenável que o criminoso tenha de responder a perguntas sobre a infração que lhe é atribuída? Os interesses da defesa são sagrados e intangíveis, não, porém, os da impunidade dos infratores da lei penal” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 324).

1. Uma corrente defenderá que o acusado tem obrigação de dizer a verdade. Porém, para alguns, a tal obrigação não poderia corresponder a qualquer sanção (quando muito, poder-se-ia falar em “obrigação moral”, mesmo porque os sistemas processuais modernos afastam a confissão ficta, própria do direito medieval). Outros entendem que poderia o juiz, ao fixar a pena, em caso de condenação, agravá-la, caso o réu tenha permanecido em silêncio ou mentido. Essa teoria se aproximaria da concepção dos direitos fundamentais existentes nas ditaduras e nos estados totalitários, em que os direitos não pertencem aos indivíduos, mas são a estes concedidos para que colaborem na tarefa de construção da nova sociedade.

2. Há, ainda, os que, encarando o direito ao silêncio de maneira absoluta, afirmam que deste, ou da mentira do acusado, não podem ser deduzidas quaisquer ilações que venham a ameaçar a presunção de inocência. O interrogatório não poderia ser considerado como meio de prova, pois o juiz não goza de disponibilidade sobre o mesmo. Não se poderia atribuir ao acusado qualquer obrigação ou ônus de dizer a verdade. O ônus de dizer a verdade, em última análise, corresponde a um ônus de provar, que não pode ser atribuído ao acusado (a rigor, no processo penal, não existe ônus da prova, até mesmo para a acusação, no sentido que a prova é sempre indisponível e o juiz deve pesquisar para além da eventual aquiescência das partes). Tal posicionamento é derivado de uma concepção liberal do direito ao silêncio, como direito de defesa contra o Estado, protegendo, assim, a esfera do indivíduo em que se tema a intervenção (em princípio nociva) deste.

3. Sustentou-se, por fim, que o acusado teria a faculdade de calar-se, mas se permitiria ao juiz interpretar tal silêncio de forma que lhe fosse desfavorável. Assim, se o juiz não tem poder absoluto sobre o comportamento do acusado, também não está em posição de inferioridade em face deste, como se tivesse que “pedir permissão” para interrogá-lo. O acusado não teria o dever de prestar declarações, mas sobre ele pesaria o ônus de dizer a verdade. Aproxima-se tal teoria de uma concepção funcional, não absoluta, dos direitos fundamentais, permitindo-se que o Estado venha a regular o seu exercício.

Nesse contexto, na análise do conflito entre a norma que permite a interpretação prejudicial do silêncio (art. 198 do CPP) e as normas que tipificam a conduta de autoacusação falsa (art. 341 do CP), a denúncia caluniosa (art. 339 do CP), e a falsa identidade (art. 307 do CP), de um lado, com as normas que garantem o direito ao silêncio a toda pessoa que presta declarações perante órgão estatal (art. 8º, § 2º, g, da CADH; art. 14, § 3º, g, do PIDCP, ambos ratificados pelo Brasil; e o art. 186 do CPP, com a redação dada pela Lei 10.792), do outro, verifica-se que os interesses em jogo (correta aplicação da Justiça e direito a não ser compelido a se autoprejudicar) devem implicar solução em favor das primeiras.

O interesse da sociedade, titular do direito de ver a lesão à ordem pública causada pelo crime reparada (direito este protegido pelo art. 5º, XXXV, da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) prevalece sobre o interesse do indivíduo em não prestar declarações. As limitações legais deste são legítimas, uma vez que não afetam o núcleo de proteção (ou conteúdo essencial) do direito fundamental ao silêncio, ou seja, a dignidade humana do acusado, representada, aqui, por sua integridade física e mental (razão histórica da consagração do princípio), concepção esta que acabou sendo acolhida pelo Código de Processo Penal brasileiro, de 1941.

Portanto, o conteúdo essencial e inviolável do direito ao silêncio é a proteção à integridade física e mental da pessoa, de forma que toda limitação imposta por lei que não venha a afetá-lo é legítima.²³⁵

O direito de permanecer calado, assim, confere ao indivíduo um direito fundamental de respeito à sua liberdade, dignidade e integridade física e mental; porém, não se pode olvidar

²³⁵ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 126-131.

que o direito a um processo penal eficiente para a realização da proteção penal material, passa, necessariamente, pela atuação legítima do *jus puniendi* perante o autor do crime.

Trata-se de uma perspectiva tradutora de um **equilíbrio** entre os interesses individuais e coletivos em tensão no processo penal, que deve, a um só tempo, ser um “filtro do direito penal máximo (garantismo) e realizador do direito penal mínimo necessário (funcionalismo)”.²³⁶

Sob a ótica de um processo penal que possui uma instrumentalidade garantista-funcional,

[...] o fim do processo possui, então, natureza complexa: a condenação do culpado, a proteção do inocente, a formalidade do procedimento afastada de toda arbitrariedade e a estabilidade jurídica da decisão. Todas essas exigências são igualmente significativas para uma comunidade organizada desde o ponto de vista do Estado de Direito.²³⁷

Pode-se afirmar que os efeitos do exercício do direito ao silêncio comportam **restrições** em seu plano principiológico (*prima facie*),²³⁸ desde que não afetem o núcleo de proteção (ou conteúdo essencial) de direito fundamental, ou seja, a “dignidade humana do acusado, representada, aqui, por sua integridade física e mental”,²³⁹ incluindo-se nessa restrição, a título de exemplo, a utilização de determinados métodos impróprios de interrogatório.

O **direito ao silêncio**, à vista disso, **não comporta interpretação absoluta**, admitindo, em consideração à sua natureza principiológica de direito fundamental, a possibilidade de relativização justamente para viabilizar um juízo de harmonização capaz de permitir a efetivação, em alguma medida, de outros direitos fundamentais que, em face daquele, eventualmente colidam:

Como se cuida de direito fundamental com âmbito de proteção normativo, não está o legislador impedido de adotar providências com intuito de dar-lhe adequada conformação, tendo em vista os objetivos que marcam o instituto do direito ao silêncio no seu desenvolvimento histórico e sua instrumentalidade, no contexto do direito ao contraditório e à ampla defesa.²⁴⁰

²³⁶ ÁVILA, Thiago Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade. In: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). *Altos estudos sobre a prova no Processo Penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 617.

²³⁷ ROXIN, *Derecho procesal penal*. Trad. de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000a. p. 4.

²³⁸ HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999. p. 387.

²³⁹ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 130.

²⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 676.

É comum, no âmbito de regulação da persecução penal, que o legislador visualize a necessidade de relativizar algum direito fundamental, o que decorre de justificável tensão (e aparente colisão) entre o dever do Poder Público de promover uma repressão eficaz às condutas puníveis e as esferas de liberdade e/ou intimidade daquele que se encontre na posição de suspeito ou acusado:

Siendo cierto, como hemos visto en el Capítulo anterior, que los Derechos fundamentales, subjetivamente, tienden a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de las personas no sólo frente al Poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social, no lo es menos que la investigación penal tiene como objetivo fundamental, además de preparar el acto del Juicio Oral o la acusación – según nos encontremos en la modalidad de procedimiento ordinario o abreviado – la averiguación de la realidad de los hechos y la identificación de las personas que en ellos han participado (arts. 299 y 789.3 LECr). Y es frecuente que en el curso de esta actividad instructora dicha averiguación de la verdad exija la restricción de algún Derecho fundamental, por lo que se produce una tensión entre el deber de los Poderes Públicos de realizar una eficaz represión de las condutas punibles y la correlativa protección de aquéllos que dichos Poderes deben, igualmente, procurar. Como señala Baumann se produce una relación conflictiva entre el interés de la comunidad jurídica en la persecución de los delitos y los intereses de los ciudadanos afectados por el procedimiento criminal, en cuyo seno la realización de la prestación punitiva estatal no puede llevarse a cabo de cualquiera manera; un procedimiento limpio es el inicio de la actividad resocializadora del Derecho Penal. O, más gráficamente, como ha indicado el Tribunal Constitucional, en sentencia de 18 de noviembre de 1993, F.J., la eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales.²⁴¹

Especificamente em relação ao **interrogatório**, o direito ao silêncio tornou-se o “selo que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa e que assegura a liberdade de consciência do acusado”.²⁴²

É corolário da garantia contra a não autoincriminação a preservação do direito do investigado ou réu de não ser compelido a, deliberadamente, produzir manifestação oral que verse sobre o **mérito da acusação**. Garante-se, desse modo, ao acusado, não apenas o direito ao silêncio, mas também o de não colaborar na própria incriminação por qualquer outra forma.

O ordenamento brasileiro, contudo, ao acolher expressamente o direito ao silêncio, certamente não o ampliou a ponto de permitir ao réu negar-se a contribuir para a sua devida identificação. O acusado que fornece qualificação equivocada para obter vantagem ou prejudicar terceiro pratica o crime de falsa identidade previsto no art. 307 do Código Penal. Mais ainda, a recusa em fornecer à autoridade dados concernentes à própria identidade, estado,

²⁴¹ HERNANDEZ, Ángel Gil. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. 1. ed. Madrid: Editorial Colex, 1995. p. 33-34.

²⁴² FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 73.

profissão, domicílio e residência configura a infração prevista no art. 68 da Lei de Contravenções Penais. A intervenção penal nessas hipóteses se justifica porque a recusa do agente em colaborar com a persecução penal pode causar danos a terceiros. O interesse público, então, transcende a mera frustração da investigação ou processo criminal, sendo objetivo da tutela penal evitar a persecução ou mesmo a condenação de inocentes. Outra não é a dicção do art. 186 do Código de Processo Penal, que expressamente esclarece não se estender o direito ao silêncio à fase de qualificação.²⁴³

O cerne do raciocínio é de iniciativa legítima e válida de relativização, já que não afeta o **núcleo essencial da garantia**, porquanto não exige do agente uma postura ativa de assunção de responsabilidade e, em um exercício de ponderação, viabiliza a efetivação de outros direitos também assegurados constitucionalmente, sem implicar ofensa à dignidade humana do agente.

Com relação ao interrogatório de mérito, por sua vez, considerando o conflito existente entre a obrigação de declarar e o dever de verdade, de um lado, e o direito de defesa e o direito ao silêncio, de outro, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê o interrogatório do réu como testemunha. O processo penal pátrio, diversamente do sistema anglo-americano, não conhece uma figura híbrida ou *sui generis* de acusado-testemunha.

Nessa perspectiva, Jorge de Figueiredo Dias infere do direito ao silêncio a inexistência, para o arguido, de um dever de participar do processo de obtenção da verdade: “não é, portanto, destinatário próprio do respectivo [à obtenção da verdade] ‘dever de colaboração na administração da justiça penal’ [...]”²⁴⁴

Assente-se com Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Maurício Zanoide Moraes²⁴⁵ que

[o] silêncio não pode ser objeto de valoração jurisdicional, porque não constitui prova no sentido jurídico do termo – processualmente, prova é todo instrumento utilizado para levar ao conhecimento do julgador (destinatário da prova) fatos ocorridos no passado e que tenham a potencialidade de influência no seu julgamento [...].

Conquanto se possa entender o direito ao silêncio como uma restrição à possibilidade de uma fidedigna reconstrução histórica dos fatos – mesmo sabendo que é pretensão idealizada

²⁴³ CPP, art. 186. “**Depois de devidamente qualificado** e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu **direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.**” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022).

²⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. v. 1. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda., 1974. p. 448-449.

²⁴⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAIS, Maurício Zanoide de. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 6, p. 139-140, abr.-jun. 1994.

–, reconhece-se tratar de limitação constitucionalmente lícita, legítima e louvável por possibilitar o (re)equilíbrio entre a verdade processualmente possível e o respeito às liberdades públicas.²⁴⁶

Por fim, conforme será objeto de análise, se, por um lado, entende-se, atualmente, que nada pode ser extraído do silêncio total do acusado, mesmo sendo improvável que uma pessoa indvidosamente inocente permaneça completamente calada ao ser acusada da prática de um crime, o mesmo não se pode afirmar em relação ao silêncio parcial, em que o juiz pode livremente analisar o conteúdo do interrogatório de acordo com a consistência lógica e a verossimilhança do alegado.

3.3.3 O desenvolvimento do *nemo tenetur se detegere* (privilege against self-incrimination) no direito anglo-americano

A importância desta seção para o presente trabalho revela-se em razão da inspiração que o atual regramento constitucional brasileiro, ao conferir expressamente ao imputado o exercício do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), recebeu do direito anglo-americano, mais especificamente da V Emenda à Constituição norte-americana de 1791.

No direito anglo-americano, o postulado do *nemo tenetur se detegere* é expreso, modernamente, pelo *privilege against self-incrimination*, havendo, inclusive, alguns estudiosos que identificam o *privilege* como a verdadeira origem da garantia, por ocasião das disputas travadas entre as Cortes do *common law* e as Cortes Eclesiásticas, ocorridas entre os séculos XVI e XVII, na Inglaterra.²⁴⁷

Enquanto na Europa Continental os países ainda estavam em formação e recebendo forte influência do Direito Canônico e do Direito Comum Continentais, inclusive com a instauração de procedimentos inquisitoriais pela Igreja Católica, a Inglaterra impunha limites ao poder do monarca, compelindo-o à assinatura da Magna Carta, em 1215, na qual, dentre outras garantias, “estabelecia que nenhum homem livre poderia ser punido, exceto pelo julgamento de seus pares, por meio do *law of the land*”.²⁴⁸

²⁴⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAIS, Maurício Zanoide de. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 6, p. 141, abr.-jun. 1994.

²⁴⁷ Nesse sentido, WIGMORE, John H. The privilege against self-incrimination: its history. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 16, p. 633-637, 1902.

²⁴⁸ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 63.

As dificuldades de se implantar a Inquisição, como instituição organizada, em solo inglês, e a luta constante entre a Igreja e o Estado, foram elementos essenciais para o desenvolvimento de um procedimento criminal com características próprias – o **Tribunal do Júri** –,²⁴⁹ o qual, por sua vez, permitiu, ainda que com ressalvas, o fortalecimento de uma das principais decorrências do direito à não autoincriminação: **o direito ao silêncio**.²⁵⁰

Destaca o historiador Leonard W. Levy:

Acima de tudo, o direito estava intimamente relacionado com a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. Ele era, em sua origem, inquestionavelmente uma invenção daqueles que eram culpados de crimes de conotação religiosa como heresia, cismas, não-conformidade e, posteriormente, de crimes políticos como traição, sedição e quebra de privilégio parlamentar. Mais frequentemente, o crime consistia meramente em crítica ao governo, às políticas deste ou aos seus membros. O direito estava associado, então com culpa por crimes de consciência, de crença ou de associação. Em sentido amplo, não era tanto uma proteção aos culpados ou mesmo aos inocentes, mas uma proteção da liberdade de expressão, da liberdade política e do direito de professar a fé religiosa segundo sua própria consciência. A importância simbólica e a função prática do direito era certamente uma questão sedimentada, tida como garantida, no século dezoito. E ele fazia parte da herança de liberdade transmitida aos colonos ingleses na América.²⁵¹

²⁴⁹ Nesse sentido, COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 63.

²⁵⁰ “Assim, poderia se argumentar que o ‘direito ao silêncio’ teria surgido, na *common law*, como fruto de evolução da aplicação da *peine forte et dure*. Com a diminuição progressiva da prática da tortura na Inglaterra (a qual teria cessado por volta de 1640, levando, mesmo, Beccaria a escrever, em 1764, que tal prática ali já não existia), o fato de o acusado manter-se calado, implicando apenas em sua prisão, impediu fosse ele reconhecido como culpado, com a incidência dos efeitos patrimoniais da sentença. Tinha ele, dessa forma, a possibilidade de obstar, com seu silêncio, o confisco de seu patrimônio. Outros sustentam que o antecedente remoto do direito ao silêncio se encontra em Inocêncio III e no *ius commune* medieval, especialmente nas obras de Panormitanus, Lanfrancus de Oriaco e Joachim Mynsinger, os quais o consideravam como um mecanismo de proteção diante da intromissão abusiva da autoridade na intimidade do acusado. Assim, a objeção contra o juramento, levantada inicialmente perante os tribunais eclesiásticos ingleses, fundava-se sobretudo no *ius commune* continental, e não na *common law* britânica. Há, ainda, os que acham que a regra seria fruto da *common law*, sendo que sua consagração seria resultado da extinção, em 1641 (após o tumulto provocado pelos abusos no julgamento de John Lilburne), da Star Chamber e da Court of High Commission, tribunais competentes para julgar crimes religiosos e contra o rei, em que se admitia o procedimento *ex officio* e o juramento *veritate dicenda* imposto ao acusado. Entre 1558 e 1640, os católicos e puritanos que foram levados a julgamento perante tais tribunais por recusarem obediência ao culto anglicano, na forma estabelecida pelo monarca, já teriam invocado este direito. Diante da recusa destas cortes em reconhecê-lo, as Common Law Courts passaram a expedir frequentes *writs of prohibition* e *habeas corpus*, com base na *common law*, proibindo-as de compelirem os acusados a prestar juramento. Até que, com a extinção das mesmas, o princípio acabou definitivamente assimilado pelo direito inglês. Por fim, uma quarta corrente entende que esta proteção do acusado era, no início, mais uma concessão do Estado (um ‘privilégio’) do que um direito, resultado de uma batalha política travada contra o poder. Restringindo a possibilidade de arrolar testemunhas de defesa, ou o acesso a advogado, o procedimento criminal acabava obrigando o acusado a falar, como única forma de se defender (*accused speaks trial*). Com a crescente permissão de assistência por um advogado (iniciada em 1696, com o Treason Act, para os crimes de traição, e concluída em 1836, quando tal direito se estendeu a todos os crimes), este passou a elaborar a estratégia da defesa, podendo aconselhar o acusado a se calar, sem que isso viesse a acarretar sua condenação. Afinal, o direito do acusado não falar pressupõe o direito de ter alguém que fale por ele em sua defesa, o que só se deu em fins do século XVIII. Portanto, só se poderia verdadeiramente falar em direito ao silêncio a partir do final do século XVIII. **De qualquer forma, o primeiro país em que o “direito ao silêncio” triunfou, definitivamente, foi a Inglaterra, já a partir de 1679, inserindo-se tal fato em movimento tendente a reconhecer maiores direitos à defesa.**” (Idem, p. 63, destacou-se).

²⁵¹ LEVY, Leonard W. *Origins of the Bill of Rights*. New Haven and London: Yale University Press, 1999. p. 281.

O sistema de julgamento pelo júri na Inglaterra foi sendo paulatinamente aperfeiçoado durante os séculos XIII, XIV e XV, porém, a defesa por intermédio de advogado continuou sendo vedada até o final do século XVIII, ocasião em que o acusado exercia, pessoalmente, a sua própria defesa e a opção pelo silêncio comprometia-a integralmente, o que se denominou de *accused speaks*.²⁵² Além disso, havia obstáculos à produção da prova testemunhal arrolada pelo acusado, uma vez que ele não tinha direito à intimação de suas testemunhas e, quando estas se apresentavam de forma espontânea, não se admitia que depusessem mediante juramento.²⁵³

Enquanto se manteve essa situação de ser vedada a defesa por intermédio de advogado, não havia lugar para o *privilege against self-incrimination* no sistema de *common law*, que somente se desembaraçou com a efetiva assistência do defensor.

Desse modo, para John L. Langbein, as origens do privilégio estão diretamente relacionadas com o fortalecimento do sistema criminal acusatório no fim do século XVIII, em razão do trabalho dos advogados, ou seja, o privilégio contra a autoincriminação desenvolveu-se em virtude do trabalho da defesa.²⁵⁴

Esse período de sedimentação da intervenção de defensor e da efetiva implementação do princípio da não autoincriminação, inclusive do direito ao silêncio, permitiu que outras garantias se desenvolvessem no direito inglês a partir do século XVIII:

No final do século XVIII e início do século XIX, o processo criminal passou por transformações significativas, não somente com a admissão da constituição de advogado, mas também com a adoção do *standard* da dúvida razoável da prova (insuficiência probatória), da presunção de inocência e o desenvolvimento das regras de exclusão de provas.

Todos esses aspectos contribuíram para que o acusado pudesse silenciar, mas foi decisiva a adoção da defesa técnica, que se processou, sobretudo, a partir de 1730, desentrelaçando as funções defensiva e testemunhal, antes centradas no acusado.²⁵⁵

Na segunda metade do século XVIII e no decorrer do século XIX, nota-se uma considerável evolução do sistema processual inglês, que passa, gradativamente, do modelo de

²⁵² LANGBEIN, John H. The privilege and common law criminal procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries. In: HELMHOLZ, R. H. *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*. Chicago & London: University of Chicago Press, 1997. p. 84.

²⁵³ Idem, p. 88.

²⁵⁴ LANGBEIN, John H. The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 92, n. 5, p. 1047, 1994.

²⁵⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 42.

oitiva do *accused speaks* para o modelo do *testing the prosecution*, que viria a se tornar, mais tarde, o atual sistema adversarial.²⁵⁶

No século XIX, o *privilege against self-incrimination* efetivou-se na sua inteireza, como direito ao silêncio concedido a acusados e testemunhas, a partir de três regras procedimentais: (i) *witness privilege*;²⁵⁷ (ii) *confession rule*;²⁵⁸ e (iii) *desqualification for interest*.²⁵⁹

O julgamento *Garbett Case*, em 1847, é visto como o principal precedente que estendeu a regra de exclusão para as testemunhas e implicou no completo desenvolvimento do *privilege*, garantindo-se ampla extensão do direito ao silêncio ao se assegurar a voluntariedade de qualquer manifestação, inclusive da prestada por testemunha em processo de terceiro.²⁶⁰

Em 1848, por sua vez, o *Jervis's Act* passou a determinar que o acusado fosse alertado quanto ao direito de permanecer em silêncio durante a fase do pré-julgamento (*pretrial*), oportunidade em que o juiz deveria adverti-lo de que não estaria obrigado a responder a qualquer questionamento, porém, suas respostas poderiam ser utilizadas contra ele próprio.²⁶¹

Finalmente, quando a regra da *desqualification for interest* foi abolida, o *privilege against self-incrimination* passou a ser aplicado de forma mais abrangente, sendo codificado em 1898, por meio do *Criminal Evidence Act*, que conferiu ao acusado o direito de decidir sobre declarar ou manter-se em silêncio.²⁶²

²⁵⁶ LANGBEIN, John H. The privilege and common law criminal procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries. In: HELMHOLZ, R. H. *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*. Chicago & London: University of Chicago Press, 1997. p. 96.

²⁵⁷ Essa regra conferia à testemunha o direito de recusar-se a depor sobre qualquer questão que pudesse incriminá-la, causar prejuízos à sua reputação ou expô-la a algum risco de perda patrimonial. Caso decidisse responder às perguntas, a testemunha renunciava ao *privilege*, passando a assumir o dever de dizer a verdade e sofrendo todas as consequências em razão disso. Nesse sentido, SMITH, Henry E. The modern privilege: its nineteenth-century origins. In: HELMHOLZ, R. H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. p. 146).

²⁵⁸ Essa regra foi estabelecida no início do século XIX e implicava na exclusão de confissões obtidas mediante coação, especialmente na fase do *pretrial*, e aplicava-se exclusivamente ao acusado. Consubstanciava, desse modo, verdadeira **regra de exclusão**, tendo por objeto a invalidação de uma confissão obtida ilicitamente (Idem, p. 161).

²⁵⁹ Essa regra tinha aplicação em processos civis e criminais, impedindo o testemunho do acusado, ainda que ele desejasse prestá-lo sob juramento. Extrai-se da regra que a parte não poderia ser compelida a fornecer prova contra si mesma (Idem, p. 149).

²⁶⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 48.

²⁶¹ Idem, p. 46.

²⁶² ALSCHULER, Albert. W. A peculiar privilege in historical perspective. In: HELMHOLZ, R. H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. p. 181.

Foi sob a égide dos ideais iluministas dos séculos XVIII e XIX, portanto, que se efetivaram as primeiras garantias processuais penais, surgidas, notadamente, no direito inglês, o qual serviu de influência para os revolucionários americanos e franceses.²⁶³

No tocante à realidade das colônias norte-americanas e da proveniência do *privilege against self-incrimination*, herdado dos ingleses, Maria Elizabeth Queijo indaga: como o postulado se desenvolveu mais rapidamente nos Estados Unidos, sendo inserido na Constituição em 1791, enquanto na Inglaterra somente se desenvolveu no século XVIII, com a intervenção da defesa técnica?²⁶⁴

Inicialmente, também predominou, nas colônias norte-americanas, o modelo de procedimento *accused speaks*, que, conforme mencionado, não permitia a consolidação do direito à não autoincriminação.²⁶⁵

No entanto, tal realidade começou a se alterar quando, a partir de 1641, um antigo advogado puritano, Reverendo Nathaniel Ward, previu, pela primeira vez, o **embrião norte-americano da garantia contra a autoincriminação**,²⁶⁶ disciplinando, na redação do *Massachusetts Body of Liberties*, sobre o julgamento por júri e da vedação à utilização da tortura para obtenção de confissão, por se tratar de prática bárbara e desumana.

Após o início de movimentos libertários em relação à Inglaterra, vários Estados, quando promulgaram as suas Constituições, cuidaram para que o texto fosse antecedido de uma declaração de direitos (*bill of rights*) que estabelecesse garantias processuais, sendo o Estado da Virgínia o primeiro a adotar uma Declaração de Direitos, em 1776,²⁶⁷ deixando expresso o direito do acusado de não ser compelido a dar provas contra si mesmo.

Na sequência, as Declarações de Direitos de Delaware (sessão XV), Carolina do Norte (art. 8º), Vermont (art. 10), Massachusetts (art. 12) e New Hampshire (art. 15) também garantiram o direito do acusado de não ser compelido a se autoincriminar:

Todavia, quando a Constituição Federal foi promulgada, em 17 de setembro de 1888, entendeu-se que ela não deveria conter qualquer declaração de direitos. Tal omissão, entretanto, não foi aceita pela população. Assim, os Estados passaram a indicar emendas ao texto da Constituição Federal. Propostas de emendas proibindo a autoincriminação e garantindo defesa eficaz foram formuladas pelos Estados da Pensilvânia, Virgínia e Carolina do Norte. Discutiu-se se as emendas seriam inseridas

²⁶³ Nesse sentido, COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 63.

²⁶⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 42.

²⁶⁵ Idem., p. 42.

²⁶⁶ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 72.

²⁶⁷ Idem, p. 74.

no corpo da Constituição, ou se a esta deveriam ser meramente anexadas, acabando por prevalecer a proposta dos federalistas, que não queriam alterar o texto do documento aprovado em 1787.²⁶⁸

O *privilege against self-incrimination*, então, é acrescentado à Constituição dos Estados Unidos da América, em 1791, constando expressamente na V Emenda que “[...] ninguém será compelido a testemunhar contra si próprio no curso de um processo criminal”.²⁶⁹

De acordo com Thiago Bottino, entretanto,

[...] inicialmente, as garantias fundamentais introduzidas pelas dez primeiras emendas à Constituição dos EUA foram consideradas aplicáveis exclusivamente no âmbito da jurisdição federal. Posteriormente, em 1868, 14ª emenda incorporou à Constituição as cláusulas do devido processo legal e da igualdade perante a lei, o que levaria à construção do entendimento jurisprudencial de que aquelas garantias constitucionais aplicáveis à união poderiam ser exigíveis perante a justiça dos estados membros da federação estadunidense.

É certo que, inicialmente, a Suprema Corte dos EUA resistiu a incorporar esse entendimento, inclusive no que tange à garantia de vedação da autoincriminação.

No julgamento do caso *Twining v. State*, 211 U.S. 78 (1908), ocorrido em 09/11/1908, a Suprema Corte dos EUA decidira que as primeiras oito emendas à Constituição – dentre elas a que garantia o direito de não se autoincriminar, a 5ª emenda – restringiam apenas o poder estatal da união (governo federal) e não se aplicavam às jurisdições dos estados.

[...]

O fato de a garantia de vedação de autoincriminação constituir um direito referido em separado pela Constituição, na 5ª emenda, conduz à conclusão de que se trata de um direito destacado do devido processo legal.

Portanto, na opinião da Suprema Corte, a garantia de vedação de autoincriminação não faz parte da *common law* existente desde antes da independência das colônias e da formação dos EUA, não constitui um direito fundamental dos cidadãos dos EUA e, por fim, não pode ser apontado como um elemento indissociável do devido processo legal, com o significado que a 14ª emenda lhe conferiu.²⁷⁰

O autor destaca, ainda, que a jurisprudência da Suprema Corte envolvendo a V e XIV Emendas somente foram transformadas em garantias efetivas na década de 1960 do século XX, a partir de uma ampla campanha pela igualdade de direitos civis nos EUA – *civil rights movement* –, cujo período mais inquietante ocorreu entre 1955 e 1965.²⁷¹

²⁶⁸ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 75.

²⁶⁹ De acordo com o inteiro teor do dispositivo: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” (UNITED STATES. *Constitution of the United States*. Fifth Amendment. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-5/>. Acesso em: 11 jun. 2022).

²⁷⁰ BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 55-56.

²⁷¹ Idem, p. 57.

De fato, a evolução do pensamento americano e da efetiva tutela dos direitos e garantias fundamentais previstos nas Emendas da Constituição Americana está intimamente ligada às decisões da Suprema Corte, sendo algumas delas fundamentais para a exata compreensão do direito ao silêncio no país:

1. em 1893, no caso **Wilson vs. United States**, garantiu ao acusado o direito de não atuar como testemunha em seu próprio julgamento; **2.** em 1964, no caso **Murphy vs. Waterfront Commision**, definiu os fundamentos do processo criminal americano; **3.** também em 1964, no caso **Escobedo vs. Illinois**, entendeu involuntária uma confissão obtida sem a assistência de defensor; **4.** em 1965, no caso **Griffin vs. Califórnia**, decidiu que os comentários feitos pela acusação e pelo juiz sobre o silêncio do acusado feriam seu direito constitucional; e **5.** em 1966, no célebre caso **Miranda vs. Arizona**, declarou que o privilégio contra a autoincriminação é princípio fundamental do sistema acusatório e garantiu ao indivíduo o direito de permanecer calado desde o início da investigação policial.²⁷²

Nesse contexto, o caso *Miranda v. Arizona* [384 U.S. 436 (1966)] representa o terceiro momento da denominada trilogia Corte Warren,²⁷³ que se refere ao fortalecimento de garantias processuais dos acusados da prática de crimes e, conseqüentemente, das liberdades públicas pela Suprema Corte (*the great Warren Court trilogy on the procedural rights of criminal-law dependents*).²⁷⁴ Os outros dois casos que completam a trilogia são *Mapp v. Ohio* [367 U.S. 643 (1961)]²⁷⁵ e *Gideon v. Wainwright* [372 U.S. 335 (1963)].

Acrescenta-se a esse rol de casos emblemáticos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos o caso *Malloy v. Hogan* [378 U.S. 1 (1964)], que também serviu de norte para a posterior análise de *Miranda v. Arizona* [384 U.S. 436, (1966)].

Até 1963, pode-se dizer que o entendimento da Suprema Corte era de que o preceito constitucional *right to consuel* (direito a um advogado) se aplicava obrigatoriamente apenas aos tribunais federais.²⁷⁶ Quanto aos Estados-Membros, cada um possuía a sua legislação própria.

²⁷² COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 85-86. Destacou-se.

²⁷³ A Corte de Warren (1953-1969) refere-se ao período em que Earl Warren (19 de março de 1891 – 9 de julho de 1974), advogado e ex-governador republicano da Califórnia, ocupou o posto de Chief Justice da Suprema Corte dos Estados Unidos (A CORTE de Warren. In: WIKIPEDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/A_Corte_de_Warren. Acesso em: 10 jun. 2022).

²⁷⁴ SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 329.

²⁷⁵ Embora integrante da trilogia da Corte Warren, o caso *Mapp v. Ohio* não está intimamente ligado a este tema, referindo-se, pois, a um julgado que buscou fortalecer as proteções da Quarta Emenda contra buscas e apreensões injustificadas, tornando ilegal a prova obtida pela aplicação da lei sem um mandado válido para ser usada em julgamentos criminais tanto na Justiça Federal quanto na Estadual. Desse modo, resumidamente, a decisão tomada pela Suprema Corte em *Mapp v. Ohio*, posteriormente confirmada em *Linkletter v. Walker* [381 U.S. 618 (1965)], declarou que a ‘regra de exclusão’ (baseada na IV Emenda da Constituição), que proíbe o uso de provas obtidas por meios ilegais nas Cortes federais, deveria ser estendida às Cortes estaduais.

²⁷⁶ Em *Betts v. Brady* [316 U. S. 455 (1942)], a Suprema Corte admitiu que, em *special circumstances* (retardado mental, jovem demais), a presença de advogado se fazia necessária, ainda que não prevista por Lei Estadual.

Em cinco unidades federadas, por exemplo, a lei não previa a presença de advogado para processos criminais com pena não capital: Alabama, Flórida, Mississippi, Carolina do Norte e Carolina do Sul.

O caso *Gideon v. Wainwright* [372 U.S. 335 (1963)] foi o responsável por superar o entendimento até então prevalecente na Suprema Corte – *Betts v. Brady* [316 U.S. 455 (1942)] –, estabelecendo que o auxílio de um advogado ao acusado constituía um direito fundamental, enfatizando as proteções processuais necessárias ao devido processo legal.

O grande mérito do caso e do enorme impacto no sistema de justiça criminal foi o de ter pacificado e unificado a jurisprudência no tocante à necessidade de, em qualquer tribunal, de qualquer ente da Federação, o réu, em processo criminal, independentemente da natureza do crime ou da pena a ser fixada, ter direito à assistência de um advogado²⁷⁷.

Destaca-se, do julgado, a sensibilidade do magistrado Hugo Black, que soube enxergar, nas Emendas Constitucionais VI e XIV, a imprescindível necessidade de assistência de advogado, como direito fundamental, para se atingir um “julgamento justo” (*fair trial*).

Conforme destacado, outro caso relevante envolvendo a análise do tema foi *Malloy v. Hogan* [378 U.S. 1 (1964)], em que a Suprema Corte decidiu que a garantia de não autoincriminação está compreendida no âmbito de aplicação do devido processo legal e, portanto, é aplicável aos estados federados pela Constituição americana. Vale destacar que a Suprema Corte, antes desse julgado, entendia que a V Emenda não era aplicável aos entes federados, o que a impedia, inclusive, de prescrever regras sobre provas em relação a eles. Nesse sentido,

[...] ao examinar o caso, a Suprema Corte deu provimento aos pedidos de mudança do entendimento fixado em *Twining v. State* para estabelecer que a 14ª emenda proibia a violação da garantia de não se autoincriminar no âmbito dos estados, assim como a 5ª emenda o fazia no âmbito federal, **de modo que as mesmas regras (no caso, os mesmos standards fixados pela Suprema Corte) aplicáveis no âmbito da jurisdição federal se impunham à jurisdição estadual** e, por fim, que a garantia aplicava-se tanto aos acusados em processo criminal como às testemunhas.²⁷⁸

Também destaca-se, em razão da importância do julgado, de 1964, o caso *Escobedo v. Illinois* [378 U.S. 478, (1964)], que serviu de base teórica para a construção de *Miranda v.*

²⁷⁷ “Para o direito norte-americano, esse julgado constitui-se num precedente relevante e que teve repercussão também no direito brasileiro, pois passou a ter um parâmetro constitucional então inexistente por aqui, na medida em que a Constituição de 1946, então em vigor, não tratava desse tema.” (SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 196).

²⁷⁸ BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 59-60. Destacou-se.

Arizona [384 U.S. 436, (1966)], pois os princípios discutidos nessa decisão foram reafirmados no julgamento de *Miranda*, ao enfatizar que, a partir do momento em que o averiguado passa a ser foco de investigação, o direito de contar com um advogado para assisti-lo se torna uma exigência constitucional e, na ausência do defensor, nenhuma declaração obtida em sede policial poderia ser utilizada durante o processo criminal.

Nesse caso, o interrogatório se deu na Delegacia de Polícia, sem que o acusado tivesse sido cientificado de seus direitos de permanecer em silêncio, de consultar advogado e de tê-lo presente durante o procedimento. Apesar disso, o acusado especificamente pediu a presença de seu advogado, o que lhe foi negado. Algemado e em pé, ele foi interrogado por quatro horas até que confessasse. A confissão foi depois utilizada, em sessão de julgamento, como prova de culpa. Na ocasião, a Suprema Corte concluiu que as afirmações feitas pelo acusado em tais circunstâncias não eram admissíveis constitucionalmente, isso porque o direito de receber assistência jurídica deveria ser garantido mesmo antes da fase processual da investigação, desde que a investigação policial já se concentrasse em um suspeito específico.²⁷⁹

Os princípios discutidos na decisão do caso *Escobedo v. Illinois* [378 U.S. 478 (1964)] foram reafirmados no histórico precedente *Miranda v. Arizona* [384 U.S. 436, (1966)], em que a Suprema Corte, por uma apertada maioria de 5 votos a 4, concluiu que nenhuma declaração feita em interrogatório sob custódia, seja no sentido de confessar, seja no de negar autoria do crime, poderia ser utilizada pela acusação, salvo ante a comprovação de terem sido plenamente assegurados os direitos constitucionais do acusado. Além disso, definiu-se a custódia como qualquer limitação ou prejuízo significativo à liberdade do acusado.

Contextualizando, em março de 1963, Ernesto Miranda foi preso e levado a uma delegacia na cidade de Phoenix, Arizona, acusado pela prática dos crimes de sequestro e estupro contra uma jovem, que o reconheceu após sua prisão. Levado a uma sala de interrogatório, o suspeito foi interrogado por duas horas, escrevendo e assinando, ao final, termo de confissão, no qual constava, inclusive, declaração de voluntariedade na ação de confessar, sem coação dos policiais, e consciência dos seus direitos e da utilização daquela confissão contra si.

No julgamento perante o júri, a confissão foi utilizada como prova, apesar dos protestos do advogado do réu, que requereu o reconhecimento da inconstitucionalidade da forma como a confissão foi obtida. Ernesto Miranda foi condenado.

Em grau recursal, a decisão foi mantida pela Suprema Corte do Arizona, que considerou não ter ocorrido lesão aos direitos do réu no interrogatório, pois ele não pedira, especificamente,

²⁷⁹ *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964) - U.S. Supreme Court.

a assistência de advogado durante a investigação policial. Verificou-se, no entanto, pelo depoimento oferecido em juízo pelos policiais, que o réu não fora alertado de seus direitos durante o interrogatório, mormente o de consultar um advogado antes de se submeter às perguntas, e de tê-lo presente durante os atos do interrogatório.²⁸⁰

O caso então foi submetido à Suprema Corte (*Miranda v. Arizona*, [384 U.S. 436, 1966]), que julgou o processo reconhecendo a nulidade do julgamento, provindo, dessa decisão, os postulados que viriam a ser conhecidos como *Miranda Warnings* ou Avisos de Miranda, que devem ser feitos ao acusado, por ocasião de sua prisão, sob pena de inadmissibilidade e exclusão do conteúdo probatório que será apresentado na fase processual. Em suma, reconheceu-se: **(i)** a obrigação de informar ao acusado a respeito de seu direito ao silêncio; **(ii)** de que tudo o que disser poderá ser usado contra ele; **(iii)** a garantia de assistência jurídica; e **(iv)** de que, se não tiver condições de contratar um advogado, um será nomeado pelo Estado para representá-lo:

Cabe aqui lembrar que a questão constitucional suscitada perante a Suprema Corte foi saber se a proteção contra a autoincriminação, constante da Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, estende-se ao interrogatório policial de um suspeito. E, nessa linha, concluiu a Corte que a Quinta Emenda requer que aplicadores da lei – policiais – advertam os suspeitos de seus direitos de permanecer calados e de serem acompanhados por um advogado durante os interrogatórios enquanto estiverem sob custódia policial. Com tal entendimento, surgiram os chamados “Avisos de Miranda” (*Miranda Warnings*).²⁸¹

A decisão, contudo, vai muito além disso, sendo construída sobre algumas vertentes importantes, sobretudo envolvendo salvaguardas procedimentais que deveriam ser tomadas pela polícia sempre que se efetivasse a prisão ou levasse algum suspeito sob custódia. A decisão, portanto,

(i) Considerou que o próprio ambiente do interrogatório, com o custodiado incomunicável, como existia à época, era intimidante e contribuía para erodir o direito (*privilege*) à não autoincriminação. Por conta disso, deveriam ser adotadas medidas preventivas para dissipar a pressão inerente ao ambiente de custódia. Sem tais medidas nenhuma declaração do réu poderia ser considerada como fruto efetivo de sua liberdade de escolha;

(ii) Estabeleceu que o direito a não autoincriminação é essencial para a manutenção do sistema adversarial norte-americano e **garante ao indivíduo o direito de permanecer calado durante o interrogatório policial ou em juízo ou no curso de**

²⁸⁰ VAN METER, Larry A. *Miranda v. Arizona: the rights of the accused*. Chelsea: Chelsea House Publishers, 2006. p. 11-22.

²⁸¹ COELHO, Thales Dyego de Andrade. *Miranda v. Arizona, 1966 – O Direito à não autoincriminação: genealogia de uma cultura nacional*. In: BECKER, Rodrigo Frantz (org.). *Suprema Corte dos Estados Unidos: casos históricos*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 418.

investigações, a não ser que decida falar, por livre e espontânea vontade, tratando-se de direito que possui longo desenvolvimento histórico.

Trata-se, aqui, do primeiro momento no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que a proteção contra a autoincriminação (*Self-Incrimination Clause*) era aplicável na justiça dos estados para interrogatórios policiais. Justamente por conta disso é que a Corte resolveu criar as *Miranda rules*, pois, com a nova doutrina os policiais enfrentavam o risco de nulificar diversos procedimentos;

(iii) Desde *Escobedo v. Illinois (1964)*, a Suprema Corte enfatizou a necessidade de dispositivos para tornar o **procedimento do interrogatório conforme com os ditames do *nemo tenetur se detegere***;

(iv) Na ausência de outras medidas efetivas, a fim de salvaguardar a Quinta Emenda, deveriam ser adotados os seguintes procedimentos: **(iv.i)** a pessoa sob custódia deveria, antes de seu interrogatório, ser claramente informada que possui o direito de permanecer calada e que tudo o que disser poderá ser usado contra si no tribunal; **(iv.ii)** deve o custodiado ser claramente informado que possui o direito a consultar-se com um advogado e de ser acompanhado por este advogado durante o seu interrogatório e que, caso não tenha condições econômicas de custear um advogado, ser-lhe-á nomeado um defensor;

(v) Caso o indivíduo aponte, antes ou durante o interrogatório, que pretende permanecer calado, o ato deve cessar e se declarar que deseja um advogado, deve o interrogatório ser suspenso até que o advogado esteja presente;

(vi) Quando um interrogatório ocorrer sem a presença de um advogado e tomar-se uma declaração do indivíduo, recai sobre o Estado contudente ônus para demonstrar que o investigado, de forma livre e consciente, renunciou ao seu direito como advogado;

(vii) Quando o indivíduo decide responder somente a algumas perguntas durante o seu interrogatório, isso não significa que renunciou ao seu direito de permanecer em silêncio, podendo invocá-lo a qualquer momento;

(viii) As advertências exigidas e a respectiva declaração de renúncia ao direito são pré-requisitos para a admissibilidade de qualquer declaração, exculpatória ou acusatória, feita por um declarante, não distinguindo graus de incriminação, sobretudo porque declarações geralmente tidas como exculpatórias são frequentemente usadas para contestar seu testemunho no julgamento e, portanto, para implicitamente acusá-lo;

(ix) As limitações ao procedimento de interrogatório, requeridas pela necessária proteção dos direitos constitucionais do indivíduo, não podem legitimar interferências indevidas no adequado funcionamento do sistema legal, conforme já demonstrado em procedimentos de outras jurisdições, que não o Arizona, bem como do FBI.²⁸²

É preciso reconhecer, portanto, que, em *Miranda v. Arizona* [384 U.S. 436, (1966)], a Suprema Corte reconheceu um padrão geral de atuação da polícia, buscando, de um lado, viabilizar o interrogatório policial enquanto ferramenta legal eficiente para a investigação e, de outro, a necessidade de proteção das garantias legais de suspeitos e custodiados ante coerções abusivas.

²⁸² COELHO, Thales Dyego de Andrade. *Miranda v. Arizona, 1966 – O Direito à não autoincriminação: genealogia de uma cultura nacional*. In: BECKER, Rodrigo Frantz (org.). *Suprema Corte dos Estados Unidos: casos históricos*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 419-420. Destacou-se.

Entretanto, apesar de reconhecer que o ambiente policial não é favorável ao custodiado ou acusado, a Suprema Corte não se alinhou à tese de que qualquer circunstância envolvendo confissão feita sob custódia deveria ser considerada inconstitucional, pois quando realmente **voluntária, livre e desimpedida**, a confissão poderia ser válida e útil em juízo. Logo, tratava-se de sublinhar quais deveriam ser os comportamentos, na prática, esperados das instituições policiais e judiciárias. Nesse caso, a solução prática foi inverter o ônus da prova para quem, de fato, tem a possibilidade de produzi-la. Uma vez sob custódia, o réu não pode provar que foi torturado ou coagido. Quem tem o dever de provar a ausência de coação é aquele em posição de poder, ou seja, o próprio Estado.

Ademais, conforme destaca Thiago Bottino,

[a]o final da leitura dos casos julgados pela Suprema Corte dos EUA, é possível perceber que, em momento algum, a garantia de vedação de autoincriminação foi interpretada como se conferisse ao indivíduo processado (ou indiciado ou suspeito) uma imunidade total no que tange às suas declarações.

Com efeito, o conceito que a Suprema Corte estabeleceu para essa garantia aproxima-se mais de um “direito à não-participação” do que uma “liberdade de participação”. Em outras palavras, a garantia de vedação de autoincriminação, nos EUA, constitui uma prerrogativa (ou privilégio) de não participar, como fonte de prova, do próprio julgamento.²⁸³

A percepção do julgado, outrossim, é de que não bastava a proteção das garantias do acusado **apenas na fase processual**, pois, se assim o fosse, a eficácia dos direitos fundamentais dos acusados restaria comprometida, de modo que a Suprema Corte reconheceu que o direito à não autoincriminação existia também na fase pré-processual, ou seja, durante a investigação, **regulamentando de maneira pragmática as regras do interrogatório**, com vistas a balizar e aprimorar o trabalho policial.

O julgamento de *Miranda v. Arizona* [384 U.S. 436, (1966)], nesse sentido, resultou, além da concretização do *Miranda Warnings*, ou Avisos de Miranda, no reconhecimento de um sistema jurídico que preza pelas garantias processuais dos acusados ao estabelecer que o ônus da prova de culpa pertence ao Estado, ao mesmo tempo em que considerou uma dimensão material e concreta dos direitos dos investigados, em vez de uma visão meramente formalista. Não por outra razão, influenciou diretamente inúmeros outros tribunais fora dos Estados Unidos, a exemplo do Brasil, inclusive em julgados do STF, como no julgamento das ADPFs 395 e 444, em que se decidiu pela impossibilidade da condução coercitiva de suspeitos de

²⁸³ BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 71-72. Destacou-se.

prática de crimes para serem interrogados, utilizando-se, como um dos fundamentos, a violação do direito à não autoincriminação e ao silêncio:

O direito à não autoincriminação consiste na prerrogativa do investigado ou acusado a negar-se a produzir provas contra si mesmo, e a não ter a negativa interpretada contra si. No caso, interessa o direito ao silêncio, o aspecto mais corrente do direito à não autoincriminação. Por projeção, o direito ao silêncio consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade.

Tal direito não constava do catálogo de direitos fundamentais das constituições pré-1988. Tampouco era reconhecido no âmbito legal. Pelo contrário, o CPP previa que o silêncio do acusado seria interpretado em seu desfavor – art. 186, alterado apenas em 2003, para consagrar que o silêncio não será interpretado em prejuízo da defesa.

A Constituição de 1988 não foi direta em afirmar o direito à não autoincriminação em geral, ou o direito ao silêncio em particular.

O que o texto constitucional enunciou foi o direito à **advertência** quanto ao direito ao silêncio, ainda assim apenas em favor do preso – ‘o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado’, art. 5º, LXIII.

O legislador constituinte parece ter sido influenciado pelo ordenamento dos Estados Unidos, mais particularmente pela *Miranda warning*. Naquele país, o direito a não depor contra si mesmo foi introduzido na Constituição pela Quinta Emenda, de 1791. A interpretação da norma constitucional separa o direito ao silêncio do direito a ser advertido dessa prerrogativa. Inicialmente, os investigadores poderiam questionar investigados, sem dar a saber que há um direito constitucional de não responder às perguntas.

No entanto, em 1966, no caso *Miranda v. Arizona*, a Suprema Corte decidiu que os presos, por sua especial condição de sujeição aos agentes do Estado, devem ser expressamente advertidos quanto à prerrogativa de silenciar (384, U.S., 436).

Desde então, vários julgamentos desenvolveram a interpretação do direito a ser advertido, muito embora mantendo suas características essenciais.

No Brasil, o catálogo de direitos consagrou justamente o direito à **advertência** do preso do direito ao silêncio.

Ainda que por via oblíqua, essa disposição é suficiente para afirmar o próprio direito ao silêncio, na medida em que só se adverte de um direito que existe.

E, muito embora expresso o direito à advertência apenas em benefício do preso, o direito ao silêncio em si deve ser lido como extensível a qualquer investigado ou acusado. A avaliação da raiz da previsão norte-americana deixa poucas dúvidas de que a advertência do preso pressupõe o direito de qualquer acusado de ficar calado. Naquele ordenamento jurídico, essa prerrogativa está expressa na Quinta Emenda. No Brasil, está implícita na Constituição.

Como ensina Paulo Mário Canabarro Trois Neto, o direito à não autoincriminação tem fundamento mais amplo do que o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Em verdade, o direito é derivado da ‘união de diversos enunciados constitucionais, dentre os quais o do art. 1º, III (dignidade humana), o do art. 5º, LIV (devido processo legal), do art. 5º, LV (ampla defesa), e do art. 5º, LVII (presunção de inocência)’. (Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011, p. 104).

O direito ao silêncio foi consagrado em tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, os quais enunciam o direito do acusado de não depor contra si mesmo – artigo 14, 3, ‘g’, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em execução por força do Decreto 592/92, e artigo 8, 2, ‘g’, do Pacto de San José da Costa Rica, em execução por força do Decreto 678/92.

No plano legal, desde a Lei 10.792/03, o direito ao silêncio foi incorporado ao CPP.

Atualmente, tanto o direito ao silêncio quanto a respectiva advertência são previstos na legislação e aplicáveis tanto à ação penal quanto ao interrogatório policial, tanto ao

preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. Mesmo o Código de Processo Civil introduziu o direito da parte de não produzir prova contra si própria – art. 379. De tudo se retira que, executada a condução coercitiva, não há dúvida de que o conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e ao direito à respectiva advertência. Em outras palavras, a autoridade interrogante deve advertir o conduzido do direito a calar-se e respeitar seu exercício.

O conduzido também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado (art. 7º, XXI, do Estatuto da Advocacia), reforçando a qualidade da decisão como estratégia defensiva. [...].

Nesse sentido, submeter o investigado a interrogatório forçado constitui uma violação ao direito à não autoincriminação.

Disso concluo que, em princípio, haveria violação ao direito à não autoincriminação.²⁸⁴

Recentemente, a 2ª Turma do STF fez menção expressa aos Avisos de Miranda, ao julgar o agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus* n. 192.798,²⁸⁵ declarando a nulidade de condenação pelo crime de associação ao tráfico, fundamentada em uma confissão informal, ouvida pelos agentes da polícia, sem a diligência de informar os direitos dos suspeitos.

Segundo o Min. Gilmar Mendes, esse alerta sobre o direito ao silêncio deve ser feito não apenas pelo Delegado, durante o interrogatório formal, mas também pelos policiais responsáveis pela voz de prisão em flagrante. Isso porque a todos os órgãos estatais impõe-se o dever de zelar pelos direitos fundamentais, causando a falta dessa informação sobre o direito ao silêncio (Avisos de Miranda) nulidade, nos termos do art. 157 do CPP, com o consequente desentranhamento de todas as provas.²⁸⁶

Relevante destacar, no entanto, que, apesar de se reconhecer que *Miranda v. Arizona* [384 U.S. 436, (1966)] foi um caso paradigmático e desenvolveu uma nova concepção de tratamento das autoridades para com acusados e custodiados no âmbito investigativo, principalmente durante o interrogatório policial, as regras foram bastante criticadas. Isso ocasionou, ao longo do tempo, a adoção de medidas tendentes a amenizar, ou seja, a reduzir o alcance dos efeitos estabelecidos na decisão.²⁸⁷

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. [...]. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/06/2018, Processo Eletrônico DJe-107 Divulg 21-05-2019 Public 22-05-2019. Grifos no original.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Agravo Regimental no recurso ordinário em habeas corpus 192.798*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão 24 fev. 2021.

²⁸⁶ O mesmo entendimento foi prolatado pelo Ministro Gilmar Mendes em maio de 2021: “Não se admite condenação baseada exclusivamente em declarações informais prestadas a policiais no momento da prisão em flagrante”. Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *RHC 170843 AgR/SP*. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4/5/2021 (Info 1016).

²⁸⁷ Conferir, nesse sentido, ZUCKERMAN, A. A. S. *The principals of criminal evidence*. Oxford: Clarendon Law, 1989. p. 308-309.

Segundo João Claudio Couceiro,²⁸⁸ algumas decisões proferidas a partir da década de 1970 evidenciaram que o conjunto de regras de proteção contra a autoincriminação estabelecidas em *Miranda v. Arizona* [384 U.S. 436, (1966)] começaram a sofrer interpretações restritivas sob vários aspectos, destacando-se os seguintes casos:

1. em 1971, no caso *Harris vs. New York*, admitiu como prova confissão policial obtida com violação às “Miranda Rules”, para confronto com depoimento voluntário do acusado em juízo; 2. Em 1974, no caso *Michigan vs. Tucker*, afirmou que as regras procedimentais reconhecidas em “Miranda” não constituíam, em si, direitos protegidos pela Constituição, mas medidas voltadas a garantir que o direito contra a autoincriminação fosse respeitado; 3. em 1976, no caso *Beckwith vs. United States*, afirmou, na definição do conceito de *custodial interrogation*, que o dever de instrução das Miranda Rules não se aplica quando o inquirido é somente foco de uma investigação criminal, sendo ouvido em ambiente familiar, na presença de amigos; 4. em 1977, no caso *Oregon vs. Mathiason*, decidiu que não há dever de instrução pelo simples fato de o depoimento ter lugar em uma delegacia de polícia, ou por haver uma suspeita policial em relação ao inquirido. Ali, estabeleceu-se que não constitui “custódia” situação em que o inquirido comparece à delegacia em resposta a convite informal por parte da polícia.

Surge em torno do direito ao silêncio, portanto, um grande debate, sobretudo quanto ao conceito de *custodial interrogation*, debate este que também afetará a atividade legislativa. Com efeito, após reconhecer a fraqueza do Estado no combate ao “crime organizado”, o Congresso americano aprovou, em 15 de outubro de 1970, o Organized Crime Control Act, estabelecendo, no Título II, que tratava das imunidades, que qualquer pessoa, seja co-réu ou testemunha, poderia ser compelida a testemunhar perante tribunal ou órgão federal, ainda que, para tanto, tivesse que admitir a prática de crime. Porém, tal depoimento não poderia ser usado para provar o crime confessado.

A partir da Corte Burger,²⁸⁹ a despeito de se manter as *Miranda Rules* preservadas, a Suprema Corte orientou-se para definir os seus limites e exceções, a exemplo da denominada exceção de segurança pública (*public safety exception*), estabelecida a partir do caso *New York v. Quarles*, [467 U.S. 649, (1984)], que isentou a polícia do dever de instrução em situações de risco à segurança pública, ou à integridade de outras pessoas.²⁹⁰

²⁸⁸ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 88-90.

²⁸⁹ Período compreendido entre 1969 e 1986, em que Warren Earl Burger se tornou *Chief Justice* de Nixon.

²⁹⁰ No caso, a Suprema Corte considerou a admissibilidade de uma declaração obtida por um policial que prendeu um suspeito de estupro que supostamente portava uma arma de fogo. A prisão ocorreu em uma mercearia aberta, mas vazia. Quando o policial prendeu o suspeito, ele encontrou um coldre de ombro vazio, algemou o suspeito e perguntou onde estava a arma. O suspeito acenou na direção da arma (que estava perto de algumas caixas vazias) e disse: “A arma está ali”. O suspeito não foi processado por estupro, mas foi acusado de porte criminoso de arma. No entanto, ele argumentou que sua declaração (“A arma está ali”) era inadmissível em provas porque ele não havia recebido o aviso de Miranda. Como a arma foi encontrada como resultado direto do depoimento, ele argumentou que a presença da arma também era inadmissível, impossibilitando sua condenação. No julgado, por 5 a 4, a Suprema Corte considerou que a regra jurisprudencial de *Miranda* deve ceder em “uma situação em que a preocupação com a segurança pública deve ser primordial para a adesão à linguagem literal das regras profiláticas enunciadas em *Miranda*”. A regra de *Miranda* não é, portanto, absoluta e pode ser um pouco mais elástica em casos de segurança pública (*New York v. Quarles* [467 U.S. 649 (1984)]).

Por outro lado, especificamente em relação à **definição de interrogatório** para fins de aplicação das *Miranda Rules*, em 1980, a Suprema Corte enfrentou o caso *Rhode Island v. Innis*, [446 U.S. 291 (1980)], criando um padrão “**funcionalmente equivalente**” para determinar quando os policiais estão interrogando um suspeito. Desse modo, a Corte decidiu que um interrogatório não se limita às indagações expressas da polícia ao inquirido, mas a toda conduta do policial em que este deveria saber ser razoavelmente capaz de extrair uma resposta incriminatória do suspeito. O Tribunal afirmou, nesse contexto, que *Miranda v. Arizona* [384 U.S. 436, (1966)] não foi escrito apenas para proteger os suspeitos de interrogatório direto enquanto esperam por um advogado, mas também outros atos de coerção “funcionalmente equivalentes”.²⁹¹

Em *Illinois v. Perkins* [496 U.S. 292 (1990)], a Suprema Corte considerou que agentes policiais disfarçados não precisavam dar advertências *Miranda* ao falar com suspeitos na prisão. Decidiu-se que os Avisos de Miranda geralmente são exigidos quando a polícia interroga suspeitos sob custódia para proteger o direito de não se autoincriminar, no entanto, a coerção potencial deve ser avaliada do ponto de vista do suspeito e, se ele não tem ciência de que está falando com a polícia, não está sob a pressão coercitiva de um interrogatório normal.²⁹²

No que concerne ao **testemunho do acusado**, o caso *Griffin v. California* [380 U.S. 609 (1965)] tratou diretamente do direito ao silêncio, ocasião em que a Suprema Corte decidiu, por 6 votos a 2, que constitui violação à V Emenda o promotor de Justiça utilizar o argumento, perante o júri, de que a recusa do réu em testemunhar revela-se indicativo de sua culpabilidade, bem como o magistrado instruir o júri de que tal silêncio é evidência de culpa.²⁹³

Por sua vez, em *Perry v. Leeke* [488 U.S. 272 (1989)], a Suprema Corte decidiu que quando um réu se torna testemunha ele não tem o direito de consultar seu advogado enquanto depõe. De acordo com o julgado, o acusado possui um direito absoluto a consultar o seu advogado antes de começar a testemunhar, porém, nem ele e nem o seu advogado possuem o direito de interromper o depoimento para orientação.

Para a Corte, a razão para a regra é aquela que se aplica a todas as testemunhas, não apenas aos réus. É uma prática comum para um juiz instruir uma testemunha a não discutir seu

²⁹¹ Nesse sentido, LOCKHART, William B. et. al. *The American Constitution*. 8. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1996. p. 404.

²⁹² Idem, p. 404.

²⁹³ O juiz, em suas instruções ao júri, afirmou que o réu tem o direito constitucional de não testemunhar e isso não cria presunção de culpa, nem reduz a necessidade de a acusação provar seu caso; mas também declarou ao júri: quanto a quaisquer provas ou fatos contra ele que se possa razoavelmente esperar que o arguido negue ou explique devido a fatos do seu conhecimento, se não testemunhar ou se, apesar de testemunhar, deixar de negar ou explicar tais provas, o júri pode considerar essa falha como tendente a indicar a veracidade de tais provas. (*Griffin v. Califórnia* [380 U.S. 609 (1965)]).

depoimento com terceiros até que o julgamento seja concluído, sendo tais ordens de não discussão um corolário da regra mais ampla de que testemunhas podem ser influenciadas por ouvir o que outras testemunhas têm a dizer e para aumentar a probabilidade de prestarem declarações verdadeiras baseadas em suas próprias lembranças.²⁹⁴

Por isso, quando o réu assume o papel de testemunha, as regras que geralmente se aplicam a outras testemunhas – regras que servem à função de busca da verdade do julgamento – geralmente também são aplicáveis a ele. Assim, é inteiramente apropriado que um juiz de primeira instância decida, depois de ouvir o interrogatório direto de qualquer testemunha, que o interrogatório é mais provável de obter respostas verdadeiras se for adiante sem permitir à testemunha a oportunidade de consultar a terceiros, incluindo o seu advogado.²⁹⁵

Em *Rock v. Arkansas* [483 U.S. 44, 107 S. Ct. (1987)], de 1987, a Suprema Corte decidiu que a Constituição garantia aos acusados o direito de testemunhar sob juramento em sua própria defesa, sendo que as restrições impostas ao direito do réu de testemunhar pelas regras probatórias de um estado não podem ser arbitrárias ou desproporcionais aos propósitos a que se destinam.

Esses parâmetros e delineamentos estabelecidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em **casos envolvendo o interrogatório do acusado**, sob o prisma da V Emenda e de seus consectários, são de primordial importância no sistema de *common law*, pois nesse modelo o acusado não é obrigado a responder aos questionamentos; contudo, a partir do momento em que opta por prestar declarações, o faz na qualidade de testemunha, podendo ser punido pelo crime de perjúrio, sobressaindo-se, em consequência, a importância da advertência.

Sobre o tema, conforme explica Antônio Magalhães Gomes Filho,

[...] no sistema continental, o réu deve falar, embora suas declarações sejam vistas com reservas, pois a mentira é algo natural, que deve ser levada em conta pelo julgador; já na tradição anglo-americana, é reconhecido o direito de calar, mas se o acusado se decide a dar a sua versão, deve fazê-lo na condição de testemunha, sob juramento de dizer a verdade.²⁹⁶

Nesse ponto, importa destacar que, no processo penal norte-americano, há uma diferença relevante entre a fase policial, em que se tutela tanto o *privilege against self-incrimination* quanto o *right to silence*, e a fase judicial, em que se reconhece ao réu a faculdade de depor, desde que preste juramento, ficando sujeito ao perjúrio.

²⁹⁴ *Perry v. Leeke* [488 U.S. 272 (1989)].

²⁹⁵ *Perry v. Leeke* [488 U.S. 272 (1989)].

²⁹⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 111.

O exercício do *privilege against self-incrimination* e da advertência ao acusado ou suspeito diante de seu depoimento na fase policial ganha especial relevo em razão das circunstâncias em que o ato é praticado, da excepcionalidade da situação em que o cidadão se encontra, bem como dos poderes inquisitoriais por parte do agente responsável pelo interrogatório.

Por outro lado, na fase judicial, no pleno exercício de seu direito de defesa, o acusado em momento algum se transforma em instrumento de busca objetiva da verdade material, mas reconhece-se a ele a opção de submeter-se ao *cross examination*, passando, nesse caso, a ostentar a qualidade de testemunha, com as consequências daí advindas, submetendo-se ao *direct examination*, por parte do defensor, e ao *cross examination*, pela acusação.

Desse modo, diferentemente do Direito Processual brasileiro, que não conhece uma figura híbrida de acusado-testemunha, somente as testemunhas propriamente ditas, peritos, contadores, tradutores ou intérpretes **assumem o compromisso** de dizer a verdade e podem ser processados criminalmente caso façam afirmação falsa,²⁹⁷ neguem ou calem a verdade; no direito norte-americano, se o acusado opta por depor em juízo, não lhe socorre o direito ao silêncio, pois o exercício desse direito existe até o momento anterior de se decidir a prestar o depoimento sob juramento.

Após a decisão de testemunhar, conforme explanado, a inquirição do acusado passa a ser direta e cruzada (*direct examination* e *cross-examination*), ocasião em que ele somente poderá valer-se da cobertura instrumental do *privilege against self-incrimination* em relação a perguntas que possam de algum modo incriminá-lo por outro delito.

Embora na prática forense os processos por perjúrio se mostrem raríssimos,²⁹⁸ a escolha do acusado entre testemunhar ou permanecer em silêncio nem sempre é tarefa fácil, pois, de um lado, se ele preferir depor a seu favor, será tratado como qualquer outra testemunha, ficando sujeito ao juramento e às penas aplicadas ao crime de perjúrio (*perjury*), e, de outro, a impressão do júri sobre manter-se em silêncio nem sempre é uma estratégia muito favorável a ele.

Em razão de todo esse panorama acerca do *privilege against self-incrimination*, desenvolvido pelo direito norte-americano, é que o silêncio e os deveres de advertência

²⁹⁷ Código Penal, art. 342. “Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 18 set. 2022).

²⁹⁸ Nesse sentido, HELMHOLZ, R. H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. p. 202.

ganharam ainda mais relevância, pois ou o acusado nada fala ou diz a verdade, não havendo possibilidade de renúncia parcial ao *privilege*.

Originariamente, portanto, o *privilege against self-incrimination* visava a evitar confissões forçadas ou viciadas, sendo incorporado na Constituição por meio da V Emenda com o objetivo de proibir métodos impróprios de interrogatório.²⁹⁹

Posteriormente, com os Avisos de Miranda, o direito de acusados e suspeitos passou a ser ainda mais protegido, no sentido de que o acusado deveria ter a livre escolha de responder aos questionamentos da atividade investigativa ou recusar-se a fazê-lo sem sofrer constrangimentos.

Destaca-se, por fim, que a perspectiva atual do *privilege against self-incrimination* indica certa tendência de relativização do postulado,³⁰⁰ a exemplo do evidenciado no caso *Salinas v. Texas* [570 U.S. 12-246 (2013)], julgado em 2013, em que a Suprema Corte, por decisão de 5 votos a 4, decidiu que o privilégio da V Emenda pode ser usado contra o acusado no julgamento, dependendo exatamente de como e onde ele o faz; ou seja, o silêncio do cidadão pode ser usado contra ele no tribunal do júri, como prova de culpa, se ele decidir se calar antes de adquirir formalmente esse direito.

A Suprema Corte decidiu que o direito ao silêncio só é adquirido quando a pessoa é presa e, no ato da prisão, a polícia a informa acerca de seu direito de permanecer calada e de falar apenas na presença de um advogado, ou se o “suspeito” conhecer a lei e declarar aos policiais, antes de prestar qualquer informação, que vai usar seu direito de permanecer em silêncio ou de falar apenas na presença de um advogado.

Contextualizando, em *Salinas v. Texas* [570 U.S. 12-246 (2013)], Genovevo Salinas foi convidado por policiais a ir à delegacia como informante sobre um homicídio. Era indiscutível que Salinas não estava preso e estava livre para deixar a entrevista a qualquer momento. Ele,

²⁹⁹ ALSCHULER, Albert. W. A peculiar privilege in historical perspective. In: HELMHOLZ, R. H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. p. 181.

³⁰⁰ “Mais recentemente passou-se a sustentar que o direito ao silêncio protegido pelo *privilege* era incompatível com a moralidade comum. Cite-se como exemplo caso ocorrido em 1996, no qual o motorista de uma “Chevy Blazer” atropelou três adolescentes, à noite, que faleceram. A polícia acabou por localizar o veículo, mas o proprietário recusou-se a responder às autoridades sobre quem estaria dirigindo o veículo. Helmholtz destaca, sobre o caso, que o *privilege* seria uma afronta à dignidade humana. Outro caso examinado sob essa ótica foi o de O. J. Simpson, no qual se considerou que o direito ao silêncio exercido não foi razoável. Mas, seguindo a da defesa, não havia como o acusado justificar diversas provas de culpabilidade, como o sangue localizado no volante do seu carro. [...]. Na realidade, as Cortes esperam que os acusados testemunhem e que não silenciem, considerando, principalmente, a moralidade comum. Nessa ótica, o *privilege* teria sua atuação restrita à vedação de determinados métodos de interrogatório, especialmente com emprego de tortura” (QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 222-223).

então, prestou informações aos investigadores respondendo a todos os questionamentos até que uma pergunta, em particular, o fez crer que, para a polícia, ele era o suspeito do crime. Um investigador lhe perguntou se um exame de balística revelaria se um cartucho recuperado na cena do crime seria de uma espingarda encontrada em sua casa. A partir daí, Salinas passou a olhar para o chão, arrastou os pés, mordeu o lábio inferior, cerrou as mãos no colo e começou a apertá-las, em vez de falar.³⁰¹

Durante o júri, os promotores conseguiram convencer os jurados de que o silêncio de Salinas era prova de sua culpa, pois, segundo a acusação, a partir do momento em que Salinas decidiu responder a algumas perguntas, sem invocar seu direito ao silêncio, e desde que não estava preso e não era coagido a falar, seu silêncio diante de uma pergunta incriminatória não lhe garantia a proteção constitucional. Condenado e sentenciado a vinte anos de prisão, Salinas apelou, sem sucesso, já que o tribunal decidiu não ter ele direito à proteção constitucional de permanecer calado antes de ser preso e de seus direitos serem anunciados pela polícia.³⁰²

De acordo com o voto proferido pelo ministro Samuel Alito, a reivindicação de Salinas de proteção constitucional não era válida, porque ele não invocou expressamente o privilégio de não se incriminar quando a pergunta lhe foi feita pelo investigador, já estando estabelecido, há tempos, que esse privilégio não é, geralmente, autoexecutável e que a pessoa que deseja a incidência da proteção desse direito deve reivindicá-la. Para o ministro, portanto, **a V Emenda garante que nenhum cidadão seja obrigado a testemunhar contra si mesmo, em qualquer caso criminal, mas não estabelece um direito absoluto de permanecer em silêncio.**³⁰³

³⁰¹ *Salinas v. Texas*, [570 U.S. 12-246 (2013)].

³⁰² *Salinas v. Texas*, [570 U.S. 12-246 (2013)].

³⁰³ *Idem*.

4 A PRÁTICA INSTITUCIONAL DO INTERROGATÓRIO NO BRASIL

Na Seção 2 deste trabalho, foram apresentados alguns julgados do STJ que admitiram a prática do silêncio parcial e seletivo do acusado, sob o fundamento, em síntese, de que o direito ao silêncio do investigado e do acusado compreende não só um silêncio absoluto, em que pode deixar de responder a todas as perguntas, como também um silêncio parcial, em que é possível escolher as perguntas que quer responder; ou seja, o réu pode se recusar a responder, durante o seu interrogatório judicial, às indagações feitas pelo Ministério Público e pelo juiz, respondendo apenas ao seu advogado, se assim o desejar.

Evidenciou-se, em uma das decisões, os seguintes **pressupostos** para se admitir o silêncio parcial e seletivo: **(i)** o ato do interrogatório, embora conduzido pelo juízo, é ato de defesa, revelando-se, muitas vezes, a única oportunidade de o réu exercer a sua autodefesa no processo criminal; **(ii)** o CPP não é claro acerca da possibilidade de o réu exercer o seu direito ao silêncio, quanto ao mérito, em bloco; **(iii)** quanto ao mérito, a autodefesa se exerce de modo livre, desimpedido e voluntário; **(iv)** a autodefesa não se confunde com o direito ao silêncio e o de não produzir prova contra si mesmo.

Esta seção visa aprofundar-se nos problemas do interrogatório na prática institucional no Brasil, evidenciando que a adoção do silêncio parcial e seletivo caracteriza não apenas o desvirtuamento das características essenciais do ato, mas também a adoção de uma prática orientada por enunciado atinente à prova testemunhal, que pode trazer consequências para os atores processuais envolvidos, incluindo prejuízos ao próprio acusado.

4.1 O desvirtuamento das características essenciais do ato

Não se pode olvidar que o interrogatório judicial representa meio viabilizador do exercício das prerrogativas constitucionais do contraditório e da ampla defesa.³⁰⁴ Segundo Luigi Ferrajoli

[...] no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, **o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de**

³⁰⁴ Nesse sentido: “A recusa em responder ao interrogatório policial **e/ou** judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu **com as autoridades** que o investigam **ou** que o processam **traduzem** comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional **que protege** qualquer pessoa **contra** a autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de persecução penal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus n. 94.016/SP*. Rel. Ministro Celso de Mello. DJe 27/2/2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=130641279&ext=.pdf>. Acesso em: 21 set. 2022. Grifos no original).

dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar.³⁰⁵

O interrogatório judicial, nos dizeres do ministro Rogério Schietti Cruz, do STJ, qualifica-se como a única oportunidade no processo penal em que o acusado possui voz ativa para exercer a sua defesa de forma livre, desimpedida e voluntária:

[...] o interrogatório é, em verdade, o momento ótimo do acusado, o seu “dia na Corte” (*day in Court*), a única oportunidade, ao longo de todo o processo, em que ele tem voz ativa e livre para, se assim o desejar, dar sua versão dos fatos, rebater os argumentos, as narrativas e as provas do órgão acusador, apresentar álibis, indicar provas, justificar atitudes, dizer, enfim, tudo o que lhe pareça importante para a sua defesa, além, é claro, de responder às perguntas que quiser responder, de modo livre, desimpedido e voluntário.³⁰⁶

É inegável que o réu tem o direito de participar de todas as fases do processo, principalmente do ato de seu interrogatório; até por isso o processo penal se realiza sobre a ideia de que o deslinde da causa não pode ocorrer sem a possibilidade da interferência e influência argumentativa do acusado.³⁰⁷ Assim, o interrogatório em juízo concretiza esse momento, em que o réu tem a oportunidade de estar perante o juiz da causa dirigindo-lhe a palavra, caso o deseje. Sobre o tema, leciona Winfried Hassemer que:

A **lista dos direitos de participação no processo de compreensão** que o Direito Constitucional e o Direito Processual Penal concedem aos acusados desde os dias do processo inquisitivo é impressionante. O caráter mais evidente de participação na compreensão cênica manifesta-se junto ao direito central do acusado: o direito *de ser ouvido* (Art. 103 I da GG; Art. 6 I, III c da MRK). Este direito mostra-se como um fio condutor através dos diversos capítulos e das regulações do StPO sobre competência. O Direito Processual realiza nele a ideia de que a produção do caso não pode ocorrer sem a possibilidade do envolvido de interferir e influenciar argumentativamente o processo de compreensão. Deste modo o ordenamento processual dá à compreensão cênica (que, como se sabe, pode se executar inclusive desatrelado do juiz inquisidor) o caráter de interação. Ao mesmo tempo ele reage às particularidades da compreensão cênica que foram descritas aqui, com relação ao futuro e à dúvida do êxito; naturalmente o juiz não precisa seguir em seu conteúdo as alegações do acusado ou das demais pessoas envolvidas; mas deve esperar que não se extraia da sua compreensão a influência das alegações fáticas.³⁰⁸

³⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 486. Destacou-se.

³⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso Especial n. 1.825.622/SP*. Unânime, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 20.10.2020, publicado no DJ em 28.10.2020. Destacou-se.

³⁰⁷ “Não há como falar em **processo penal** sem a presença do maior interessado na decisão – o acusado – nos **atos processuais**, que assim são qualificados exatamente pela circunstância de serem realizados diante do juiz e com a intervenção das partes.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Garantismo à paulista: a propósito da videoconferência*. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 147, p. 6, fev. 2005. Grifos no original).

³⁰⁸ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução da 2. ed. alemã, rev. e ampl. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 196.

Do mesmo modo, o *status* constitucional do direito ao silêncio no ordenamento jurídico brasileiro protege a liberdade de manifestação intelectual do acusado, e, conseqüentemente, proíbe interrogatórios tendenciosos, bem como o emprego de tortura e outras formas de coerção, tais como ameaça de mal futuro ou promessas de julgamento condescendente.

O juiz deve respeitar a liberdade do acusado, permitindo que ele se defenda como entender melhor, falando ou calando-se, e, ainda, o advertindo da faculdade de não responder. Por isso é que Cordeiro Grevi afirma, categoricamente, que a única arma do interrogante é a **persuasão**, devendo o magistrado persuadir o acusado de que relatar o seu caso seja mais produtivo para a defesa do que calar-se.³⁰⁹

O acusado, desse modo, em face do direito de permanecer calado, não é obrigado a responder aos questionamentos do interrogatório de mérito,³¹⁰ direito que resguarda o interrogatório na sua integralidade, como em relação a cada pergunta formulada; isto é, o acusado pode deixar de responder a todas as indagações, bem como deixar de responder a uma ou outra indagação. Nesse sentido são as lições de Jorge de Figueiredo Dias:

[...] a relação intercedente entre o arguido e a finalidade de obtenção da verdade que o processo penal visa se encontra como que cortada – no sentido de que aquele não é obrigado a participar nesta finalidade através de suas declarações e não é, portanto, destinatário próprio do respectivo dever de colaboração na administração da justiça penal.³¹¹

Entretanto, visando conferir efetividade ao postulado do devido processo legal e de seus consectários lógicos, o legislador infraconstitucional, com a redação dada aos arts. 185 a 196 do CPP pela Lei n. 10.792/2003, adequou o interrogatório ao modelo acusatório de processo, enfatizando, inclusive, as **características essenciais do ato**.

Diante de um capítulo inteiro tratando do interrogatório do réu em juízo, capítulo este inserido no título da prova, é possível que se crie ou inove o rito processual, sob o argumento de que se está buscando efetividade aos princípios do direito ao silêncio e da “ampla defesa”?

Pois é isso que o exercício do silêncio parcial e seletivo do acusado promove ao conferir ao acusado a possibilidade de **escolher** quem irá realizar as perguntas no interrogatório,

³⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência Penal*, n. 1. São Paulo: Convívio, 1976. p. 15-31.

³¹⁰ O direito ao silêncio tem por objeto tão somente o interrogatório de mérito, não abarcando a primeira parte do ato, correspondente à qualificação do réu.

³¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. v. 1. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda., 1974. p. 448.

desfigurando o ato na sua integralidade, o que se revela incompatível com a regulamentação em vigor.

O art. 186 do CPP é cristalino ao afirmar que, antes de iniciado o interrogatório, o juiz deve advertir o acusado de seu direito de permanecer calado, evidenciando-se, nessa toada, que o direito ao silêncio não significa que o acusado pode meramente “escolher” quem será o seu interrogador.

O postulado constitucional permite que o acusado silencie ou responda parcialmente às perguntas formuladas durante o seu interrogatório. Não se admite, repita-se, afirmar, de antemão, que permanecerá em silêncio diante das perguntas do juiz, declarando interesse em responder, apenas, aos questionamentos apresentados por seu defensor.

De fato, se utilizar do argumento de que os postulados do devido processo legal, direito ao silêncio e ampla defesa permitem ao acusado o direito de transmudar o ato e atribuir ao seu advogado o realizador do interrogatório, afastando, *prima facie*, a participação do juiz e do Ministério Público, nada mais é do que uma prática anômala, sem qualquer base legal e sistemática processual.

Além disso, nos parece haver congruência no rito do interrogatório determinado pelo CPP, pois ninguém melhor que o juiz, em razão de sua imparcialidade, para presidir e formular questionamentos ao acusado, não havendo qualquer prejuízo à defesa que o réu responda ou se reserve o direito ao silêncio, desde que o faça dentro dos parâmetros legais, sem escolher seletivamente para quem e de que forma pretende responder.

Conforme tratado na Seção 2, uma das principais características do interrogatório é a **judicialidade**, que consiste, em linhas gerais, em atribuir ao juiz, e somente a ele, a presidência do interrogatório, ocasião em que terá contato direto com o acusado e formará juízo a respeito de sua personalidade, compreendendo as circunstâncias em que ocorreu a infração e os motivos que o levaram a praticá-la, tudo em conformidade com os consectários do devido processo legal.

Desse modo, é o magistrado quem conduz o interrogatório e formula perguntas ao acusado. Somente após esse primeiro momento é que se abre a possibilidade de as partes formularem questionamentos, não cabendo ao advogado, nem ao querelante ou ao *Parquet* conduzir o interrogatório, que continua sendo ato privativo do juiz. Cabe, então, a ele presidir o ato, formular as perguntas iniciais e indagar às “partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”.

Tal característica também encontra menção expressa no Código de Processo Penal português, que em seu art. 141 (Primeiro interrogatório judicial de arguido detido), n.º 2 e 6, estabelece:

2 - O interrogatório é feito exclusivamente pelo juiz, com assistência do Ministério Público e do defensor e estando presente o funcionário de justiça. Não é admitida a presença de qualquer outra pessoa, a não ser que, por motivo de segurança, o detido deva ser guardado à vista.

[...]

6 - Durante o interrogatório, o Ministério Público e o defensor, sem prejuízo do direito de arguir nulidades, abstêm-se de qualquer interferência, podendo o juiz permitir que suscitem pedidos de esclarecimento das respostas dadas pelo arguido. Findo o interrogatório, podem requerer ao juiz que formule àquele as perguntas que entenderem relevantes para a descoberta da verdade. O juiz decide, por despacho irrecorrível, se o requerimento há-de ser feito na presença do arguido e sobre a relevância das perguntas.³¹²

Decorre da característica da judicialidade, ademais, o **sistema presidencialista** de inquirição, excetuando-se o interrogatório realizado no curso do julgamento pelo júri, em que as perguntas serão realizadas diretamente ao réu pela acusação e pela defesa (art. 474, § 1º). É o juiz que preside o ato, exerce o poder de polícia na audiência, formula os questionamentos iniciais e permite que as partes complementem o interrogatório, podendo, inclusive, indeferir as perguntas impertinentes ou irrelevantes.

De acordo com o legislador brasileiro, portanto, adota-se, no interrogatório realizado no curso do processo comum, o sistema angular de inquirição, distanciando-se do modelo anglo-americano de forma direta e cruzada – *direct examination* e *cross-examination* – na oitiva do acusado.

Outra característica essencial do interrogatório descrita na Seção 2 é a da **oralidade**,³¹³ intrinsecamente ligada às garantias do contraditório e da ampla defesa, como se pode perceber através do próprio sentido e alcance da expressão:

Num primeiro momento, pode-se atribuir ao termo ‘oralidade’ o significado de ‘comunicação do pensamento por meio do pronunciamento de palavras destinadas a serem ouvidas’. Em contraposição à oralidade, está a escrita, vale dizer, a forma de comunicação do pensamento por meio de sinais visíveis, alfabéticos ou ideográficos. O escrito deve ser lido e, nesse sentido, pode ser expresso oralmente, assim como pode ser reproduzida uma gravação; mas trata-se de uma oralidade fictícia. Aquele que escuta pode ouvir um monólogo ou um diálogo, mas não pode “participar”, não pode fazer perguntas nem obter respostas da pessoa que, anteriormente, prestou as

³¹² PORTUGAL. *Código de Processo Penal (CPP)*. Artigo 141.º Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58884369>. Acesso em: 28 jul. 2022.

³¹³ Conforme mencionado na Seção 2 deste trabalho, a regra é que o interrogatório seja realizado por meio de perguntas e respostas orais. Entretanto, a lei processual prevê exceções a esta característica nos arts. 192 e 193, ao estabelecer normatização própria para o interrogatório do surdo, do mudo, do surdo-mudo e do estrangeiro.

declarações escritas ou gravadas. **Portanto, tem-se ‘oralidade’, em sentido amplo, somente quando aqueles que escutam podem formular perguntas e obter respostas diretamente do declarante.**³¹⁴

Tal característica, ademais, permite às partes maior aproximação entre si e com o juiz, sob o aspecto argumentativo que se desenvolve em torno da prática dos atos procedimentais. Nesse sentido, afirma Rosemiro Pereira Leal que

[o] princípio da oralidade é consectário da garantia da ampla defesa, na medida em que permite às partes maior aproximação entre si e com o juiz na ampla argumentação que se desenvolve em torno da prática dos atos procedimentais, possibilitando a todos transmitir, uns aos outros, impressões e entendimentos sobre a “realidade litigiosa regida pelo processo”, de forma que a participação no iter procedimental seja democraticamente assegurada a todos.³¹⁵

A exteriorização dessa característica fica ainda mais evidente durante o ato de interrogatório, pois proporciona ao acusado um contato direto com o magistrado, possibilitando-lhe mais conhecimento do que efetivamente ocorreu. Nessa perspectiva, a oralidade possibilita contextualizar o discurso, pois uma situação é ver quando o réu está ficando nervoso, gaguejando, se contradizendo, outra coisa completamente diferente é ler em uma petição o que o réu tem a dizer. Com efeito, “as declarações orais, que permitem a observação direta do interrogando, são o meio mais natural, mais simples e rudimentar para apreciar a sinceridade das respostas.”³¹⁶

Nesse contexto, do mesmo modo que o legislador caracterizou o interrogatório como um ato personalíssimo, ao estabelecer que ele seja exercitado pessoalmente pelo acusado, atribuiu-se a ele as características da judicialidade e da oralidade, com o intuito de possibilitar uma interação direta entre julgador e acusado, enfatizando-se a importância de o julgador estar presente para conhecer, ver, sentir e ouvir o interrogando durante as suas declarações.

Além dessa preocupação de se exigir uma postura atenta do magistrado na colheita das declarações do réu, o legislador ainda permitiu que as partes participassem do ato formulando questionamentos para complementar pontos ainda não totalmente esclarecidos.

E de que maneira se dá a intervenção das partes, de acordo com o CPP? Denota-se que as partes não estão autorizadas a “intervir ou influir” diretamente nas perguntas feitas pelo

³¹⁴ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 87-88. Destacou-se.

³¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 113.

³¹⁶ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000. p. 96.

juiz ou nas respostas apresentadas pelo acusado de forma a procurar mudar uma ou outra. Tampouco podem formular perguntas diretamente ao acusado.

A atuação se restringe à indicação de fato a ser esclarecido, decorrendo de tal indicação a possibilidade de nova formulação de perguntas ao acusado, **sempre pelo magistrado presidente do ato.**

Nada impede, entretanto, que, em observância aos postulados do contraditório e da ampla defesa, as partes requeiram, uma vez indeferido qualquer esclarecimento sobre fato indicado, que o juiz presidente conste em ata exatamente como apresentado pela parte e as razões do indeferimento.

Revela-se, por oportuno, lembrar que o STJ já compreendeu que “o indeferimento das perguntas formuladas pelo advogado de defesa, pois anteriormente formuladas pela acusação e não respondidas pelo réu, não viola o disposto no art. 186 do Código de Processo Penal.”³¹⁷

E tal raciocínio tem razão de ser! É necessário, acima de tudo, compreendermos que o rito do interrogatório não foi estabelecido aleatoriamente pelo magistrado. Nesse sentido, certo o raciocínio de Ada Pellegrini Grinover, ao comentar acerca do art. 188 do CPP:

Correta a disposição: sobretudo em relação à defesa, é indispensável que sobre todos os fatos o acusado possa desenvolver plenamente sua autodefesa. E, em face do princípio da igualdade processual, era necessário garantir a mesma faculdade à acusação. **Mas tudo será filtrado pelo juiz. Diversamente do que se preconiza para as testemunhas, em que o projeto de lei sobre a instrução prevê a *cross examination*, com perguntas diretas das partes – sob o controle do juiz –, para o interrogatório quis-se evitar qualquer possibilidade de pressão, devendo as perguntas suplementares ser formuladas exclusivamente pelo juiz, a quem se atribui a aferição da pertinência e relevância das questões levantadas.**³¹⁸

Denota-se, portanto, uma solenidade expressamente prevista no CPP para o interrogatório judicial. Em perfeita harmonia com o princípio da ampla defesa, o art. 185 do CPP determina que o acusado, preso ou solto, seja qualificado e interrogado na presença de seu

³¹⁷ De acordo com o julgado, “na espécie, o acusado não foi constrangido a colaborar com a acusação, assumindo a responsabilidade pelo crime narrado na denúncia. Foram apenas indeferidas as perguntas formuladas pelo advogado de defesa, pois já haviam sido anteriormente formuladas pela acusação. A ata da sessão de julgamento ressaltou que o defensor instruiu o réu a não responder os questionamentos formulados pelo Ministério Público e pelo assistente de acusação. Diante desse cenário, não observo a apontada violação do art. 186 do Código de Processo Penal, pois o Magistrado apenas indeferiu fossem novamente formuladas as perguntas não respondidas em momento anterior pelo réu, não havendo notícias de constrangimento direcionado ao acusado para que fornecesse informações ou declarações incriminadoras, direta ou indiretamente.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 85.063/SC*. Unânime, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 13.4.2021, publicado no DJ em 20.4.2021).

³¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei n. 10.792/03). *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 2, n. 4, p. 15, nov. 2004. Destacou-se.

defensor, constituído ou nomeado. Cuidou-se, ademais, que o acusado possa se entrevistar reservada e separadamente com seu defensor, antes da realização do interrogatório, visando facultar à defesa a possibilidade de traçar uma estratégia juntamente com o réu acerca da melhor maneira de se apresentar perante o juiz, seja resolvendo falar acerca dos fatos, seja utilizando-se do direito ao silêncio (CPP, art. 185, § 5º)

E o art. 188 da legislação processual veio com o mesmo intuito regulamentador, possibilitando a participação das partes no interrogatório, porém, restringindo a atuação delas com o intuito de evitar pressão em relação ao réu ou distorções nas respostas proferidas por ele durante o ato. A atuação das partes, portanto, se restringe à indicação de fato a ser esclarecido, decorrendo daí a possibilidade de nova formulação de perguntas ao réu, **sempre por meio do magistrado que presidir o ato.**

4.2 O “falso” problema do interrogatório judicial: uma prática orientada por enunciado atinente à prova testemunhal

Um dos temas mais controvertidos envolvendo o interrogatório refere-se à sua **natureza jurídica**. Levando em consideração a evolução histórica do instituto, bem como suas características atuais, há de se questionar: afinal, o interrogatório é meio de prova,³¹⁹ meio de defesa, possui natureza mista ou é meio de defesa e, eventualmente, fonte de prova?

A importância dessa classificação está relacionada com o **valor probatório** do ato, pois, “dependendo da natureza jurídica do interrogatório, em determinado ordenamento jurídico, é que se pode dimensionar o seu valor probatório, embora as declarações prestadas pelo acusado sejam sempre consideradas com reservas.”³²⁰

Historicamente, a sua natureza jurídica como meio de prova deita raízes no modelo inquisitório de processo, em que o juiz se utilizava do interrogatório para produzir prova por meio da confissão do acusado.

Obter a confissão a qualquer preço, submeter o acusado a juramento e inferir do silêncio elementos prejudiciais de prova foram, no decorrer da história, não raras vezes, medidas adotadas pelas autoridades encarregadas da apuração de infrações penais. Nesse sentido, destaca Carlos Henrique Borlido Haddad:

³¹⁹ Ver: BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito Processual Penal brasileiro*. v. 2. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971. p. 746.

³²⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 112.

No sistema inquisitório, o interrogatório era meio de prova, pois servia à única finalidade do processo penal da época: a imediata punição do acusado. Durante o processo inquisitório, o interrogatório se converteu no centro do procedimento e a confissão na prova por excelência.³²¹

Franco Cordero adverte que, no modelo inquisitório, o processo aparece como “tarefa terapêutica”, em que a pena é o remédio a ser ministrado e o acusado, querendo ou não, deve cooperar.³²²

O CPP de 1941, até pelo seu viés inquisitorial, conforme detalhado na Seção 2, sempre considerou o interrogatório como meio de prova,³²³ tanto que atribuía única e exclusivamente ao juiz a sua realização, além de situá-lo como o primeiro ato da instrução processual penal. Alguns autores, por sua vez, utilizam a posição topográfica do interrogatório no CPP como argumento para defender a sua natureza de meio de prova:

Em primeiro lugar, porque colocado no Código entre as provas e como tal considerado pelo julgador ao formar sua convicção; depois, porque as perguntas podem ser feitas livremente, apenas obedecendo às diretrizes do art. 188; em terceiro, porque pode atuar tanto contra o acusado, no caso da confissão, como em seu favor; e, finalmente, porque o silêncio, a recusa em responder às perguntas, pode atuar como um ônus processual (arts. 186 a 191).³²⁴

Tal realidade, no entanto, foi sendo alterada após a vigência da Constituição de 1988 e das constantes reformas processuais ocorridas nas últimas décadas. A Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, aproximou o CPP dos ditames constitucionais, realidade que se consolidou com a vigência da Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, que levou o interrogatório a ser o último ato da instrução e, conseqüentemente, tratando-o como um ato preponderantemente de defesa, pois, se o acusado manifestar o desejo de falar, terá o integral conhecimento das demais provas.³²⁵

³²¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000. p. 62.

³²² CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986. p. 47.

³²³ Nesse sentido, “o interrogatório, pois, na lei em vigor, é meio de prova. Fato de ser assim não significa que o réu não possa valer-se dele para defender. Pode; ele é excelente oportunidade para fazer alegações defensivas [...]. O objetivo do interrogatório é provar, a favor ou contra, embora dele possa aproveitar-se o acusado para defender-se” (TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 363-364).

³²⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 68.

³²⁵ “Com a entrada em vigor da Lei n.º 10.792/03 e com as alterações realizadas pela reforma processual em 2008, o entendimento de que a natureza jurídica do interrogatório é ato de defesa se fortaleceu, principalmente em razão dos seguintes aspectos: **a)** cariz facultativo do comparecimento do acusado perante o Juiz; **b)** obrigatoriedade da presença do defensor técnico no interrogatório; **c)** direito à entrevista reservada do interrogando com seu defensor técnico antes da realização desse ato; **d)** proibição do uso do direito ao silêncio como argumento de prova contra o acusado; **e)** colocação do interrogatório ao final da instrução probatória,

Desse modo, a natureza jurídica como meio de defesa³²⁶ considera o interrogatório como a concretização de um dos mais importantes desdobramentos do direito à ampla defesa, qual seja, o **direito à autodefesa**,³²⁷ consagrado no ‘direito de audiência’ e no ‘direito de presença’: “O interrogatório é peça fundamental na formação do convencimento do julgador. Entretanto, a participação do arguido precisa ser totalmente livre, voluntária e consciente, já que não tem o dever de colaborar com a justiça.”³²⁸

Sobre a natureza de meio de defesa, Borges da Rosa assevera que:

[...] o interrogatório tem, pois, o caráter de meio de defesa; mediante ele pode o acusado expor antecedentes que justifiquem ou atenuem o crime, opor exceções contra as testemunhas e indicar fatos ou provas que estabeleçam sua inocência. Então ele é o próprio advogado de si mesmo, é a natureza que pugna pela conservação de sua liberdade e vida, que fala perante juízes que observam seus gestos e emoções.³²⁹

Para Tourinho Filho, a despeito de sua atual posição topográfica – no capítulo da prova – o interrogatório é meio de defesa, pois “se o acusado pode calar-se, ficando o Juiz obrigado a respeitar-lhe o silêncio, erigido à categoria de direito fundamental, não se pode dizer seja o interrogatório um meio de prova.”³³⁰

No mesmo sentido, Gustavo Badaró afirma que o interrogatório deve ser visto como ato de defesa, e não como um meio de prova, tal qual previsto no CPP:

possibilitando que o acusado seja ouvido após a colheita de toda a prova oral.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 657).

³²⁶ RISTORI, Adriana Dias Paes. *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*. 1. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 115-116.

³²⁷ A respeito da temática, vale destacar as palavras do ministro do STJ, Rogério Schietti Machado Cruz: “A possibilidade de que o próprio acusado intervenha, direta e pessoalmente, na realização dos atos processuais, constitui, assim, a autodefesa [...]. Salienta-se que a autodefesa não se resume à participação do acusado no interrogatório judicial, mas há de estender-se a todos os atos de que o imputado participe. [...] Na verdade, desdobra-se a autodefesa em ‘direito de audiência’ e em ‘direito de presença’, é dizer, tem o acusado o direito de ser ouvido e falar durante os atos processuais [...], bem assim o direito de assistir à realização dos atos processuais, sendo dever do Estado facilitar seu exercício, máxime quando o imputado se encontra preso, impossibilitando de livremente deslocar-se ao fórum” (CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 132-133).

³²⁸ “Sustentam que o interrogatório é meio de defesa [...], na **doutrina nacional**: SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Magalhães, 1937, p. 452; ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*. Rio de Janeiro: Alba, 1942, p. 40; FARIA, Antonio Bento de. *Código de Processo Penal: Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Rio de Janeiro: Record, 1960, p. 281; FRANCO, Ary de Azevedo. *Código de Processo Penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1, p. 273; ROSA, Inocêncio Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 296; PIMENTEL, Manoel Pedro. *Advocacia criminal: Teoria e prática*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 169; ALMEIDA, Angélica Maria Mello de. *O interrogatório do acusado como ampla defesa*. São Paulo: FADUSP, 1991.” (QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 109. Destacou-se).

³²⁹ ROSA, Inocêncio Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 296.

³³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 3, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 297.

Diante do direito ao silêncio do acusado, assegurado constitucionalmente (CR, art. 5º, LXIII), o interrogatório deve ser visto como ato de defesa, e não como um meio de prova, tal qual previsto no CPP. Se o acusado pode se calar, não respondendo a nenhuma pergunta, o interrogatório não pode ser visto como um meio de prova, posto que não se destina a fornecer elementos de convicção para o juiz. Eventualmente, ao exercer a sua autodefesa, o acusado poderá fornecer algum elemento de convicção que possa ser considerado pelo juiz na formação de seu convencimento. Não é este, porém, o objetivo do interrogatório.³³¹

No entanto, apesar de ser um ato com a finalidade essencial de servir como meio de defesa, parcela da doutrina também entende que não se pode desconsiderar a possibilidade de o interrogatório funcionar como meio de prova – possuindo natureza mista³³² –, pois factível que o juiz possa servir-se de elementos constantes do ato para formar o seu convencimento, principalmente nas hipóteses em que ocorra a confissão do acusado ou surjam outros elementos de prova indicados por ele.

Desse modo, não se pode afastar que o interrogatório possui natureza jurídica de meio de defesa, destacando-se, porém, o seu caráter de servir como meio de prova, uma vez que é viável ao juiz avaliar os elementos produzidos no ato para fundamentar o seu convencimento, havendo perfeita harmonia e compatibilização entre ambas as classificações:

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.³³³

Segundo o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, acompanhado de Hernando Londoño Jiménez e Ottorino Vannini, o interrogatório é meio de defesa, primordialmente; em segundo plano, é meio de prova. Assim, o ato é, fundamentalmente, um meio de defesa, uma vez que a CF assegura ao réu o direito ao silêncio; logo, a primeira alternativa dele é calar-se, sem que isso gere qualquer consequência, mas apenas sua defesa. Nada obstante, caso opte por

³³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 442.

³³² “Observa que o interrogatório é essencialmente meio de defesa, mas pode ser meio de prova, quando ocorre a confissão. **No direito português:** DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Ed. 1974, p. 440-443, e FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Curso de Processo Penal*. Lisboa: Danúbio, 1986, p. 228; no **direito nacional:** MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1961, v. 2, p. 21; BARAÚNA, José Roberto. *Lições de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 119-120; BARROS, Antonio Milton de. A defesa do acusado e sua intervenção no interrogatório judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, p. 131-140, 1996, esp. p. 140” (QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111. Destacou-se).

³³³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 459.

falar, independentemente do que disser, constitui meio de prova inequívoco, pois o magistrado pode levar em consideração suas declarações para condená-lo ou absolvê-lo.³³⁴

No mesmo sentido, Jorge de Figueiredo Dias, ao pontuar acerca do interrogatório:

[...] tem de ser revestido de todas as garantias devidas ao arguido como sujeito do processo – e constitui, nessa medida e naquela outra em que tem de respeitar a inteira liberdade de declaração do arguido, uma expressão do seu direito de defesa ou, se quisermos, um meio de defesa. Mas também qualquer dos interrogatórios visa contribuir para o esclarecimento da verdade material, podendo nesta medida legitimamente reputar-se um meio de prova.³³⁵

Arremata Vicente Greco Filho:

O entendimento mais aceito sobre a natureza do interrogatório é o de que é ato de defesa, porque pode nele esboçar-se a tese de defesa e é a oportunidade para o acusado apresentar sua versão dos fatos, mas é, também, ato de instrução, porque pode servir como prova.³³⁶

Destarte, a opção constitucional pela adoção dos princípios do devido processo legal, direito ao silêncio, ampla defesa e contraditório, postulados que guardam estreita sincronia com o modelo acusatório em vigor, denota, no âmbito do sistema constitucional-processual-penal brasileiro, a preponderância da natureza jurídica de meio de defesa do interrogatório.

Frisa-se a preponderância da natureza jurídica de meio de defesa, pois a pedra de toque está no sistema constitucional de garantias conferidas ao acusado, vislumbrando-se, nesse modelo constitucional, que esta talvez seja a que melhor represente o respeito aos direitos e às garantias constitucionais com as vicissitudes e características próprias do interrogatório.

Corroborando este entendimento, afirma Eugênio Pacelli:

Que continue a ser uma espécie de prova, não há maiores problemas, até porque as demais espécies defensivas são também consideradas provas. Mas o fundamental, em uma concepção de processo via da qual o acusado seja um sujeito de direitos, e no contexto de um modelo acusatório, tal como instaurado pelo sistema constitucional das garantias individuais, o interrogatório do acusado encontra-se inserido fundamentalmente no princípio da ampla defesa. Trata-se, efetivamente, de mais uma oportunidade de defesa que se abre ao acusado, de modo a permitir que ele apresente a sua versão dos fatos, sem se ver, porém, constringido ou obrigado a fazê-lo.³³⁷

³³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 163.

³³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 442-443.

³³⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 226.

³³⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 330.

A exigência da presença de defensor no interrogatório e a possibilidade de sua participação ativa através da formulação de perguntas, com a finalidade de esclarecer algum fato, evidencia-o ainda mais como meio preponderantemente de defesa.

Exercendo o seu direito constitucional ao silêncio, sua opção nada acrescenta no conjunto probatório. Por outro lado, se o acusado decide falar, o juiz pondera tudo aquilo que o réu expõe, a seu favor ou contra si, o que evidencia o meio subsidiário de prova do ato; prova disso emerge do convite feito ao acusado que negar a imputação, no todo ou em parte, a indicar as provas da verdade de suas declarações, além de ser concedida a ele a possibilidade de alegar algo mais em sua defesa.³³⁸

Assim sendo, enquanto se defende, o acusado não deixa de ministrar elementos à apuração dos fatos, seja pelo confronto com as provas existentes ou pelas circunstâncias e particularidades das declarações prestadas.

Por fim, há um último posicionamento doutrinário que considera o interrogatório essencialmente como meio de defesa e, eventualmente, fonte de prova.

Pondera Maria Elizabeth Queijo ser o interrogatório o instrumento pelo qual o acusado pode expor a sua versão dos fatos, constituindo, portanto, meio de defesa e, eventualmente, fonte de prova. Disso decorre que o réu deve estar ciente de seus direitos e que inexistente dever de fornecer elementos de prova em seu prejuízo. A única consequência admissível do silêncio, sob essa 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 opta por responder, adota uma postura mais atuante na autodefesa:

Quando o acusado opta por responder às perguntas formuladas, fornecendo sua versão dos fatos, poderá declinar elementos probatórios que deverão ser levados em conta pelo julgador. Não se descarta, assim, possa o juiz averiguar a verdade dos fatos por meio do interrogatório do acusado, no qual podem até mesmo ser revelados elementos prejudiciais à sua defesa. O que não se permite é que o juiz exerça constrangimento sobre a liberdade moral e a autodeterminação do interrogando.³³⁹

Adotando o mesmo entendimento, Ada Pellegrini Grinover afirma que,

[...] do direito ao silêncio, consagrado em nível constitucional, decorre logicamente a concepção do interrogatório como meio de defesa, pois se o acusado pode calar-se, se não mais é possível forçá-lo a falar, nem mesmo por intermédio de pressões indiretas, é evidente que o interrogatório não pode mais ser considerado “meio de prova”, não

³³⁸ Inteligência do art. 187, § 2º, incisos II e VIII, do CPP.

³³⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 110-111.

é mais pré-ordenado à colheita de prova, não visa *ad veritatem quaerendam*. Serve, sim, como meio de autodefesa.³⁴⁰

É certo que do interrogatório, voluntariamente prestado – *rectius*, das informações espontâneas do acusado, assegurada sua liberdade de consciência -, podem surgir elementos que constituam “fonte de prova”. Assim, a correta conceituação do interrogatório – em face da doutrina, primeiro; em face da Constituição, depois, e, mais tarde, pela incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento brasileiro – é a de que constitui ele **meio de defesa, que – se e conforme o acusado falar – pode eventualmente servir como fonte de prova.**³⁴¹

De fato, as garantias processuais conferidas ao acusado pela Constituição de 1988, especialmente do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, além do exercício do direito ao silêncio, fizeram com que o texto do CPP de 1941 sofresse significativas mudanças para que o ordenamento normativo se adequasse aos princípios constitucionais.

Diante dessa realidade, foram concretizadas alterações – especialmente por meio das Leis n. 10.792/2003 e n. 11.719/2008 – com a finalidade de adequar a legislação processual, que influenciaram diretamente na realização do interrogatório, a exemplo do fortalecimento da autodefesa (exercício do direito de permanecer calado) e da obrigatoriedade da presença de defensor ao ato, reforçando a defesa técnica do acusado³⁴² e possibilitando a ele o direito de escolher se responde ou não aos questionamentos que lhe são apresentados.

Além disso, ao prever o interrogatório como último ato da instrução, o Código fortalece ainda mais a sua natureza jurídica preponderantemente de meio de defesa, pois se o acusado manifestar o desejo de falar, já terá conhecimento das demais provas constantes nos autos.

Assim, independentemente da colocação topográfica do instituto do interrogatório no CPP, o juiz deve respeitar a liberdade de autodeterminação do acusado, no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se. Se decidir calar-se, “o direito ao silêncio é o selo que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa e que assegura a liberdade de consciência do acusado”.³⁴³

Nesse contexto, o art. 188 do CPP, que também sofreu alteração legislativa em 2003, passou a permitir a intervenção das partes no interrogatório, em caráter suplementar, além de

³⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei n. 10.792/03). *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 2, n. 4, p. 10, nov. 2004.

³⁴¹ No mesmo sentido, FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 72.

³⁴² A defesa técnica foi ainda mais reforçada com a previsão da pela Lei n. 11.900/2009, a qual prevê que, “em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor” (art. 185, § 5º, 1ª parte, do CPP – BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022).

³⁴³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 75.

conferir ao ato um rito específico e de observância obrigatória por parte de todos os atores processuais, inclusive do réu.

Não se pode afirmar, contudo, que o rito estabelecido pelo art. 188 alterou a natureza jurídica de meio de defesa que prepondera no ato, pois permitir que as partes formulem perguntas ao acusado, dá ao interrogatório o **objetivo secundário** de ser um meio de exploração contraditória dos fatos, visando a sua reconstrução histórica. Mesmo em relação a tais perguntas, o acusado tem o direito de exercer o direito ao silêncio, o que mantém o interrogatório como ato voltado, primordialmente, para a autodefesa do réu.³⁴⁴

Além disso, o fato de o juiz, por meio do interrogatório, conhecer a personalidade do acusado, bem como se inteirar da dinâmica dos fatos,³⁴⁵ podendo, inclusive, obter a confissão dele, não desnatura a sua essência de meio de defesa, pois o julgador, em momento algum, possui disponibilidade sobre o ato, podendo o acusado calar-se ou deixar de comparecer, os quais são comportamentos contrários ao esclarecimento das circunstâncias que são alcançados pela produção probatória. Nesse sentido:

Em primeiro lugar, permite que se reconheça, na pessoa do acusado e de seu defensor, a titularidade sobre o juízo de conveniência e a oportunidade de prestar ele (o réu), ou não prestar, o seu depoimento. E a eles caberia, então, a escolha da opção mais favorável aos interesses defensivos. E é por isso que não se pode mais falar em condução coercitiva do réu, para fins de interrogatório, parecendo-nos revogada a primeira parte do art. 260 do CPP.

Em segundo lugar, impõe, como sanção, a nulidade absoluta do processo, se realizado sem que se desse ao réu a oportunidade de se submeter ao interrogatório. Haveria, no caso, manifesta violação da ampla defesa, no que se refere à manifestação da autodefesa.

[...]

Por último, a concepção do interrogatório como essencialmente um meio de defesa, com o reconhecimento do direito ao silêncio, tem por consequência a conclusão no sentido de que o não comparecimento do réu ao referido ato não poderá implicar a aplicação de quaisquer sanções processuais, daí por que inaplicável o agravamento de eventual medida cautelar imposta, a menos que se possa justificar a ausência no interrogatório como indício claro de risco à aplicação da lei penal.

Por isso, e por que se trata de exercício de direito, a ele não se poderá impor nem a revelia, que significa a dispensa de intimações para os atos subsequentes, nem a restauração da prisão para aquele que se encontrar em liberdade provisória (art. 310, caput e seu parágrafo único).³⁴⁶

³⁴⁴ Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 443.

³⁴⁵ O CPP estabelece que o juiz fará várias perguntas ao réu que se dispõe a falar: Se a acusação é verdadeira; onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta; se conhece as provas contra ele apuradas, se conhece as vítimas e as testemunhas; se conhece o instrumento com que foi praticada a infração; todos os demais fatos que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração, além de informações sobre a sua vida pregressa; não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela (art. 187 do CPP).

³⁴⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 331-332.

Nesse contexto, tudo o que foi tratado na seção anterior referente ao direito ao silêncio do acusado tem aplicação substancial na fase do interrogatório, afastando-se as presunções e indícios desfavoráveis à defesa e acrescentando ao ato características essencialmente defensivas, haja vista que não há mais o ônus (obrigação), nem o dever de o réu fornecer qualquer elemento de prova que possa prejudicá-lo em sede de julgamento.

O direito processual penal brasileiro não tolera qualquer comportamento estatal para compelir o acusado a falar em juízo, reconhecendo-se o legítimo direito do acusado submetido a interrogatório de não cooperar com o Estado-Juiz na busca de esclarecimento dos fatos. O acusado não possui, portanto, qualquer “dever de colaboração na administração da justiça penal”.³⁴⁷

Especificamente com relação ao direito ao silêncio, após o advento da Constituição de 1988 esse direito foi plenamente assegurado, sem que nenhum prejuízo pudesse ser extraído de seu exercício.

Ao se analisar, contudo, o exercício do direito ao silêncio, de acordo com o modelo de interrogatório proposto pelo art. 188 do CPP, é possível distinguir, nesse aspecto, o silêncio total do silêncio parcial.

Pelo aspecto legal, o juiz possui o dever de presidir o ato, realizando os questionamentos ao réu, que pode respondê-los ou permanecer em silêncio, sem que isso lhe traga qualquer prejuízo. A atuação das partes será estritamente complementar, oportunidade em que o juiz as indagará se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes **se o entender pertinente e relevante**.

O exercício do silêncio parcial e seletivo do acusado desvirtua essa ritualística, visto que, uma vez deflagrado o interrogatório a partir da livre iniciativa do acusado, constitui papel do magistrado questionar, com vistas a esclarecer a versão dos fatos apresentada pelo réu durante o seu momento de exposição de fala.

A regra legal é clarividente ao demonstrar que, mesmo com as recentes alterações promovidas na legislação processual, principalmente no tocante ao interrogatório, o ato permanece sendo devidamente formatado à segurança de sua forma de produção e ao regime teleológico do processo, mantendo-se as características da judicialidade e oralidade, bem como o sistema presidencialista de inquirição, do qual o magistrado é o maior fiador.

³⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. v. 1. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda., 1974. p. 448.

Do mesmo modo, não se pode sustentar qualquer violação ao modelo acusatório³⁴⁸ de processo ao defender que o sistema presidencialista de inquirição rege o ato do início ao fim, cabendo ao magistrado a responsabilidade pela condução deste, servindo não apenas como mero interrogador, mas como alguém que realiza uma verdadeira filtragem nos questionamentos feitos ao acusado, visando evitar pressões desnecessárias que possam desvirtuar o ato e, principalmente, induzir eventuais respostas ofertadas por ele.

É por esse fundamento que o interrogatório possui tempo e modo de realização, exigindo a lei, caso o acusado opte por expor os seus argumentos, necessária interação pessoal entre ele e o magistrado, seguindo as legítimas balizas estabelecidas pela regra processual.

Não se pode, a pretexto de se exercer o direito ao silêncio, transformar o juiz em mero espectador, promovendo-se um discurso fechado e privado entre o acusado e o seu defensor, o que certamente excluiria do ato a legalidade e, conseqüentemente, as características da judicialidade e oralidade. Ao abrir mão do direito ao silêncio, o réu deve submeter-se ao rito processual adequado concernente ao interrogatório, e não estabelecer unilateralmente o modo e a forma com que ele e seu defensor pretendem conduzir o ato processual.

O desvirtuamento do silêncio parcial e seletivo do acusado fica mais evidente com a práxis processual estimulando a adoção de um procedimento de oitiva legalmente estabelecido para a colheita da prova testemunhal – sistema de inquirição direta –, que retira o protagonismo do juiz durante a oitiva de testemunhas e atribui às partes a gestão da prova.

Vamos além! O silêncio parcial e seletivo do acusado passa a adotar, ao alvedrio da lei processual, um modelo de inquirição que regulamenta um meio de prova,³⁴⁹ qual seja, a colheita da prova testemunhal, em um ato de natureza **essencialmente** de defesa.

³⁴⁸ Nesse sentido, acerca do sistema acusatório: “Em primeiro lugar, identificamos a obrigatória separação entre as figuras do acusador e do julgador, que aqui tratamos como a necessidade de um acusador distinto do juiz, o que corresponde ao princípio acusatório. O segundo elemento se refere a um particular efeito produzido pelo ajuizamento da acusação, que é determinar a abertura do processo. Isso implica dizer que a investigação criminal, no sistema acusatório, constitui-se em uma atividade de natureza administrativa, e que a abertura do processo acusatório significa, na verdade, igualmente o início do julgamento, com a apresentação de defesa e obtenção de provas. Os demais elementos, que poderão estar presentes nesse sistema, variam de acordo com a ideologia do momento histórico em que esse mesmo sistema esteja sendo construído. Com isso, o contraditório, a publicidade, a oralidade e outros tantos princípios, que hoje são classificados pela doutrina como indispensáveis a um processo justo, podem ser integrantes, mas não imprescindíveis para a configuração de um sistema como acusatório. Resumidamente, para um sistema processual ser qualificado dessa maneira, faz-se necessário que esses dois elementos fixos estejam sempre presentes. A ausência de um deles provocará uma mudança de categoria do sistema, demonstrando o acerto dos autores que alertam não se pode confundir princípio acusatório com sistema acusatório.” (ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 259).

³⁴⁹ “Os meios de prova são os instrumentos com os quais se leva ao processo um elemento útil para a decisão. São os instrumentos por meio dos quais as fontes de provas são conduzidas ao processo; o depoimento da testemunha, a perícia no instrumento do crime etc. Com exceção das provas pré-constituídas (por exemplo, os documentos), os demais meios de prova, era especial os decorrentes de fontes orais (testemunhas e vítimas),

Diferentemente do sistema presidencialista, que foi, repita-se, mantido pelo legislador no plano de interrogatório do réu, mesmo após as mudanças promovidas pela Lei n. 10.792/2003, no sistema de inquirição direta as partes formularão suas perguntas diretamente às testemunhas, possuindo o juiz o papel principal de fiscalizador do ato, sendo uma de suas atribuições justamente manter a regularidade do processo e a ordem nos atos respectivos, como se depreende do art. 251 do CPP, impedindo perguntas que possam induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Ocorre, no entanto, que o sistema adotado pelo legislador em relação à oitiva de testemunhas, até a modificação promovida pela Lei n. 11.690/2008, também era o presidencialista de inquirição,³⁵⁰ no qual as perguntas das partes seriam requeridas ao juiz e estas formularia à testemunha, o que era objeto de crítica da doutrina:

A mudança foi muito importante e adequada, para conformar o CPP à estrutura acusatória desenhada na Constituição que, como visto anteriormente ao tratarmos dos sistemas processuais, retira do juiz o protagonismo de instrução. As demarcar a separação das funções de acusar e julgar e, principalmente, atribuir a gestão da prova às partes, o modelo acusatório redesenha o papel do juiz no processo penal, não mais como juiz-ator (sistema inquisitório), mas sim de juiz-espectador. Trata-se de atribuir a responsabilidade pela produção da prova às partes, como efetivamente deve ser num processo penal acusatório e democrático.³⁵¹

A mudança legislativa buscou aproximar cada vez mais a práxis processual do modelo acusatório de processo ao adotar o sistema da inquirição direta, no qual a parte que arrolou a testemunha fará a sua inquirição e, posteriormente, assegurará o contraditório ao permitir que a outra parte também formule suas indagações.

O saudoso professor Marcellus Polastri Lima denominou essa atividade como sendo princípio da audiência contraditória, ao dispor que

[...] toda prova admite uma contraprova, e, no processo penal, deve ser produzida com o conhecimento da outra parte. A audiência, portanto, é bilateral, advindo nulidade se uma das partes não tiver ciência ou não tiver oportunidade de se manifestar sobre a prova produzida nos autos.³⁵²

deverão ser produzidos em contraditório judicial, na presença das partes e do juiz.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 382).

³⁵⁰ A antiga redação do art. 212 do CPP estabelecia: “As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022).

³⁵¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 474.

³⁵² LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 455.

Houve, portanto, uma explícita distinção estabelecida pelo legislador, que decidiu manter o modelo presidencialista de inquirição no âmbito do interrogatório do réu e, por outro lado, alterar o sistema de inquirição para a oitiva de testemunhas, convertendo-o no sistema direto.

Não há, no atual modelo, previsão legal ou constitucional para que a defesa proceda à instrução processual, presidindo o ato de interrogatório com a formulação de perguntas diretas ao acusado, sem qualquer interferência judicial. A partir do momento em que o réu, de antemão, manifesta a recusa prévia, genérica e peremptória em se dirigir ao juízo, ao Ministério Público, ao assistente de acusação e aos eventuais advogados de corréus, afirmando que responderá apenas às perguntas de seu patrono, **o ato público e oficial convola-se em privado**, ou seja, em uma audiência privada e bilateral entre o acusado e seu advogado.

Nesse contexto, impossibilita-se qualquer influência dos atores processuais, inclusive para exercerem o direito ao contraditório, exame cruzado, bem como às formulações livres de perguntas ao réu, retirando as suas devidas funções legais exercidas no âmbito do processo, o que, em última análise, transforma os presentes no interrogatório em verdadeiros “protagonistas conscientes de uma comédia” ao participarem de uma instrução atípica e ilegal realizada **intramuros** às custas do tempo e da estrutura estatal.

No procedimento penal brasileiro aceitar o silêncio seletivo e parcial do acusado é inaugurar a figura do **sistema de inquirição “tupiniquim”**, onde somente a defesa pergunta, sob a égide do *direct examination*, sem que haja a possibilidade do exercício do contraditório pelos demais atores processuais, incluindo o alijamento do próprio juiz de um ato que, segundo a lei, deve ser presidido por ele.

O sistema de inquirição direta, assegurado pelo *right of confrontation*, teve sua origem nos Estados Unidos, onde a lógica de produção de uma verdade a ser construída pelas partes no processo impõe uma série de regras.

O direito anglo-americano insere o *cross-examination* como um direito das pessoas acusadas; contudo, conforme mencionado na Seção 2, o acusado que se dispõe a dar o seu depoimento é considerado testemunha, ocasião em que também será examinado pela parte adversa, ou seja, será exposto ao *cross-examination*.

Com efeito, no direito anglo-americano o perito e o acusado, bem como a vítima, estão inseridos na categoria testemunhas, ou seja, quando o acusado decide prestar depoimento, ele coloca sua credibilidade em jogo, por isso o *cross-examination* sobre o acusado se torna

relevante para a promotoria provar a falsidade das evidências da defesa, podendo refletir sobre o acusado, dando publicidade à sua falta de credibilidade.³⁵³

Retornando à realidade brasileira, ainda acerca do sistema direto de inquirição, leciona Antonio Magalhães Gomes Filho:

No *cross-examination* evidenciam-se as vantagens do contraditório na coleta do material probatório, uma vez que, após o exame direto, abre-se à parte contrária, em relação à qual a testemunha é presumidamente hostil, um amplo campo de investigação. No exame cruzado, é possível fazer-se uma reinquirição a respeito dos fatos já abordados no primeiro exame (*cross-examination as to facts*), como também formular questões que tragam à luz elementos para a verificação da credibilidade do próprio depoente ou de qualquer outra testemunha (*cross-examination as to credit*).³⁵⁴

A práxis jurídica brasileira, portanto, ao adotar o silêncio seletivo e parcial, pretende transformar o sistema presidencialista de inquirição do acusado em um **sistema direto manco**, onde somente a defesa do próprio acusado pode perguntar, convertendo o interrogatório em um ato infenso a qualquer manifestação ou interferência dos demais atores processuais (juiz, órgão acusatório e defensores de corréus).

Não há dúvida de que tal fato conduz a paradoxos que, em razão da ausência de uma lógica sistemática, somados ao estímulo de se descumprir a legislação em vigor, sob a égide de interpretações equivocadas, conduzem à incerteza sobre a definição e o efetivo papel das garantias processuais e constitucionais.

4.3 Consequências do descumprimento normativo do art. 188 do CPP na prática institucional brasileira

A garantia contra a autoincriminação só foi efetivada no Brasil em sua plenitude com a Constituição de 1988, cujo art. 5º, LXIII, inspirado pela V Emenda da Constituição Norte-Americana, é categórico ao dispor que: “o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.³⁵⁵

Por sua vez, o art. 186 do CPP, modificado em 2003, com a edição da Lei n. 10.792, também introduziu um parágrafo único no dispositivo, adequando o interrogatório à nova

³⁵³ PACIOCCO, David; STUESSER, Lee. *The Law of Evidence*. 3. ed. Toronto: Irwin Law, 2002. p. 345.

³⁵⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei n. 11.690, de 09.06.2008. In: ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 286.

³⁵⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

ordem constitucional ao prever que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.³⁵⁶

No tocante à **valoração do silêncio**, Claus Roxin adverte que “o silêncio do acusado não pode ser considerado como prova contra si, ainda no caso pouco provável de que uma pessoa totalmente inocente se ceda em uma situação determinada.”³⁵⁷

Alguns autores sustentam, desse modo, que o direito ao silêncio deve ser protegido de modo absoluto, considerando inconstitucional qualquer interpretação contra a defesa, devendo ser assegurado ao acusado o seu exercício sem que se possa extrair do silêncio qualquer valoração em prejuízo da defesa.³⁵⁸

Perfilhando dessa corrente, Guilherme Nucci afirma que “a imunidade constitucional [do direito ao silêncio e à não autoincriminação] prevalece sobre todos os preceitos ordinários, não podendo importar em prejuízo para o acusado, sob qualquer prisma.”³⁵⁹

Conclui o referido autor que “a formação de convencimento do magistrado deve concentrar-se em qualquer prova lícita, distanciando-se do direito de se calar”,³⁶⁰ e que o direito ao silêncio decorre de um instinto de preservação do indivíduo, fundamentando-se na dignidade da pessoa humana.

Seguindo esse mesmo entendimento, Aury Lopes Jr.³⁶¹ afirma que do exercício do direito ao silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo ao imputado, principalmente porque está assegurado, sem qualquer reserva, na Constituição Federal de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

³⁵⁶ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

³⁵⁷ ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni Editores, 2004. p. 89. Tradução livre.

³⁵⁸ Nesse sentido, NEVES, Serrano. *O direito de calar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 42; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 78-79; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 40; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 370; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 226; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 598; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAIS, Maurício Zanoide de. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 6, p. 136, abr.-jun. 1994; QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 110-114; ROSSETO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 156; SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999. p. 263; BINDER, Alberto. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003. p. 135.

³⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 342.

³⁶⁰ Idem, p. 342.

³⁶¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 462.

Denota-se, dessa maneira, que o entendimento doutrinário dominante assegura que o direito ao silêncio, enquanto estratégia defensiva e mecanismo para o exercício da autodefesa, não pode ser utilizado para corroborar outras provas trazidas aos autos, sob pena de violação do *nemo tenetur se detegere*, inversão do ônus da prova, e, até mesmo, violação à dignidade da pessoa humana.

Esse entendimento também é adotado em Portugal, em razão de lei³⁶² cujo conteúdo normativo proibiu a sua valoração contra o arguido, a fim de se evitar um indesejável *privilegium odiosum*.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, no caso *Doyle v. Ohio*, [426 US 610 (1976)],³⁶³ manteve-se alinhada ao seu entendimento em *Miranda v. Arizona* [384 U.S. 436, (1966)], decidindo que o silêncio mantido pelo réu no momento da prisão não poderia ser interpretado como indício de culpa, pois seria injusto, depois de lhe dar a advertência, usar o seu silêncio para questionar uma explanação dos fatos que ele tenha ofertado ao tribunal.

Por outro lado, há corrente doutrinária que sustenta a possibilidade de se interpretar o silêncio em prejuízo da própria defesa (art. 305 do Código de Processo Penal Militar – CPPM), permitindo-se, ainda, que o silêncio possa constituir elemento para a formação do convencimento do juiz, de acordo com o previsto no arts. 198 do CPP e 308 do CPPM.

No direito inglês, onde o direito foi por muito tempo liberal, o *Criminal Justice and Public Order Act*, de 1994, estabeleceu, em sua seção n. 35, a possibilidade de se fazerem inferências a partir do silêncio do acusado que prefira se calar sem boas razões para tal. Outras seções também limitam o direito de silenciar: **i)** a seção n. 34 prevê a possibilidade de interpretar em desfavor do acusado o seu silêncio em relação a fato ou circunstância importante para sua defesa, devendo ter sido ele advertido a esse respeito; **ii)** a seção n. 36 permite a valoração negativa no tocante ao silêncio sobre questões referentes a objetos ou substâncias que estavam em poder do acusado, bem como sobre sua presença no local em que foi preso; **iii)** a seção n. 37, por fim, permite seja valorado o silêncio do acusado quando deixar de responder perguntas atinentes à sua presença no lugar e tempo em que ocorreu o crime.³⁶⁴

³⁶² CPP, Lei n. 59/1998, art. 343, 1: “Declarações do arguido – 1 – O presidente informa o arguido de que tem direito de prestar suas declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objeto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo”.

³⁶³ LEWIS, Peter W. *Criminal Procedure: the Supreme Court's view*. St. Paul: West Publishing Co, 1979. p. 387-388.

³⁶⁴ Cf. ASHWORTH, Andrew. *The criminal process: an evaluative study*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1998. p. 99-103.

Essa orientação do sistema inglês foi reconhecida pela Corte Europeia dos Direitos do Homem, no julgamento *Beckles v. United Kingdom*,³⁶⁵ decidindo a Corte que pode o magistrado deixar o júri fazer inferências a partir do silêncio do acusado. Entretanto, deve este magistrado, primeiramente, demonstrar todas as etapas anteriores do procedimento que possam levar à conclusão de que o silêncio do acusado é genuíno e destituído de admissão de culpa.

No Brasil, João Claudio Couceiro,³⁶⁶ em obra específica acerca do tema, indaga se os efeitos atribuídos aos arts. 198 do CPP e 308 do CPPM, que preveem a possibilidade de o juiz interpretar livremente o uso do direito ao silêncio pelo acusado, são ou não inconstitucionais, conclusão que depende, segundo o autor, de uma análise prévia acerca das características dos direitos fundamentais, a partir de uma análise subjetiva e de valores constitucionais.

O autor, citando José Carlos Vieira de Andrade, afirma que os direitos fundamentais não são absolutos, nem ilimitados; não o são na sua dimensão subjetiva, posto que os preceitos constitucionais não remetem ao arbítrio do titular da determinação do âmbito e do grau de satisfação do respectivo interesse,³⁶⁷ e não o são, também, como valores constitucionais, visto que a comunidade não se limita a reconhecer o valor da liberdade: liga os direitos a uma ideia de responsabilidade social e integra-os ao conjunto dos valores comunitários.³⁶⁸

Couceiro ainda defende que, por se tratar o direito ao silêncio de norma constitucional de eficácia contida, nada impede que o legislador ordinário autorize o juiz a interpretar livremente o uso de tal direito pelo acusado, entendendo, desse modo, pela constitucionalidade do art. 198 do CPP. Ainda, dispõe o autor que

isso não significa permitir uma condenação fundada exclusivamente no silêncio do acusado, mas sim permitir que seja o mesmo confrontado com as demais provas produzidas, para se fundamentar uma conclusão.

Outro entendimento, negando ao juiz a possibilidade de apreciar livremente a prova, ultrapassaria a mera proibição de valoração de provas, representando verdadeira intromissão do Poder Legislativo na atividade do Poder Judiciário (ofendendo, por tal razão, o princípio da separação de poderes) – seria como permitir que uma lei determinasse que, nos casos em que a vítima não reconhecesse o acusado como autor do crime, este devesse necessariamente ser absolvido. Afinal, não há um direito a não se interpretar o silêncio do acusado contra o mesmo, mas sim apenas um direito a não ser compelido a prestar declarações.

³⁶⁵ VITKAUSKAS, Dovyidas; DIKOV, Grigory. *Protecting the right to a fair trial under de European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe, 2012. p. 65-66. Disponível em: <https://rm.coe.int/16806f15fa>. Acesso em: 27 jun. 2022.

³⁶⁶ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 174-177.

³⁶⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 213 *apud* COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 176-177.

³⁶⁸ Idem, *ibidem*.

[...]

Por fim, mencione-se que, se o jurado, no Tribunal do Júri, pode interpretar o silêncio do acusado, quando interrogado no plenário, contra o mesmo, por que restringir a atuação do juiz, que, em princípio, é dotado de maior capacidade técnica para julgar?

[...]

Melhor seria que o legislador, querendo impedir a valoração do direito ao silêncio, concedesse à defesa a opção de requerer o interrogatório do acusado, de forma que este só poderia ser realizado por provocação da mesma. Não o fez, de forma que, ao determinar a obrigatoriedade do interrogatório, o legislador efetivamente considerou a possibilidade de se valorar o comportamento do agente.

Tal interpretação é a que mais se harmoniza com o nosso sistema processual, já bastante truncado, não se podendo deixar de mencionar, aqui, que um sistema casuísta não é um sistema, mas um “repositório de vaidades”, daqueles que pretendem reformulá-lo a qualquer preço.³⁶⁹

Desse modo, tolher o juiz competente de analisar qualquer condição ou circunstância é revogar o princípio do livre convencimento do juízo e fragilizar o também constitucional devido processo legal.

Defendendo o mesmo posicionamento, porém, com argumentos diferentes, Edilson Mougenot Bonfim sustenta ser impassível de dúvida que o silêncio influencia o operador do direito destinatário da prova na formação do seu convencimento:

É praticamente unânime na psicologia judiciária penal o entendimento de que depõe contra o acusado, como indício incriminador, o seu silêncio ao ser interrogado. Esse *quid* de desconfiança do julgador ante o silêncio do réu não há código no mundo que o suprima, como não há lei formal que o institua... é a experiência irreversível da humanidade que aprendeu, empiricamente, a descobrir e a sentir “culpados” e “inocentes”, ainda quando estes nada falam.

É por isso que “ainda creio na lógica, operando sobre dados empíricos e podendo fazê-los decuplamente render”, como proclamado pelo sergipano Tobias Barreto.³⁷⁰

Para o mencionado autor, a realidade triunfa sobre a utopia e, à luz da psicologia judiciária penal, nada justifica o silêncio resoluto de um inocente: “por que se cala o acusado se não é mudo? Se é inocente, por que ele próprio não o diz?”³⁷¹

Por fim, há, também, aqueles que entendem ser preciso distinguir o silêncio total do silêncio parcial do acusado, com vistas a se aferir a possibilidade de que consequências prejudiciais ao acusado sejam retiradas.

Vale lembrar, por oportuno, que essa diferenciação jamais ocorreria no sistema anglo-americano, pois, nele, ou o acusado permanece em silêncio e nada diz, ou, resolvendo depor, por vontade própria, o faz como testemunha, sob o compromisso de dizer a verdade, sob pena

³⁶⁹ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 179-183. Destacou-se.

³⁷⁰ BONFIM, Edílson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 240-241.

³⁷¹ Idem, p. 240.

de responder pelo crime de perjúrio, possibilitando, ainda, que a inquirição seja de ambas as partes, defesa e acusação, no sistema do *direct examination* e do *cross-examination*.

Na Alemanha, a jurisprudência atual, modificando entendimento anterior, no sentido que não havia nenhuma limitação ao princípio da livre apreciação das provas pelo juiz, passou a entender que nada pode ser extraído do **silêncio total** do réu, mesmo sendo improvável que uma pessoa indubitavelmente inocente permaneça completamente em silêncio ao ser acusada da prática de um crime:

En un principio, la jurisprudencia alemana admitía considerar el silencio del inculpado como un indicio de su culpabilidad (BGHSt 1,366). Pero, con razón, hoy es de la opinión de que el principio del «fair trial» exige negar cualquier valor probatorio al silencio del procesado. Esto vale, no sólo cuando el procesado guarda total silencio o niega su autoría, sino también cuando se niega a declarar ante la Policía o en cualquier otro momento concreto. El silencio tampoco podría ser valorado negativamente en el caso, poco probable, de que fuera una persona completamente inocente quien callara en esa concreta situación.³⁷²

Por outro lado, a jurisprudência alemã posiciona-se favoravelmente à possibilidade de se deduzir conclusões do **silêncio parcial** em prejuízo do acusado, em que a ausência de resposta a uma ou outra pergunta durante o interrogatório judicial autoriza a extração de inferências prejudiciais ao réu, sem que haja violação à norma constitucional:

La jurisprudencia alemana admite sólo una limitación: pueden derivarse consecuencias desfavorables cuando alguien, en un principio, declara y guarda silencio sólo respecto a puntos particulares, o no contesta ciertas preguntas (BGHSt 20, 298). Estoy de acuerdo con esta solución y no veo en ella ninguna forma de obligar a una auto-incriminación. Ya que, quien declara voluntariamente, se somete, también de manera voluntaria, a una valoración de su declaración. No obstante, a la hora de realizarse esta valoración, debe apreciarse en su conjunto la conducta del procesado, es decir, se debe tener en cuenta qué ha dicho y qué no ha dicho, y sobre esto, se han de deducir las respectivas conclusiones.³⁷³

No Brasil, diante das constantes incongruências criadas na prática institucional, é necessário fazer uma distinção, pois o acusado pode silenciar parcialmente em relação às perguntas feitas pelo juiz, seguindo a regularidade do sistema presidencialista, havendo previsão legal para tanto, ou pode adotar a postura atípica e ilegal do silêncio parcial e seletivo, se recusando a responder às perguntas de qualquer dos atores processuais, salvo as formuladas pela sua defesa – o denominado silêncio tupiniquim. Em ambas as hipóteses o seu interrogatório

³⁷² ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. de Carmen Gomez Rivero e María del Carmen Garcia Cantizano. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000b. p. 123-124.

³⁷³ Idem, p. 124.

será objeto de apreciação pelo julgador, inclusive com a possibilidade de prejudicá-lo diante das circunstâncias evidenciadas.

A partir do momento em que o acusado abre mão do seu direito constitucional ao silêncio e resolve falar, legítimo que o exercício do silêncio parcial, incluindo, nesse conceito, a figura anômala do silêncio parcial e seletivo, pode ser levado em consideração pelo juiz na sua livre apreciação das provas produzidas no processo.

Se, por um lado, é cabível entender, assim como Bento de Faria³⁷⁴ – desde 1942 –, não ser possível deduzir nenhum elemento positivo de prova, nem ser admissível a aplicação de qualquer sanção em virtude de o réu ter permanecido em silêncio, sob pena de violar a liberdade de declaração do acusado sobre a qual se assenta o princípio contra a autoincriminação, não se pode dizer o mesmo em relação ao silêncio parcial, em que o juiz poderá livremente analisar o conteúdo do interrogatório de acordo com a consistência lógica e a verossimilhança do alegado.

Assim, ao abrir mão do silêncio absoluto – ensejador do imediato encerramento do interrogatório e da impossibilidade de se formar o convencimento a partir do completo mutismo –, o acusado assume uma posição ativa, de fala no processo, ainda que exclusivamente para responder às perguntas de seu advogado, sendo possível que essa postura seletiva influencie na formação do convencimento judicial.

Desse modo, uma vez deflagrado a partir da livre iniciativa do acusado, o interrogatório, pelo princípio da comunhão das provas, incorpora-se ao acervo probatório do processo, possibilitando que o órgão julgador considere, no seu convencimento, a falta de argumentos plausíveis para rebater determinados fatos imputados contra si, as contrariedades nas respostas apresentadas, bem como a fragilidade das declarações prestadas pelo acusado.

Essa prática *contra legem* do direito parcial e seletivo do acusado, desse modo, não raras vezes, mais prejudicará do que beneficiará o réu, pois todas as circunstâncias de seu argumento defensivo serão levadas em consideração pelo magistrado, que, não obstante a impossibilidade de valorar o silêncio, poderá reconhecer a inconsistência do conjunto da autodefesa, ainda mais porque não teve qualquer oportunidade de questionar o acusado acerca de eventuais omissões ou contradições em seu depoimento.

Eugênio Pacelli, ao dispor acerca do tema, assevera que:

O art. 186 do CPP afirma o direito ao silêncio e o de não responder as perguntas que lhe forem formuladas, assegurando também que o silêncio não importará confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Ora, que o silêncio não deve ser valorado explica-se pelo fato de que a idoneidade probatória de semelhante postura, para fins da construção da certeza judicial, é de uma pobreza franciscana. Ademais ao

³⁷⁴ FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942. p. 247.

assegurar-se o direito ao silêncio, preserva-se a integridade física e psíquica do réu, na medida em que este pode vir a ser constrangido, moral ou fisicamente, a apresentar uma versão coerente com os interesses acusatórios, na hipótese de inexistência desse direito. Afinal, quem se vê obrigado a dizer algo, pode se ver compelido a dizer algo já determinado.

Mas tudo o que dissemos acerca da valoração da consistência lógica e verossimilhança das alegações do acusado na autodefesa ativa pode ser aqui reafirmado, com as seguintes restrições:

a) se há o direito a não responder perguntas (sem especificação, no que se refere à totalidade ou individualidade delas), o silêncio em relação a elas, ou a algumas delas, não poderá ser valorado em prejuízo da defesa;

b) todavia, como não existe também uma obrigação legal à aceitação da veracidade do depoimento do acusado, o juiz poderá livremente desconsiderar a idoneidade probatória de uma versão defensiva que se mostre desconectada de sentido ou de lógica argumentativa, o que fatalmente ocorrerá quando o réu passar a escolher as perguntas de sua preferência. Mais que isso: quando ele não conseguir, satisfatoriamente, responder a uma indagação que esteja a questionar uma afirmação anterior. Nesse caso, não se cuidará de valoração do silêncio, mas de reconhecimento da inconsistência do conjunto da autodefesa.³⁷⁵

Exercido o direito de autodefesa ativa, ou seja, tendo optado o acusado pela manifestação em interrogatório, submetendo-se às perguntas que lhe forem dirigidas, ainda que, repita-se, somente pela sua defesa, parece-nos irrecusável a conclusão no sentido de que a versão dos fatos por ele apresentada poderá ser livremente valorada pelo juiz, do mesmíssimo modo que ocorre em relação à valoração de qualquer peça defensiva escrita.

A **fiabilidade do interrogatório** do acusado nos casos em que se exerce o silêncio parcial deve ser objeto de análise pelo órgão julgador na fase decisória, evidenciando na sentença, em conjunto com os demais elementos probatórios, as omissões, lacunas e contradições deixadas pelo réu pelo caminho de sua estratégia defensiva, formando a sua lógica decisória na contrariedade das respostas, consignando nos autos a devida motivação de seu *sentire*.

Todavia, importante ressaltar que não é porque o acusado se utilizou da estratégia do silêncio parcial que a sua versão acerca dos fatos é inverídica; a prática do ato em si não pode sopesar em seu desfavor, mas sim o conteúdo do que for explanado por ele, o que justifica a necessária atenção do juiz nas declarações do acusado, pois todos os elementos serão sopesados no momento de prolatar a decisão; o mesmo raciocínio se aplica em relação ao silêncio parcial e seletivo que, não obstante a sua ausência de previsão normativa, é amparado por decisões monocráticas recentes do STJ em sede de *habeas corpus*:

Em verdade, as causas desse silêncio parcial podem ser tão diversas que não é possível estabelecer um critério geral de interpretação. Deve-se, ponderar, cuidadosamente, se não foram razões inocentes que moveram o acusado a permanecer silente, ainda que

³⁷⁵ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Versão *e-book*. Destacou-se.

o mutismo seja resultado de evidentes contradições. Não se deve sobrestimar a importância do silêncio parcial como sinal de culpabilidade, tão menos tomá-lo como argumento principal da prova da responsabilidade.

[...]

A melhor orientação, portanto, é a análise de cada caso em que o silêncio se manifestou parcialmente, sem critérios de interpretação rígidos e apriorísticos, tomando o cuidado de não confundir o calar entremeado por afirmações contraditórias com a constatação da responsabilidade penal.³⁷⁶

O que poderá ocorrer, portanto, na fase do julgamento da causa, é a valoração do depoimento prestado no interrogatório, **ainda que negativa ou prejudicial aos interesses do réu**. Esse reconhecimento probatório, aliás, ocorrerá do mesmo modo que compete ao julgador apreciar livremente o conteúdo de todo o material articulado nos autos, seja pela defesa ou pela acusação, para o fim de formação de seu convencimento.

Prosseguindo, outra consequência pertinente advinda do silêncio parcial e seletivo do acusado no âmbito do processual refere-se à análise acerca da existência ou não do **crime de abuso de autoridade** nas seguintes situações descritas: **i)** quando o juiz, como presidente do ato de interrogatório, orienta o réu de que as perguntas deverão, inicialmente, ser formuladas por ele para, em seguida, em caráter complementar, ser formuladas pelas partes, não se esquecendo, porém, do sistema presidencialista de inquirição; **ii)** quando o juiz se nega a continuar o ato de interrogatório após o réu manifestar a sua intenção de responder somente às perguntas de seu advogado (exercício do silêncio parcial e seletivo).

Além dessas situações específicas, há outra hipótese em que o exercício do silêncio parcial e seletivo pode gerar discussão acerca da prática do crime de abuso de autoridade: quando o membro do Ministério Público, diante de manifestação do acusado, no sentido de responder somente às perguntas de seu defensor, postula, em audiência, pela formulação e apresentação dos questionamentos que faria ao réu, caso ele optasse por declarar a sua versão dos fatos, para que conste em ata, exercendo, portanto, o influxo do contraditório no ato.

O art. 15, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/2019³⁷⁷ (dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade), pune o agente ou autoridade que prossegue com o interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio.

³⁷⁶ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000. p. 161.

³⁷⁷ “Art. 15. Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório: **I** - de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio.” (BRASIL. *Lei n. 13.869, 5 de setembro de 2019*. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília:

Vale mencionar que o parágrafo único do art. 15, incisos I e II, havia sido vetado pelo Presidente da República, sob o seguinte argumento:

O dispositivo proposto gera insegurança jurídica e contraria o interesse público ao penalizar o agente pelo mero prosseguimento do interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o seu direito ao silêncio, embora o interrogatório seja oportunidade de defesa, pode ser conveniente à pessoa o conhecimento das perguntas formuladas, bem como exercer o silêncio apenas em algumas questões, respondendo voluntariamente às demais, cuja resposta, a ser exclusivo juízo, lhe favoreçam. Além disso, a falta de assistência por advogado ou defensor público durante o interrogatório não deve ser criminalizada, uma vez que se trata de procedimento administrativo de natureza inquisitiva e não configura falta de defesa ao indivíduo.³⁷⁸

O veto presidencial foi rejeitado pelo Congresso Nacional.

Cumprido destacar que o mencionado dispositivo deve ser interpretado de acordo com o previsto no art. 1º, § 1º,³⁷⁹ da mencionada legislação, pois imprescindível a prova do **dolo específico** para configuração do tipo penal.

Desse modo, além da consciência e da vontade de realizar as condutas descritas na lei, o agente público deve agir com a **finalidade específica** (elemento subjetivo especial) de, alternativamente: **a)** prejudicar outrem; **b)** beneficiar a si mesmo ou a terceiro; **c)** por mero capricho; **d)** por satisfação pessoal.

Bem por isso, leciona Renato Brasileiro de Lima:

A tutela penal dos crimes previstos na Lei n. 13.869/19 pretende, na realidade, abranger dois aspectos distintos (**crime pluriofensivo**): em primeiro lugar, visa proteger, a depender do crime em questão, a liberdade de locomoção (v.g., arts. 9º, 10, 12, etc.), a liberdade individual (v.g. arts. 13, 15, 18, etc.), o direito a assistência de advogado (v.g. arts. 20, 32, etc.), a intimidade ou a vida privada (v.g., arts. 22,28,38); em segundo, objetiva garantir o bom funcionamento do Estado, bem como o dever do funcionário público de conduzir com lealdade e probidade, preservando-se, assim, princípios básicos da Administração Pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, *caput*).

O abuso de poder ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência (excesso de poder) ou quando pratica um ato com finalidade diversa daquela que decorre explícita ou implicitamente da lei (desvio de poder). Em ambas as hipóteses, a tipificação do delito está condicionada, como deixa de antever o *caput* do art. 1º, ao fato do agente público praticar a conduta em questão **no exercício de suas funções ou pretexto de exercê-las**.

[...]

Presidência da República, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 21 set. 2022).

³⁷⁸ Cf. LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal comentada*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 119.

³⁷⁹ “Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído. § 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.” (BRASIL, op. cit.).

Firmadas essas premissas, parece não haver dúvida quanto à presença de um **elemento subjetivo específico** em relação aos crimes de abuso de autoridade previstos na Lei n. 13.869/19, pelo menos em regra. Isso porque, consoante disposto em seu art. 1º, §1º, as condutas ali descritas constituem abuso de autoridade quando praticadas pelo agente **com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal**. Como se percebe, diversamente do que geralmente ocorre na redação de tipos penais, em que esses elementos subjetivos específicos constam da redação típica de cada delito (v.g. estelionato – **para si ou para outrem**), o legislador houve por bem inserir, logo no art. 1, §1º, da lei n. 13.869/19, uma norma penal de extensão que abrange, pelo menos em regra, todas as figuras delituosas previstas no novo diploma normativo. Sua presença (ou não), portanto, será de todo relevante para diferenciar o agente que cometeu um erro, ou mesmo uma ilegalidade de boa-fé, é dizer, sem o propósito deliberado de abusar das prerrogativas que lhe foram atribuídas, daquele que agiu com a intenção inequívoca de se exceder no exercício das suas funções para atingir uma das finalidades ali enumeradas.³⁸⁰

Por sua vez, para a subsunção do fato ao tipo penal descrito no art. 15, parágrafo único, inciso I, não é necessário que ocorra o **constrangimento sob ameaça de prisão**, tal qual se dá com a figura criminosa descrita no *caput* do mesmo dispositivo, pois constituem módulos de constrangimento distintos.

Há de se fazer, no entanto, uma importante distinção, pois, ao deter a responsabilidade de informar ao réu acerca de seus direitos constitucionais, incluindo o direito ao silêncio, possibilitando que ele o exerça na 2ª parte³⁸¹ de seu interrogatório, o juiz deve cientificar o acusado do inteiro teor da acusação, bem como informá-lo, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder a qualquer pergunta que lhe for formulada (Avisos de Miranda). **Tem-se, a partir desse momento, duas circunstâncias fáticas:**

O acusado pode adotar o silêncio total, circunstâncias em que não há motivos para se permitir que qualquer dos atores processuais ofertem perguntas a ele, ainda que sob a justificativa de apenas constar em ata; de fato, não se mostra necessário consignar as perguntas não respondidas e expor as razões da opção por permanecer calado. Como afirma Câmara Leal,³⁸² do silêncio do acusado nada se pode inferir contra si, nem a seu favor, de modo que não oferece qualquer base de convencimento para o juiz.

No mesmo sentido sustenta Maria Elizabeth Queijo:

³⁸⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal comentada*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 55-56. Grifos no original.

³⁸¹ O interrogatório é dividido em duas partes (inteligência do art. 186 do CPP). A etapa inicial diz respeito à qualificação do interrogado, em que ele deve responder aos questionamentos feitos pelo julgador sob pena de, em caso de mentir, ser responsabilizado pelo crime de falsa identidade (artigo 307 do CP). A segunda fase do interrogatório concerne efetivamente aos fatos apurados, e somente nela incide o direito ao silêncio.

³⁸² LEAL, Antônio Luiz Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. p. 495.

Outra questão relevante diz respeito à consignação das perguntas que o acusado deixou de responder e das razões que alegou para tanto.

Tal consignação foi prevista no art. 191 do diploma processual 10.792/2003, que suprimiu esse dispositivo. Contudo, não se compatibilizava ele com o princípio *nemo tenetur se detegere* e com o próprio direito ao silêncio.

A consignação das perguntas, com relação às quais o acusado exerceu o direito de calar, permitia extrair elementos para a valoração do silêncio do acusado, ainda que esses elementos não fossem declinados na fundamentação da sentença. Aliás, outra não poderia ser a razão para que se viessem a consignar as perguntas não respondidas. Qual outra finalidade haveria em tal expediente?

Dessa forma, a modificação no Código de Processo Penal opera por meio da Lei n. 10.792/2003, ao suprimir a previsão de consignação de perguntas não respondidas pelo acusado, impede que do silêncio do acusado se extraia consequência prejudicial, tutelando amplamente o *nemo tenetur*.

Com maior razão ainda restaria violado o direito ao silêncio, se o acusado fosse compelido a fornecer as razões pelas quais deixou de responder a uma pergunta. Deve-se observar, primeiramente, que o exercício de um direito não precisa ser justificado por seu titular. Por outro lado, restaria esvaziado por completo o direito ao silêncio do acusado se tivesse ele de declinar as razões para calar. É que, ao fornecer referidas razões, o acusado declinaria do direito ao silêncio, passando a responder à pergunta diretamente.

Não obstante a alteração legislativa ocorrida, há autoridades que persistem na consignação das perguntas não respondidas pelo acusado, à míngua de dispositivo que ampare esse procedimento, pois já não subsiste a dicção original do art. 191 do Código de Processo Penal, colidindo ainda com o disposto no art. 5º, LXII, da Constituição Federal.³⁸³

Uma vez feita a opção livre e voluntária pelo direito ao silêncio absoluto, portanto, não cabe aos atores processuais formular perguntas uma após a outra para apenas registrá-la nos autos, como que para incitar ou pressionar o réu a respondê-las, em flagrante desrespeito à norma constitucional do *nemo tenetur*. É nesse contexto, afinal, que pode ser caracterizada a figura típica do art. 15, parágrafo único, I, da Lei n. 13.869/2019, desde que evidenciado, logicamente, o elemento subjetivo especial do art. 1º, § 1º, da referida lei.

Outra possibilidade dirigida ao acusado é que ele poderá responder aos questionamentos formulados pelo juiz, após as formalidades próprias do ato (qualificação e advertência), utilizando-se do silêncio parcial em relação a algumas perguntas, inclusive em relação às perguntas complementares das partes, sem que isso desvirtue a natureza do ato.

Obviamente que, obedecendo aos critérios estabelecidos pelo art. 188 do CPP, principalmente em relação ao sistema presidencialista de inquirição, nada impede que o acusado deixe de responder determinadas perguntas dirigidas a ele pelo juiz; trata-se do típico exercício do silêncio parcial, este sim, válido e possível.

Em relação a este silêncio parcial, no entanto, considerando que o réu se dispôs a falar, mesmo selecionando as perguntas as quais pretende responder, entendemos que se iniciou o ato

³⁸³ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 259-260.

de interrogatório com a plena autorização do acusado, sem que seja possível, nesse contexto, proibir os sujeitos processuais de constarem os seus questionamentos não respondidos pelo acusado em ata, **até pela possibilidade de se valorar o silêncio parcial do acusado.**

Vejamos o seguinte exemplo, apresentado por Carlos Henrique Borlido Haddad, que ilustra essa situação:

O interrogando, diante das perguntas que lhe são feitas, pode não encontrar a adequada resposta, revelando flagrante contrariedade nas anteriores declarações. Se o silêncio é intercalado entre uma pergunta e outra, nascendo uma omissão à resposta pela falta de argumentos, aliada à fragilidade das declarações, é possível considerar tais circunstâncias na formação do convencimento do juiz. Compreende-se porque o acusado nega ter premeditado o crime, mas não se entende por que negue ter visto uma testemunha no local, tão menos procura ele explicar. Ao ser questionado onde estava no momento do delito, é apresentado um falso álibi que, em seguida, é desacreditado pelas próprias declarações subseqüentes e, quando a autoridade interrogante insiste em descobrir a verdadeira resposta, o acusado recorre ao silêncio. É o que se chama discurso lacunar. [...]. Caberá ao juiz pôr em evidência as gritantes contradições, através do que Carrara chama interrogatório imputativo, e formar seu convencimento tendo em vista a contrariedade das respostas associada ao silêncio parcial, desde que consigne nos autos o incidente e que os efeitos sejam motivadamente expostos na decisão.³⁸⁴

Caso o acusado, a partir da segunda etapa de seu interrogatório, exteriorize a sua vontade de responder apenas aos questionamentos de seu defensor (silêncio seletivo e parcial), cabe ao magistrado orientar a defesa técnica acerca do modelo de inquirição adotado pelo CPP, bem como das consequências que o silêncio parcial e seletivo pode trazer ao acusado, principalmente em relação à valoração judicial do ato.

Em caso de insistência da defesa, não há qualquer regramento que impeça o magistrado de encerrar o ato, face à completa dissonância entre a lei e a pretensão defensiva, inexistindo crime de abuso de autoridade nessa hipótese.

Todavia, caso o magistrado autorize a realização do interrogatório do acusado para que ele responda somente ao seu defensor, nada impede que o membro do Ministério Público, o assistente de acusação ou o advogado de corréu tenham os seus pedidos deferidos, para que os questionamentos a serem feitos ao réu sejam lançados na ata de audiência.

Conforme clássica lição de José Afonso da Silva, citando José Frederico Marques, a garantia do processo legal significa a utilização

[...] de formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem

³⁸⁴ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000. p. 160-161.

jurídica. **E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.**³⁸⁵

Realmente, ao fornecer **livremente** informações no exercício do silêncio parcial e seletivo, o acusado está assumindo uma postura ativa, ao contrário da redação configuradora do crime de abuso de autoridade (art. 15, parágrafo único, I), razão pela qual suas declarações devem ser submetidas ao necessário contraditório, ainda que apenas para constar em ata os questionamentos que seriam feitos a ele pelos demais atores do processo.

³⁸⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 432. Destacou-se.

5 CONCLUSÕES

O postulado maior do *nemo tenetur se detegere*, em seu duplo aspecto da vedação à autoincriminação e do direito ao silêncio, reflete uma conquista civilizatória das sociedades democráticas. A importância do princípio, muitas vezes não exteriorizada nas discussões sobre a constitucionalidade dos institutos e das leis, é tamanha que, em conjunto com o princípio da presunção de inocência, forma a base axiológica de todo o sistema processual penal democrático.

Uma vez superado o modelo inquisitivo de processo, revigora-se o sistema acusatório com a conseqüente transformação da legislação penal, que ajusta a posição do indivíduo para torná-lo sujeito de direito, passando a punição a ter menos caráter de defesa social e mais de controle e reforma psicológica e moral das atitudes e do comportamento dos indivíduos.

O Estado, exercendo o monopólio judicial através do sistema acusatório, sobrelevou os direitos individuais, ao contrário do procedimento inquisitivo, que sempre privilegiou o interesse punitivo. Com o sistema acusatório, passou-se a defender o réu da ingerência onipotente do Estado em sua liberdade.

A efetivação da garantia contra a autoincriminação coincide com a prevalência do sistema acusatório sobre o inquisitorial, no *civil law*, e com a implementação do sistema adversarial, no *commow law*, com a fórmula anglossaxônica do *privilege against self-incrimination*; nesse contexto, os elementos estruturais do *nemo tenetur se detegere*, do direito ao silêncio e suas decorrências na tradição anglo-americana foram explorados separadamente neste trabalho, dada a dimensão e a importância dos temas no campo da prova e do interrogatório.

Alguns estudiosos, inclusive, identificam o *privilege against self-incrimination* como a verdadeira origem da garantia, por ocasião das disputas travadas entre as Cortes do *common law* e as Cortes Eclesiásticas, ocorridas entre os séculos XVI e XVII, na Inglaterra.

No âmbito do direito norte-americano, o *privilege against self-incrimination* é acrescentado à Constituição dos Estados Unidos da América, em 1791, constando na V Emenda e tendo a sua aplicabilidade em casos emblemáticos julgados pela Suprema Corte, incluindo o paradigmático *Miranda v. Arizona* [384 U.S. 436, (1966)], que desenvolveu uma nova concepção de tratamento das autoridades para com acusados e custodiados no âmbito investigativo, principalmente durante o interrogatório policial.

O direito ao silêncio merece, com efeito, o reconhecimento que lhe é dedicado enquanto marco da valorização da dignidade humana no âmbito da persecução penal. É imperioso o seu reconhecimento, na atualidade, em respeito à posição de sujeito processual do acusado.

No contexto do interrogatório no Brasil, o art. 186 do CPP disciplina o direito ao silêncio no interrogatório judicial, aplicando-se, também, ao interrogatório policial, por força do inciso V, do art. 6º, em autêntica inversão de situações, o que se revela um problema diante das distintas finalidades do ato realizado em sede de investigação e em juízo na instrução, bem como do momento de sua realização.

Em vista dessa realidade, surgiu uma das controvérsias atuais no processo penal, incrementada, principalmente, após julgados com posicionamentos divergentes oriundos do Superior Tribunal de Justiça, que se refere à possibilidade, ou não, de se legitimar, no atual modelo vigente no Brasil, o interrogatório parcial e seletivo, hipótese em que o acusado, no exercício de sua autodefesa, de antemão se nega a responder aos questionamentos formulados pelos sujeitos processuais, inclusive em relação ao presidente do ato – o juiz –, sob a alegação de que responderá apenas às perguntas apresentadas por sua defesa técnica.

O direito ao silêncio, materializado no art. 186 do CPP, consectário do princípio constitucional da presunção de inocência, assegura a prerrogativa de o réu permanecer calado e de não responder às perguntas que lhe forem formuladas sem, no entanto, preceituar expressamente se o silêncio há de ser pleno, ou seja, se o réu deve permanecer calado e não responder a qualquer pergunta, ou se silêncio pode ser seletivo, ou seja, se o réu pode escolher, de antemão, responder tão somente às perguntas do seu defensor e permanecer calado nas perguntas dos demais sujeitos processuais.

De acordo com recentes decisões monocráticas proferidas pelo STJ, em sede de *habeas corpus*, o interrogatório do réu, embora conduzido pelo juiz e de estar previsto no CPP como meio de prova, é ato de defesa, a única oportunidade, ao longo de todo o processo, em que ele tem voz ativa e livre para, se assim o desejar, dar a sua versão dos fatos, rebater os argumentos, as narrativas e as provas do órgão acusador, apresentar álibis, indicar provas, justificar atitudes, dizer, enfim, tudo o que lhe pareça importante para a sua defesa.³⁸⁶

De acordo com a Corte, não há na lei qualquer vedação expressa para que o réu selecione as perguntas que irá responder ou a que sujeito processual irá responder. Não há nenhuma previsão legal que determine o encerramento do interrogatório sem possibilidade de indagações

³⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas Corpus 628.224/MG*. Relator: Min. Felix Fischer. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 24 nov. 2020.

pela defesa, acusação, assistente de acusação ou juiz após a declaração da opção do exercício do direito ao silêncio seletivo pelo acusado.³⁸⁷

Por outro lado, há decisão em sentido contrário,³⁸⁸ reconhecendo que, com as alterações da Lei n. 10.792/2003, embora assegurados a intervenção das partes no procedimento e ao interrogado o direito de permanecer em silêncio, decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere*, o ato continuou sob controle do magistrado, não tendo a alteração legislativa em momento algum assegurado ao interrogado o direito de escolher quem irá interrogá-lo. Tal posicionamento foi confirmado em sede de recurso de agravo regimental³⁸⁹ recentemente.

Diante de divergência no âmbito do próprio STJ, o presente trabalho desenvolveu, inicialmente, um levantamento histórico acerca do CPP e das reformas que bem demonstram a intenção do legislador em reforçar a adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro, buscar a celeridade processual, aprimorar o processo contraditório e adequar o vetusto CPP aos postulados constitucionais.

As alterações promovidas pela Lei n. 10.792/2003 acentuaram ainda mais a natureza preponderante de meio de defesa do interrogatório, que tem por finalidade não a obtenção da confissão, mas a oportunidade de manifestação do acusado sobre a imputação, garantindo-lhe a ampla defesa e a faculdade de se submeter ou não aos questionamentos; contudo, o ato é, secundariamente, meio de prova, na medida em que, optando o réu por falar, o teor de suas declarações insere-se na valoração judicial, contribuindo para a apuração da verdade dos fatos.

Mesmo após as alterações promovidas pela Lei n. 10.792/2003, o interrogatório continuou sob a égide do sistema presidencialista de inquirição, ao atribuir ao juiz (característica da **judicialidade**) a tarefa de formular as perguntas ao réu, na forma do art. 187 do CPP, oportunizando o efetivo exercício do contraditório durante o ato, inclusive com a possibilidade de formular perguntas pela acusação e defesa, **por intermédio do julgador**, desde que pertinentes e relevantes.

³⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 703.978-SC (2021/0351214-1), Decisão Monocrática, Min. Relator Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF-1ª Região). *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 7 abr. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1311849073/decisao-monocratica-1311849084>. Acesso em: 20 set. 2022.

³⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 640.952-SC (2021/0018919-7). Agravo Regimental no Habeas Corpus. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Alegação de nulidade no interrogatório. Inocorrência. Advertência direito de permanecer em silêncio realizada [...]. Relator: Min. Rel. Joel Ilan Paciornik, 18 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1481560347/inteiro-teor-1481560362>. Acesso em: 20 set. 2022.

³⁸⁹ Idem.

A característica da oralidade, ademais, realçou a importância da judicialidade ao estabelecer o interrogatório como sendo o primeiro contato efetivo do acusado com o juiz e com o processo pelo qual responde, adquirindo ainda mais relevância com o denominado princípio da identidade física do juiz, introduzido no CPP, enfatizando esse contato direto do magistrado com o ato, do qual é possível extrair seu convencimento, de modo a permitir uma melhor apreciação das declarações do acusado, além de uma mais apropriada compreensão das circunstâncias que envolvem o fato objeto do julgamento.

O trabalho traçou a essência do interrogatório, delimitando as distintas razões de sua realização a partir de uma mesma disciplina legal; para isso, as finalidades do ato foram analisadas, primeiro em relação ao interrogatório na investigação preliminar, cujo fim, em síntese, é obter dados que possam orientar a investigação (*informatio delicti*) e subsidiar o ajuizamento da ação penal pelo titular desse direito (*opinio delicti*), e, em seguida, do interrogatório em juízo, que tem por escopo colher provas para demonstrar a legitimidade da pretensão punitiva ou do direito de defesa, revelando, nesse aspecto, o momento último de confronto da prova produzida, justificando, inclusive, a sua posição de último ato da instrução processual.

Por fim, a Seção 4 tratou especificamente dos problemas do interrogatório na prática institucional brasileira, ao evidenciar que o art. 186 do CPP não admite que o acusado, de antemão, permaneça em silêncio diante das perguntas do juiz, declarando interesse em responder, apenas, aos questionamentos apresentados por seu defensor. De fato, carece de previsão legal a adoção desse método de interrogatório por alguns acusados após receberem orientação de seus defensores.

Vamos além! O silêncio parcial e seletivo do acusado revela-se, **atualmente**, *contra legem*, pois ao acusado não pode ser facultado o direito de transmudar o interrogatório e atribuir ao seu advogado a função de o único realizador das perguntas, afastando, *prima facie*, a participação dos demais atores processuais do ato.

Ressalta-se o uso do advérbio de tempo “atualmente”, pois nada impede que o legislador infraconstitucional, assim como procedeu em relação ao modelo de oitiva de testemunhas no processo, proceda da mesma forma em relação ao interrogatório do acusado, para possibilitar que o sistema de inquirição direta seja adotado em prejuízo do sistema presidencialista de inquirição. Tal circunstância é válida desde que, repita-se, o legislador ordinário assim o entenda, não cabendo ao intérprete e ao aplicador da norma transmudar o modelo de interrogatório ao que melhor lhe convém.

As partes não estão autorizadas a “intervir ou influir” diretamente nas perguntas feitas pelo juiz ou nas respostas apresentadas pelo acusado, do mesmo modo que não podem formular perguntas diretamente a ele. A atuação se restringe à indicação de fato a ser esclarecido, decorrendo de tal indicação a possibilidade de nova formulação de perguntas ao acusado, sempre pelo magistrado presidente do ato.

O desvirtuamento legal do silêncio parcial e seletivo do acusado estimula a adoção de procedimento de oitiva legalmente estabelecido para a colheita da prova testemunhal – sistema de inquirição direta –, que retira o protagonismo do juiz durante a oitiva de testemunhas e atribui às partes a gestão da prova.

Há, de fato, um verdadeiro descompromisso legal, pois o silêncio parcial e seletivo passa a adotar um modelo de inquirição que regulamenta um meio de prova, qual seja, a colheita da prova testemunhal, em um ato de natureza essencialmente de defesa.

Assim, aceitar o silêncio seletivo e parcial é inaugurar a figura do sistema de inquirição “tupiniquim”, onde somente a defesa pergunta, sob a égide do *direct examination*, sem que haja a possibilidade do exercício do contraditório pelos demais atores processuais, incluindo a alijamento do próprio juiz de um ato que, segundo a lei, deve ser presidido por ele.

O exercício parcial e seletivo pode, ainda, trazer consequências, inclusive para o acusado, pois a partir do momento em que ele renuncia ao seu direito ao silêncio e resolve falar, seus argumentos serão levados em consideração pelo juiz na sua livre apreciação das provas produzidas nos autos.

Se, por um lado, não é possível deduzir nenhum elemento positivo de prova, nem ser admissível a aplicação de qualquer sanção em virtude de o réu ter permanecido em silêncio, não se pode dizer o mesmo em relação ao silêncio parcial e seletivo, em que o juiz poderá livremente analisar o conteúdo do interrogatório de acordo com a consistência lógica e a verossimilhança do alegado.

Assim, ao renunciar ao silêncio, o acusado assume uma posição ativa, de fala no processo, apesar de exclusivamente para responder às perguntas de seu advogado, sendo possível que essa postura estritamente seletiva influencie na formação do convencimento judicial.

Enfim, pode-se concluir que, no processo penal democrático, o acusado possui o direito de decidir livremente sobre quais as manifestações e condutas praticará no processo, sobretudo aquelas que possam lhe acarretar desvantagens, desde que respeite as formalidades do interrogatório, devidamente disciplinadas por lei e vigentes. O que não se admite, por ser

contrário à lei, é reduzir os atores processuais a meros coadjuvantes do ato, o que acabaria por desvirtuar completamente um dos momentos mais significativos do processo.

REFERÊNCIAS

A CORTE de Warren. In: WIKIPEDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/A_Corte_de_Warren. Acesso em: 10 jun. 2022.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *Processo criminal brasileiro*. v. 1, 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

ALSCHULER, Albert. W. A peculiar privilege in historical perspective. In: HELMHOLZ, R. H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. p. 181.

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. v. 3. Trad. de Fernando Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1959.

ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ASHWORTH, Andrew. *The criminal process: an evaluative study*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1998.

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade. In: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). *Altos estudos sobre a prova no Processo Penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 682, p. 285-295, ago. 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora RT, 2003.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito Processual Penal brasileiro*. v. 2. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BENTHAM, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence*. London: M. Dumont publishing company, 1825.

BINDER, Alberto. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B. *História do Direito Brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo: Atlas, 2003.

BONFIM, Edílson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2005.

BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 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. Brasília: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2008c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2008d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. *Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Brasília: Presidência da República, 2008a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111719.htm. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009*. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111900.htm. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013*. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.869, 5 de setembro de 2019*. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília: Presidência da República, 2019b. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/13964.htm. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 640.952-SC (2021/0018919-7). Agravo Regimental no Habeas Corpus. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Alegação de nulidade no interrogatório. Inocorrência. Advertência direito de permanecer em silêncio realizada [...]. Relator: Min. Rel. Joel Ilan Paciornik, 18 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1481560347/inteiro-teor-1481560362>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *Conflito de Competência 99.023/PR*. Conflito negativo de competência. Ação proposta no Paraná. Ré domiciliada no Rio de Janeiro que responde ao processo em liberdade [...]. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 10/06/2009, DJe 28/08/2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/6061419/inteiro-teor-12195042>. Acesso em 20 set. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: STJ, 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *AgRg no Ag 1.357.894/DF*. Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ, j. 03/05/2011, DJe 23/05/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas Corpus 133.407/RS*. Habeas Corpus. Princípio da identidade física do juiz. Art. 399, § 2º, do CPP. Aplicação analógica do art. 132 do Código de Processo Civil. [...]. Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 3/2/2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22133407%22%29+ou+%28HC+adj+%22133407%22%29.suce>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas Corpus 165.866/DF*. Penal e Processual Penal. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Recurso Especial [...]. Rel. Min. Laurita Vaz, j. 09/10/2012, DJe 17/10/2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/864757952>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas Corpus 243.433/SP*. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 28/08/2012, DJe 05/09/2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/894895402/decisao-monocratica-894895557>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus 628.224/MG. Relator: Min. Felix Fischer. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 24 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus 639.247/SP. Relator: Min. Jesuino Rissato. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 16 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus 640.952-SC (2021/0018919-7), Decisão Monocrática, Min. Rel. Joel Ilan Paciornik. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 20 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus 688.748-SC (2021/0268809-0), Decisão Monocrática, Min. Rel. Joel Ilan Paciornik. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 27 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ministro-stj-garante-direito-silencio.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 85.063/SC*. Unânime, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 13.4.2021, publicado no DJ em 20.4.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus 135.456/SC. Habeas Corpus*. Latrocínio. Nulidade. Interrogatório efetuado por precatória. Identidade física do juiz. Agente preso em outro estado. Ausência do réu nas audiências de instrução [...]. Rel. Min. Celso Limongi, j. 18/03/2010, DJe 24/05/2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/19151040>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 703.978-SC (2021/0351214-1), Decisão Monocrática, Min. Relator Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF-1ª Região). *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 7 abr. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1311849073/decisao-monocratica-1311849084>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso Especial n. 1.825.622/SP*. Unânime, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 20.10.2020, publicado no DJ em 28.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus 78.708*. Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 09/03/1999, DJ 16-04-1999 PP-00008 EMENT VOL-01946-05 PP-00874 RTJ VOL-00168-03 PP-00977.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus 115.189/AM*. Interrogatório. Carta precatória. Réu solto. Processo Penal militar. Validade. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03/05/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11667900>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário 459.518/RS. Processo Penal – Interrogatório – Assistência Técnica. A exigência de defesa técnica para observância do devido processo legal impõe a presença do profissional da advocacia na audiência de interrogatório do acusado [...]. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 018, Brasília, 31 de janeiro de 2008b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no recurso ordinário em habeas corpus 192.798*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão 24 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus n. 94.016/SP*. Rel. Ministro Celso de Mello. DJe 27/2/2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=130641279&ext=.pdf>. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *RHC 170843 AgR/SP*. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4/5/2021 (Info 1016).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. [...]. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/06/2018, Processo Eletrônico DJe-107 Divulg 21-05-2019 Public 22-05-2019.

BROUN, Kenneth S. *et al. McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 1825622/SP. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 28 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso em Habeas Corpus 134131-SC. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 25 jun. 2021.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal*. Brasília: Gabinete do Ministro, 8 de setembro de 1941. Disponível em: https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 18 maio 2022.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, 2001.

CARONE, Edgard. *A Terceira República (1937-1945)*. 2. ed. São Paulo: Difel, 1982.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do Código de Processo Penal: uma refundação garantista? *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XXI, n. 34, p. 21-34, jul./dez. 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

COELHO, Thales Dyego de Andrade. Miranda v. Arizona, 1966 – O Direito à não autoincriminação: genealogia de uma cultura nacional. In: BECKER, Rodrigo Frantz (org.). *Suprema Corte dos Estados Unidos: casos históricos*. São Paulo: Almedina, 2022.

- CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.
- CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2006.
- COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 15, n. 175, p. 11, jun. 2007.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à teoria do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informações legislativas*, v. 186, p. 105, 2009.
- CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DAMAŠKA, Mirjan. The uncertain fate of evidentiary transplants: anglo-american and continental experiments. *American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 4, p. 845, 1997.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A oralidade no Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. v. 1. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda., 1974.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1990.
- DOTTI, René Ariel. Anteprojeto do júri. *Revista dos Tribunais*, v. 702, p. 278, abr. 1994.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. v. 3, 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Campinas: Bookseller, 2000.

EYMERICH, Nicolau; DE LA PEÑA, Francisco. *Directorium Inquisitorum*, v. III, n. 20, 2. ed. Trad. de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro/Brasília: Rosa dos Tempos/UnB, 1993.

FACHIN, Melina Girardi. Direito humano ao desenvolvimento e justiça de transição. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direitos humanos atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

FALCONE, Roberto Andrés. *El principio acusatorio: el procedimiento oral en la Provincia de Buenos Aires y en la Nación*. Buenos Aires: AD-HOC, 2005.

FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.

FEITOSA, Denílson. *Direito Processual Penal*. Teoria, crítica e práxis. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Direito e dever ao silêncio. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: RT, 1992. p. 318.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. Ed. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio Dicionário da Língua Portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2006.

FERRER BELTRÁN, Jordi. A prova é liberdade, mas não tanto: uma teoria da prova quase-benthamiana. In: DIDIER Jr., Fredie *et al.* (coord.). *Provas*. Coleção Novo CPC. Doutrina Seleccionada. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no Processo Penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 260-261.

GAMA, José de Souza. *Confissão penal e direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas bastos S.A., 1984.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

GARNER, Bryan A. (editor in chief). *Black's Law Dictionary*. 3. ed. (Pocket Edition). St. Paul: West Pub. Co., 2006.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova*. Trad. de Ravi Peixoto. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no Processo Penal*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Garantismo à paulista: a propósito da videoconferência. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 147, p. 6, fev. 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas: Lei n. 11.690, de 09.06.2008. In: ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luís. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GREEN, Toby. *Inquisição: o reinado do medo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do processo penal – texto apresentado como introdução aos anteprojetos de lei de reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 33, p. 304-312, jan./mar. 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência Penal*, n. 1. São Paulo: Convívio, 1976. p. 15-31.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei n. 10.792/03). *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 2, n. 4, p. 15, nov. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiência no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 57. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman. v. 53).

GUSMAN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal: Una contribución a la epistemología jurídica*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução da 2. ed. alemã, rev. e ampl. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Shuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

HERNANDEZ, Ángel Gil. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. 1. ed. Madrid: Editorial Colex, 1995.

HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999.

HUNGRIA, Néelson. Confissão (limite do direito à). In: SANTOS, J. M. de (coord.). *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*. v. XI. Rio de Janeiro: Borsóí, 1972.

KHALED JUNIOR, Salah H. *A busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito, 2016.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras. Malleus Maleficarum*. 19. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2007.

LANGBEIN, John H. The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 92, n. 5, p. 1047-1085, 1994.

LANGBEIN, John H. The privilege and common law criminal procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries. In: HELMHOLZ, R. H. *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*. Chicago & London: University of Chicago Press, 1997.

LEAL, Antônio Luiz Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Rule 611. Mode and Order of Examining Witnesses and Presenting Evidence Primary tabs*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_611. Acesso em: 20 set. 2022.

- LEWIS, Peter W. *Criminal Procedure: the Supreme Court's view*. St. Paul: West Publishing Co, 1979.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal comentada: volume único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- LOCKHART, William B. *et. al. The American Constitution*. 8. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1996.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Ampla defesa, contraditório e defesa efetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 725, p. 459-468, mar. 1996.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. Ribeirão Preto: Legis Summa, 2007.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo I – Fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2002.
- MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MALATESTA, Nicola Framarino del. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*. v. 1. Torino: UTET, 1931-1932.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 2. Campinas: Bookseller, 1997.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Madrid: La España Moderna, 1898.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAIS, Maurício Zanoide de. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 6, p. 134, abr.-jun. 1994.
- NETO, Lira. *Getúlio (1930-1945): Do governo provisório à ditadura do Estado Novo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- NEVES, Serrano. *O direito de calar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.
- NOVINSKY, Anita Waingort. *A inquisição*. v. 9. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Interrogatório “on-line”. *Boletim do IBCCrim*, n. 42, p. 1, 12 de junho de 1996. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/1773/>. Acesso em: 20 set. 2022.
- ONU – Organização das Nações Unidas. *Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) – Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 19 set. 2022.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2021.
- PACELLI, Eugênio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4ª edição. São Paulo: Atlas. 2012.

PACIOCCO, David; STUESSER, Lee. *The Law of Evidence*. 3. ed. Toronto: Irwin Law, 2002.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal*. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PIRSIG, Robert M. *Zen e a arte da manutenção de motocicletas: uma investigação sobre valores*. Trad. de Celina Cardim Cavalcanti. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

PORTUGAL. *Código de Processo Penal (CPP)*. Artigo 141.º Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58884369>. Acesso em: 28 jul. 2022.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

REIS, André Wagner Melgaço Reis. *A mentira do réu e a dosimetria da pena*. Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2019/05/a184383b-a-mentira-do-reu-e-a-dosimetria-da-pena-versao-ampliada-e-atualizada.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2022.

RISTORI, Adriana Dias Paes. *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*. 1. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Processo Penal*. 2. ed. Brasília: Editora Consulex, 2006.

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

ROSA, Inocencio Borges da. *Processo penal brasileiro*. v. I. Porto Alegre: Oficina Gráfica da Livraria do Globo-Barcellos, Bertaso & Cia., 1942.

ROSSETO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000a.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal*. Trad. de Carmen Gomez Rivero e María del Carmen Garcia Cantizano. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000b.

ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni Editores, 2004.

- SAVAGE, David G. *The Supreme Court and individual rights*. 5. ed. United States: CQ Press, 2009.
- SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SMITH, Henry E. The modern privilege: its nineteenth-century origins. In: HELHOLZ, R. H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.
- SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. Por que juízes e advogados relutam em aplicar o artigo 926 do CPC. *Consultor Jurídico*, 11 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-11/senso-incomum-juizes-advogados-relutam-aplicar-artigo-926-cpc>. Acesso em: 11 jul. 2022
- SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 4. ed. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Ed. Trotta, 2011.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais*. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Tomo III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. v. 1, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 3, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 3, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

UNITED STATES. *Constitution of the United States*. Disponível em <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-6/>. Acesso em: 3 ago. 2022.

UNITED STATES. *Constitution of the United States*. Fifth Amendment. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-5/>. Acesso em: 11 jun. 2022.

VAN METER, Larry A. *Miranda v. Arizona: the rights of the accused*. Chelsea: Chelsea House Publishers, 2006.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *El proceso penal inquisitivo*. Scritti giuridici in memoria de Piero Calamandrei. v. II. Padova: Cedam, 1958.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VITKAUSKAS, Dovydas; DIKOV, Grigory. *Protecting the right to a fair trial under de European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe, 2012. p. 65-66. Disponível em: <https://rm.coe.int/16806f15fa>. Acesso em: 27 jun. 2022.

WIGMORE, John H. The privilege against self-incrimination: its history. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 16, p. 633-637, 1902.

ZUCKERMAN, A. A. S. *The principals of criminal evidence*. Oxford: Clarendon Law, 1989.