

**PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP
FACULDADE PAULISTA DE DIREITO**

TIAGO GIANNOTTI TROCCOLI

**O DIREITO AO SILÊNCIO PARCIAL NO PROCESSO PENAL COMO
MANIFESTAÇÃO DA GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DA NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO.**

SÃO PAULO - SP
2022

**PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP
FACULDADE PAULISTA DE DIREITO**

TIAGO GIANNOTTI TROCCOLI

**O DIREITO AO SILÊNCIO PARCIAL NO PROCESSO PENAL COMO
MANIFESTAÇÃO DA GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DA NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharelado em Direito pela Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), desenvolvido pelo aluno Tiago Giannotti Troccoli.

Orientador: Prof. Claudio José Langroiva Pereira.

São Paulo - SP
2022

RESUMO

O presente trabalho analisa, de forma crítica, a possibilidade da aplicação de um direito ao silêncio parcial do acusado durante o seu interrogatório, seja ele judicial ou policial.

O estudo foi realizado, primordialmente, a partir de análise doutrinária e jurisprudencial, sobretudo diante de recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A pesquisa se deu sob o viés dos princípios constitucionais que cercam o instituto do direito ao silêncio, alcançando a questão probatória no processo penal, até se concluir pela possibilidade ou não da aplicação de um direito parcial ao silêncio.

Chegou-se à conclusão, assim, de que o direito parcial ao silêncio se trata de uma verdadeira manifestação da garantia da ampla defesa e da não autoincriminação, devendo ser, por esse motivo, plenamente aplicável.

Palavras-chave: Direito ao silêncio. Princípios Constitucionais. Processo Penal. Direito ao silêncio parcial do acusado. Possibilidade.

ABSTRACT

This paper provides a critical analysis of the possibility of applying a right to partial silence of the accused during his judicial interrogation or police interrogation.

The study was conducted mainly from the analysis of the Brazilian legal doctrine and of legal precedents, most of them stemming from recent rulings from the Brazilian Superior Court of Justice.

The research took into account constitutional principles that surround the institute of the right to silence, reaching the evidentiary question in the criminal process until concluding on the possibility or not of the application of a right to silence partially.

The paper concludes that the right to silence partially is a true manifestation of the guarantee of ample defense and non-self-incrimination, and should therefore be fully applicable. is a true manifestation of the guarantee of ample defense and non-self-incrimination, and should therefore be fully applicable.

Key-Words: Right to silence. Constitutional principles. Criminal proceedings. Right to partial silence of the accused. Possibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DIREITO AO SILÊNCIO	8
1.1. INTRODUÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988....	8
1.2. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO AO SILÊNCIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	10
2. O DIREITO AO SILÊNCIO NO PROCESSO PENAL	19
2.1. O DIREITO AO SILÊNCIO E A QUESTÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL	20
2.2. DIREITO AO SILÊNCIO NOS INDÍCIOS E PRESUNÇÕES.....	21
2.3. DIREITO AO SILÊNCIO NO INTERROGATÓRIO	24
3. DIREITO AO SILÊNCIO PARCIAL DO ACUSADO E DO INVESTIGADO COMO FORMA DE GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.	26
3.1. O SILÊNCIO PARCIAL COMO DIREITO E DEFESA DO INTERROGADO ...	26
3.2. O DIREITO AO SILÊNCIO PARCIAL E O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS	29
CONCLUSÃO	36
BIBLIOGRAFIA	37

1. INTRODUÇÃO

“O direito ao silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio nemo tenetur se detegere”, foi assim que Aury Lopes Jr. definiu o Direito ao silêncio na 7ª edição do seu livro Direito Processual Penal.

Nesse sentido, não precisa de muito para entender a importância desse direito no ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, trata-se de um direito que, na prática, é uma das manifestações de um dos maiores princípios do Processo Penal brasileira, o princípio da não autoincriminação.

Mas não é só! O direito ao silêncio, positivado pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, é reflexo de uma complexa gama principiológica, como exemplo os princípios da (i) dignidade da pessoa humana; (ii) do devido processo legal; (iii) da ampla defesa e contraditório; (iv) da presunção de inocência; (v) não autoincriminação; e (vi) intimidade.

Diante disso, é incontroverso que qualquer cerceamento desse direito ocasiona a nulidade do ato processual, seja ele em fase policial ou em fase judicial.

Como veremos, permanecer em silêncio pode significar algumas coisas, embora seu real significado não passe de mera especulação. E, com efeito, tal especulação jamais pode ser valorada em desfavor do investigado/acusado, afinal o silêncio é um nada; e do nada, nada pode decorrer.

Ocorre que a discussão não para pôr aí. O ponto que gera maiores conturbações – e que será o principal objeto desse trabalho -, surge quando se coloca em pauta a questão do silêncio parcial, isto é, quando o interrogado opta por responder a somente algumas das perguntas que lhe são formuladas em determinado ato processual.

Recentemente, diversos Tribunais Estaduais vêm proferindo decisões no sentido de mitigar o direito parcial ao silêncio, vale dizer, vem se criando entendimentos no sentido de que o acusado deve responder ou a todas as perguntas ou a nenhuma pergunta no momento de seu interrogatório.

Nessa perspectiva - à título de exemplo – o Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva do Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu que *“no interrogatório, se o acusado opta por não responder as perguntas do magistrado, não porque serem formulados esclarecimentos pela defesa por não (sic) haver o que*

esclarecer, segunda (sic) inteligência do artigo 188 do CPP” (TJSC, HC 0351214-65.2021.3.00.0000, Des. Rel. ARIIVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA, 1ª Câmara De Direito Criminal, J: 26/10/2021).

Essa decisão, por sua vez, foi enfrentada pelo STJ, em acórdão de relatoria do Min. convocado Olindo Menezes, no último mês de abril, que, ao encarar a questão do direito ao silêncio parcial do acusado, destacou 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.*” (STJ, HC 703.978/SC, Min. Rel. OLINDO MENEZES, 6ª Turma, DJe: 07/04/2022).

Diante disso, verifica-se que tal questão jurídica tem sido frequentemente objeto de disputa na prática forense brasileira, tornando esse um tema extremamente atual e carregado de controvérsias.

Mas afinal, o reconhecido do direito ao silêncio compreende apenas àquela situação de absoluto silêncio? ou também àquela situação em que o acusado opta por responder apenas algumas perguntas, ou seja, opta pelo seu silêncio parcial?

No mesmo ato ou fase processual, como por exemplo em seu interrogatório, pode o acusado optar por responder apenas as perguntas do seu advogado, se mantendo em silêncio quanto as perguntas do Ministério Público ou, eventualmente, do juiz? Pode o acusado responder apenas algumas perguntas da acusação?

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DIREITO AO SILÊNCIO

Para tratarmos da efetividade e das implicações concernentes ao direito ao silêncio de forma coesa e coerente, é preciso, anteriormente, estudar seus fundamentos jurídicos.

Nesse sentido, iniciaremos tratando do direito ao silêncio em uma perspectiva constitucional, com o foco no texto legal da Carta Magna de 1988 para, enfim, chegarmos à conclusão de que o direito ao silêncio também é o reflexo de uma ampla gama de princípios constitucionais.

2.1. INTRODUÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988, carta magna de nosso ordenamento jurídico atual, inaugurou uma nova ordem democrática do sistema político brasileiro trazendo diversas modificações legislativas.

Fruto da mobilização dos mais diversos setores da sociedade, o texto constitucional de 1988 demonstra, de forma explícita, a importância conferida aos direitos e garantias individuais, assim como os direitos da pessoa humana.

Pela relevância dada à tais direitos, nada mais intuitivo do que o fato do direito ao silêncio aparecer, pela primeira vez, positivado de forma expressa em seu inciso LXIII, do artigo 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

É assim, portanto, que, ao tratar sobre o tema, a Carta Magna dispõe sobre o direito que todo cidadão possui de não ser convertido em meio de prova contra si mesmo, ou seja, o direito de não autoincriminação como reflexo do direito ao silêncio.

Digno de nota que o constituinte tratou de garantir à tal direito individual, assim como aos outros, a característica de preceito autoaplicável, conforme §1º, do art. 5º, *“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*.

O direito a silencia trata-se, pois, de uma garantia com aplicabilidade imediata, ou seja, que independe de posterior regulamentação, não sendo, portanto, meramente proclamatória. Trata-se, também, de uma norma constitucional de eficácia plena, conforme precisamente conceitua o professor JOSÉ AFONSO SILVA:

“As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua exectoriedade. No dizer clássico, são autoaplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normal jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.”¹

Mas não é só! Por ter foça de garantia individual, o direito ao silêncio possui, ainda, vinculação extensiva a todos os poderes públicos, ou seja, tanto ao Executivo, Judiciário e Legislativo, como aos Municípios, Estados e União:

A vinculação é extensiva a todos os poderes públicos e não apenas aos poderes estaduais, abrangendo s pessoas colectivas de direito público, a administração directa e indiecta e a admintração autónoma. [...] nenhum acto das entidades públicas é ‘livre’ dos direitos fundamentais”²

¹ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. - 7 ed. - São Paulo: Malheiros, 2007, p. 165

² CANOTILHO, Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. – 7 ed. – São Paulo: Almedina. 2003, p. 433

Nesse sentido, o Direito ao Silêncio é introduzido na Constituição Federal como uma garantia plena, que dispensa qualquer requisito adicional ou qualquer prestação por parte do Estado. Bastando, para tanto, que o cidadão seja informado dos seus direitos, como o de ficar calado, nos momentos processuais cabíveis - ou seja, no momento de sua prisão ou anteriormente a qualquer prestação de qualquer depoimento - para que ele seja devidamente exercido.

2.2. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO AO SILÊNCIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A positivação do direito ao silêncio na Constituição Federal de 1988 é, também, reflexo de uma rica ordem principiológica. De tal sorte, tais princípios acabam funcionando como balizas norteadoras desta garantia fundamental, facilitando o entendimento do posicionamento adotado, bem como assegurando a aplicabilidade do direito de defesa.

Vale destacar aqui, os exemplos dos princípios da (i) dignidade da pessoa humana; (ii) do devido processo legal; (iii) da ampla defesa e contraditório; (iv) da presunção de inocência; (v) não autoincriminação; e (vi) intimidade.

É com eixo em tais princípios, portanto, que o legislador se preocupou em aparelhar e positivar o direito de calar e ser advertido. Vejamos.

2.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao silêncio.

A dignidade da pessoa humana possui um conceito amplo e não definitivo, de forma que a *“literatura recente procura evitar um conceito fixista, filosoficamente sobrecarregado”* (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional - 6ª ed – Coimbra: Almedina, 1993, p. 363).

Ana Paula de Barcellos, reconhecendo a dificuldade dessa conceituação, ousa apontar a explicação de tal princípio da seguinte forma:

“A dignidade humana pode ser descrita como um fenômeno cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, havendo sido por ela

*incorporado. De forma bastante geral, trata-se da ideia que reconhece aos seres humanos um status diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica”.*³

Já na concepção de Alexandre de Moraes, tal princípio “*concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas*” (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2017).

Em que pese a Constituição Federal de 1988 não ter inserido a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos fundamentais, é inegável que esse princípio é considerado como fundamento da República Federativa do Brasil.

Assim, a dignidade da pessoa humana se relaciona com os direitos fundamentais – e, conseqüentemente, com o direito ao silêncio -, ao passo que, novamente nas palavras de Ana Paula Barcellos “*terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles*”.

Nesse passo, oportunizar o direito ao silêncio deve ser compreendido como forma de contribuição ao tratamento digno da pessoa humana. Afinal, isso reflete na necessidade de se presumir a inocência do cidadão, garantindo-lhe que entre quaisquer acusações e a aplicação de penas haverá um devido processo legal que lhe assegure defesa ampla e contraditória.

2.2.2. Princípio do devido processo legal e o direito ao silêncio.

A atual Constituição também trouxe diante do direito à defesa (e autodefesa), o princípio do devido processo legal, no inciso LIV, do artigo 5º, o qual se trata da obrigatoriedade do processo legal justo estabelecido em lei:

*LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*⁴

³ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.- Artigo 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Novamente, trata-se de princípio de difícil conceituação, o que comporta relativa vantagem, já que, em razão de sua fluidez, é capaz de evitar uma possível petrificação de seu significado, por si prejudicial e incompatível com a função de um princípio.

Com efeito, o seu o seu significado “*aumenta ou diminui ao sabor do momento histórico*” (SUANNES, Adauto Alonso S. Os fundamentos éticos do devido processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999).

Tal princípio se resume como uma forma de resguardar a lei contra o arbítrio do Estado, assegurando ao acusado as garantias fundamentais, assim como permitindo a anulação de atos processuais praticados em desconformidade com a Lei e em prejuízo à defesa.

É através do direito ao devido processo, portanto, que o tratamento digno à pessoa humana é garantido, com a reserva da plenitude de defesa e da proteção da liberdade do homem.

Nessa esteira, Gisele Mendes Pereira traz importante contribuição quanto a relação desse princípio ao direito de se calar:

“Outrossim, por ter larga aplicabilidade nas defesas criminais, uma vez que exige a presença de vasta gama de direitos individuais constitucionalmente assegurados e aplicáveis ao processo criminal, é no devido processo procedimental que está inserido o direito ao silêncio. Para que ao indivíduo seja assegurado um processo justo, é necessário propiciar a ele ou ao seu advogado condições para decidir pela melhor atitude: se calar ou prestar o depoimento.”⁵

2.2.3. Princípio da ampla defesa e do contraditório e o direito ao silêncio.

Como verdadeiras extensões do direito do devido processo legal, decorrente da sua amplitude, surgem diversas outras garantias que acabam refletindo, também, no direito ao silêncio. Dentre elas, o direito à ampla defesa e ao contraditório.

⁵ PEREIRA, Gisele Mendes. O Direito ao Silêncio no Processo Penal Brasileiro - 1ª ed - Caxias do Sul, RS: Educs, 2012. p. 136

A ampla defesa diz respeito a segurança ao acusado da mais completa defesa técnica ou pessoal, através do qual deve-se fazer uso de todos os instrumentos e garantias necessárias.

Há, conforme diversos ensinamentos doutrinários, aspectos ditos positivos e negativos da ampla defesa. O primeiro se resume na utilização de todos os instrumentos e meios de comprovação, esclarecimento e confrontação. Já o segundo diz respeito a não produção de elementos de prova - pois dela cuida a acusação - sendo certo que o exemplo mais evidente desse aspecto é o próprio exercício do direito ao silêncio, especialmente quando perante a inexistência de um arcabouço de prova.

Ou seja, para efetivação da ampla defesa é preciso se debruçar ao caso concreto para avaliar as provas dos autos, tendo sempre em mente o ônus probatório da acusação, de tal sorte a possibilitar ao acusado tanto a opção de provar a sua versão dos fatos, quando a opção pelo seu direito de se calar para não produzir provas contra si.

Por outro lado, o contraditório esta prevista na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LV, com a seguinte redação:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nas palavras do professor Aury Lopes Jr., esse princípio pode ser interpretado como:

“um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É

imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.

O ato de “contradizer”¹¹⁸ a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petítória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética.

*Por isso, está intimamente relacionado com o princípio do *audiatur et altera pars*, pois obriga que a reconstrução da ‘pequena história do delito’ seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo”⁶*

Veja, portanto, que o contraditório se refere a ampla oportunidade do acusado desdizer as afirmações feitas pela acusação, expondo seus argumentos e provas ao órgão encarregado de decidir antes que a decisão seja tomada, ou seja, trata-se de um direito de manifestação (ou não manifestação).

Ocorre que, para se possibilitar a opção do acusado de se manifestar ou não, o princípio do contraditório também garante o amplo conhecimento, para o imputado e sua defesa, de todos os elementos probatórios acusatórios utilizados pelo Ministério Público.

Desta forma, a relação do direito ao silêncio e o princípio do contraditório é precisamente elucidado por Maria Thereza Moura:

*“O direito ao silêncio conecta-se a regra do contraditório real e efetivo, na medida em que, para o pleno exercício daquele não é suficiente a ciência formal da acusação, mas a perfeita compreensão do imputado dos termos e da extensão das consequências da incriminação. Somente tendo consciência perfeita do que está sendo imputado poderá o interrogado saber se lhe é conveniente falar ou calar, produzindo ou não determinada prova ou, ainda, praticar ou não os atos lesivos a sua defesa”.*⁷

⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 145.

⁷ MOURA, Maria Thereza R. de Assis. Direito ao silêncio no interrogatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, nº 6, p.138, abr./jun. 1994.

2.2.4. Princípio da presunção de inocência e o direito ao silêncio.

Outro princípio importante na Constituição de 1988 para o direito ao silêncio é o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, o qual significa que:

“o acusado é culpado apenas e tão-somente após o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, nos exatos limites desta; até então, até a condenação transita em julgado, a presunção de inocência se embaralha e se apoia no princípio processual criminal do in dubio pro reo: a prova não definitiva ou duvidosa trabalha em favor do acusado”⁸

Desse princípio se depreende, portanto, que todo investigado deve ser tratado como inocente durante a fase investigatória e a persecução penal; o ônus da prova é inteiramente de responsabilidade da acusação, de tal sorte que o réu não tem o dever de provar a sua inocência; para uma condenação é necessário um juízo de convicção apurado, ao passo que para absolvição basta uma dúvida.

Dentro desse contexto, é notório que o direito ao silêncio possui intrínseca relação à presunção de inocência, afinal é através dele que se garante que o acusado esta desobrigado a colaborar com a produção de prova, uma vez que o direito ao silêncio:

“Representa exigência inafastável do processo penal informado pela presunção de inocência, pois admitir-se o contrário equivaleria a transformar o acusado em objeto da investigação, quando sua participação só pode ser entendida na perspectiva de defesa, como sujeito processual. Diante disso, evidente que o seu silêncio jamais pode ser interpretado desfavoravelmente”⁹

⁸MACHADO, Luiz Alberto. A Presunção constitucional de inocência. Revista da Faculdade de Direito, Curitiba, v. 27, n.27, 1992/93, p. 37

⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

É diante desse princípio, pois, que surge o cerne de toda a questão ora discutida: o uso do direito ao silêncio no processo penal não deve, jamais, ser interpretado contra o mesmo.

Em outras palavras, o acusado não deve ser tratado como culpado seja pelo poder público ou pela mídia, pois a presunção de inocência admite que o acusado faça jus ao uso de seus direitos.

2.2.5. Princípio da não autoincriminação e o direito ao silêncio.

O Princípio da não autoincriminação resguarda o direito do acusado de não produzir provas contra si mesmo. Isso diz respeito tanto a não obrigatoriedade de se autoincriminar, como a não obrigatoriedade de fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação, declaração, ou dados que possam prejudicá-lo ou incriminá-lo.

Não à toa, portanto, que o professor Aury Lopes Junior enfatizou que “o *direito ao silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio nemo tenetur se detegere*”.

Em complemento, em brilhante artigo, Luiz Flávio Gomes elucida que:

“não se pode nunca confundir a parte com o todo. O direito ao silêncio (direito de ficar calado), previsto constitucionalmente (Art. 5º, inc. LXIII, da CF), constitui somente uma parte do direito de não auto incriminação. Como emanções naturais diretas desse direito (ao silêncio) temos: (a) o direito de não colaborar com a investigação ou instrução criminal; (b) o direito de não declarar contra si mesmo; (c) o direito de não confessar e (d) o direito de não falar a verdade.”¹⁰

Portanto, o direito ao silêncio é uma parte do princípio da não autoincriminação.

2.2.6. Princípio da intimidade e o direito ao silêncio.

Por fim, vale, também, citar o princípio da intimidade.

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010

Com a evolução, quase inalcançável, da intensificação das relações sociais, por intermédio dos avanços tecnológicos, há determinada tendência para uma “limitação cada vez maior da esfera em que se pode viver ao abrigo de interferências alheias”¹¹. Assim a intimidade e a busca pela sua tutela, torna-se cada vez mais presente.

Nesse mesmo sentido, Edoardo Giannotti:

*“Na medida em que a sociedade humana evolui, enquanto a ciência promove a descoberta e o aperfeiçoamento de novas técnicas de produção que vão provocar o surgimento de novos padrões de existência, surge a necessidade de uma proteção mais efetiva à pessoa humana. Esta proteção vai alcançar os aspectos mais íntimos da vida do homem, por meio do reconhecimento de direitos que serão tutelá-la e que seriam modernamente conhecidos como direitos da personalidade: o direito à vida, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade.”*¹²

Nesse contexto, o direito a intimidade está integrado ao direito da personalidade, afinal

*“Se cada um de nós tivesse que viver sempre sob as luzes da publicidade, acabaríamos todos perdendo as mais genuínas características de nossa personalidade, para nos dissolver no anônimo e no coletivo, como qualquer produto de massa.”*¹³

Por tal motivo, o homem necessita do resguardo de sua personalidade e toda sua multifacetada dimensão, como o atributo da intimidade.

É preciso ter em mente, portanto, que o direito ao silêncio é uma das maneiras dos indivíduos resguardarem sua intimidade. Isso porque, quando um indivíduo resolve se manter em silêncio, esta, a bem da verdade, resguardando seus

¹¹ GRINOVER, A. P. Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 69-70

¹² GIANNOTTI, Edoardo. A tutela constitucional da intimidade. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 47/48

¹³ Idem.

sentimentos, atos, palavras ou fatos de qualquer intromissão alheia, seja ela praticada pelo Estado ou até mesmo por particulares.

3. DIREITO AO SILÊNCIO NO PROCESSO PENAL

A atual redação do art. 185 do Código de Processo Penal consolidou o entendimento de que o comparecimento do acusado ao interrogatório é uma opção e não um dever legal.

Segundo NUCCI, a propósito, a nova previsão legal admite que, *“se o acusado for conhecido e devidamente qualificado, pode optar por não comparecer, fazendo valer seu direito ao silêncio, sem necessidade de qualquer medida coercitiva para obrigá-lo a ir a juízo”*¹⁴

E nem poderia ser diferente, já que, como já visto, no processo penal o réu não é obrigado a produzir provas contra si. É o que leciona o saudoso RENÉ ARIEL DOTTI, *verbis*:

*“se, por um lado o interrogatório é um ato de defesa, o advogado poderá praticá-lo através das razões escritas, na defesa prévia e nas alegações finais; se, por outro lado é (também) um meio de prova, da mesma forma poderá ser ele dispensado posto que prevalece em nosso sistema o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a depor contra si (...)”*¹⁵

Não por outra razão, afirma AURY LOPES JR. que *“estar presente”* é um *“direito do acusado, nunca um dever”*¹⁶.

Esta faculdade garantida ao réu, portanto, pode ser interpretada como o reflexo de dois princípios fundamentais, quais sejam o silêncio, objeto desse estudo, e a economia processual.

Não por acaso, inclusive, a nova redação do artigo seguinte (186) do Código de Processo Penal positivou, em Lei Federal, o disposto no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal, reafirmando então a garantia que o acusado tem de optar pelo silêncio, e quando isto acontecer, não poder ser usado em seu prejuízo.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, 14ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 448.

¹⁵ DOTTI Apud TUCCI, Rogério Lauria, Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, 4ª edição, São Paulo: RT, 2011, p. 313

¹⁶ LOPES JR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 782

Veja, pois, que o silêncio do acusado, assim como o seu comparecimento em audiência, tratam-se, em suma, de estratégias defensivas, garantidas pelo ordenamento processual, concernentes a prova na persecução penal, temática principal deste capítulo.

3.1. O DIREITO AO SILÊNCIO E A QUESTÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL

A prova é considerada o elemento mais basilar dentro do processo penal, sendo para a devida construção dela que todos os regramentos processualistas se voltam. Sim, pois é através da prova que as partes visam conquistar a convicção do juiz em busca da verdade por trás da reconstrução dos fatos.

A prova, portanto, *“é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza”*¹⁷

Ocorre que, para a compreensão do direito ao silêncio como elemento probatório (ou de não-prova), é necessário se debruçar, ainda que rapidamente, sobre a lógica probatória dentro do processo penal.

Com efeito, a prova, juntada aos autos, possui inegavelmente o condão de demonstrar ao magistrado (jugador) o que ocorreu no caso penal *sub judice*. Daí o motivo da teoria processualista clássica classificar a finalidade da prova como a busca da verdade real sobre um fato pretérito.

Ocorre que, analisando os elementos concretos do caso a caso do judiciário e, principalmente, os aspectos subjetivos dos indivíduos que presenciaram o acontecido, assim como o subjetivo do julgador do fato dito criminoso, é compreensível que essa finalidade se trate de uma busca infrutífera e utópica.

Ora, ao descrever os fatos ou julgá-los (pensando na perspectiva dos envolvidos e do juiz), sempre haverá aspectos subjetivos que influenciarão a análise e afastarão a apreciação exclusivamente objetiva.

Claro, pois, as partes que compõe o processo penal são, antes de tudo, seres humanos que possuem diferentes histórias, crenças, ideologias, religiões, inserções socioeconômicas e demais fatores influenciadores da livre convicção.

¹⁷ MALATESTA, Nicola Framarino dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal – 2ª Ed. – Clássica: São Paulo. P. 87.

Conclusão lógica, para tanto, é a impossibilidade de se alcançar uma verdade real. Assim a finalidade da prova no plano real se torna uma perseguição da verossimilhança dos fatos, ou seja, da aparência de verdade dos fatos.

Ademais, outro ponto central em matéria de prova processual diz respeito ao ônus probatório, ou seja, a quem incube sua produção.

Sobre esse aspecto, é cediço que no processo penal brasileiro o ônus cabe inteiramente à acusação, uma vez que, como já visto em capítulo anterior, recaem sobre o acusado os institutos da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

Por esse motivo, as provas da acusação devem conduzir à um juízo de certeza, enquanto as provas defensivas não precisamos fazer mais do que abalar esse juízo de evidência.

Nesse contexto, assim, que entra o direito ao silêncio do acusado, isso porque, pensando também na finalidade da prova no processo penal:

“Quando o acusado opta por silenciar, remete o ônus probatório integralmente para acusação, já que nada alegou que careça de comprovação. Com o ônus probatório inteiramente a seu cargo, a acusação necessita comprovar a culpabilidade do acusado, de forma que não paire nenhuma dúvida capaz de obstar a condenação ou execução da pena, porquanto ela beneficia o réu e também pelo fato de que lhe assiste a presunção de inocência.”¹⁸

3.2. DIREITO AO SILÊNCIO NOS INDÍCIOS E PRESUNÇÕES

Permanecer em silêncio pode significar algumas coisas, embora seu real significado não passe de mera especulação. É essa a premissa pela qual o silêncio do acusado deve ser interpretado no processo penal.

Ocorre que tal especulação pode levar a configuração, a depender da situação, de uma prova indireta no processo, ou seja, levar a um indício ou presunção.

¹⁸ PEREIRA, Gisele Mendes. O Direito ao Silêncio no Processo Penal Brasileiro - 1ª ed - Caxias do Sul, RS: Educus, 2012. p. 155

Surge então importante questionamento: o silêncio como elemento de prova (ou de não-prova) pode configurar um indício para o entendimento do magistrado ou uma presunção de culpabilidade do acusado?

Para responder tal questionamento se faz necessário voltar a teoria geral da prova. Com efeito, tem-se que a prova pode ser classificada conforme diversos critérios, os quais, focando em seu objeto, se dividem entre aquelas provas consideradas diretas e aquelas indiretas.

A prova direta destina-se a comprovar a alegação de um fato, já a prova indireta destina-se a demonstrar fatos secundários ou circunstanciais por meio dos quais o juiz, em raciocínio intuitivo, presume como verdadeiro o fato principal.

Sobre esse ponto, vale destacar, inicialmente, que o sistema processual de hoje admite a prova indireta sem fazer distinção quanto à sua valoração. Em outras palavras, a prova indireta possui força probatória equiparada a qualquer outro meio de prova, fazendo jus à regra do livre convencimento do juiz.

Cumprindo a nós, assim, conceituarmos as principais provas indiretas no processo penal, quais sejam os indícios e presunção.

Os indícios são interpretados como aquelas circunstâncias que orbitam ao redor do fato criminoso, de modo que, devido a sua estreita ligação com o fato principal, permite que o magistrado tire conclusões a seu respeito.

Ou seja, os indícios nos remeterão sempre para algo que fornece uma visão parcial ou não perfeitamente compreensível sobre determinado fato ou circunstâncias.

Vale trazer a redação, exemplificativa, do art. 239 do CPP: *“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outras circunstâncias”*

Desse texto legislativo, depreende-se que o indício parte de um fato provado e conhecido e, *“portanto, indício é toda circunstância de fato da qual se extrai a convicção do fato principal”*¹⁹

Outrossim, a presunção acaba derivando de uma mesma dedução lógica, sendo que essa modalidade de prova indireta parte de uma convicção sobre a ocorrência de um fato que, por decorrer de outro, leva a uma dedução lógica para se inferir a existência de um outro fato.

¹⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2000, p. 188

Veja que os institutos da presunção e dos indícios levam a certa confusão, porém não são a mesma coisa, conforme ensina Tornaghi:

O indício é o fato indicativo, e a presunção, o fato indicado. A embriaguez é o indício de periculosidade: a embriaguez é o fato indicativo, o indício; a periculosidade é o fato indicado, presumido: há uma presunção de periculosidade. A menoridade é indício da imadureza, de incapacidade. Presume-se a incapacidade do menor: o indício é a menoridade; a presunção, a incapacidade.²⁰

Diante desse cenário de indícios e presunções como elementos de provas, repisa-se: o silêncio como elemento de prova (ou de não-prova) pode configurar um indício para o entendimento do magistrado ou uma presunção de culpabilidade do acusado?

Ora, há não muito tempo o silêncio era sim interpretado como um elemento indiciário, ainda que fraco, que podia levar a crer a culpabilidade do agente investigado. Nesse sentido, vale a citação do seguinte julgado:

“INQUÉRITO POLICIAL. SILÊNCIO DO RÉU. INDÍCIO DE VERACIDADE DAS ACUSAÇÕES.

O silêncio do réu na fase do inquérito policial, negando-se a responder às perguntas formuladas pela autoridade policial, é um sério indício de que as acusações são verdadeiras, visto que, uma pessoa inocente, quando acusada injustamente da prática de um delito, procura, de todas as formas possíveis, demonstrar a inveracidade das acusações que lhe foram lançadas. (TACRIM/SP, Apel. 772.707, Rel. ALMEIDA BRAGA, 6ª Câmara, Julgado em 20/01/1993)

Ocorre que, além de ultrapassado - com a atual redação dos artigos 185 e 186 do CPP - esse entendimento se mostra a todo desarrazoado. O silêncio não constitui meio de prova, ou seja, não pode ser objeto de valoração do judiciário.

Sim, pois o silêncio, em si mesmo, não constitui um fato conhecido e provado, ou seja, não há como entendê-lo para comprovar o seu significado. Desse modo ele

²⁰ TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal. Vol. 04. São Paulo: Forense. P. 168

não tem o condão de levar a comprovação de um fato desconhecido principal (por indução).

Resumidamente, o silêncio há de ser compreendido como um nada e, do nada, nada pode decorrer, de tal sorte a não poder ser caracterizado como um indício para o entendimento do magistrado.

E como visto, não configurando um indício, também não há de configurar uma presunção, uma vez que inexistente “a *premissa necessária para que o raciocínio dedutivo possa se desenvolver e resultar numa presunção de culpabilidade*”²¹.

3.3. DIREITO AO SILÊNCIO NO INTERROGATÓRIO

O interrogatório é um ato probatório, personalíssimo, e há divergência quanto a sua natureza jurídica, isso porque, para alguns o interrogatório é meio de defesa, para outros é meio de prova. Há ainda o entendimento sobre as duas naturezas de forma simultânea.

Sua conceituação pode ser compreendida como um depoimento prestado perante uma autoridade, seja ela policial ou judicial, para esclarecimentos acerca de um fato criminoso que lhe está sendo imputado.

Seja como for, pela sistemática adotada pelo CPP, o interrogatório é um dos mais importantes atos probatórios do processo penal, sendo o principal momento de autodefesa do acusado e o primeiro e único contado desse com o magistrado.

É através deste ato que o juiz tem a oportunidade de observar para além das folhas do processo, ou seja, tem a oportunidade de humanizar a persecução penal conhecendo o réu, visualizando o seu comportamento, caráter, personalidade, e as mais diversas reações de um indivíduo.

Sob a ótica do acusado, contudo, este também acaba sendo o ato processual de maior angústia e receio, afinal trata-se de um ritual desconhecido, marcado pela oralidade, em que o acusado se encontra vulnerável, inseguro de seu futuro, perante uma autoridade judiciária completamente acostumada àquela situação.

²¹ PEREIRA, Gisele Mendes. Direito ao Silêncio no Processo Penal Brasileiro - 1ª ed. – Caixas do Sul/SC: Educs. 2012. P. 173

É nessa perspectiva, portanto, que a figura do advogado se mostra extremamente essencial. Afinal, até mesmo para exercer uma autodefesa é fundamental que o acusado disponha de um apoio do seu patrono.

Não são raras as ocasiões em que o nervosismo, o constrangimento e até mesmo a falta de cultura impossibilitam a compreensão das perguntas direcionadas ao acusado e até mesmo da conveniência da melhor estratégia para apresentar sua versão dos fatos.

Por esse motivo que as alterações introduzidas com a Lei 10.792/2003 (garantindo a imprescindibilidade do acompanhamento de um advogado e de uma anterior entrevista reservada nos interrogatórios), possuem suma importância no sentido de inibir os possíveis resquícios inquisitoriais desse ato tão complexo.

É, portanto, com as garantias trazidas pela Lei 10.792/2003 que o acusado possui plena capacidade de concluir com o seu patrono a melhor forma de não se tornar objeto de prova contra si mesmo, se utilizando, para tanto, da possibilidade de aplicação de um direito ao silêncio.

4. DIREITO AO SILÊNCIO PARCIAL DO ACUSADO E DO INVESTIGADO COMO FORMA DE GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.

4.1. O SILÊNCIO PARCIAL COMO DIREITO E DEFESA DO INTERROGADO

O direito do acusado e/ou investigação ao silêncio, como exaustivamente já demonstrado, é um tema que, nos dias de hoje, está sedimentado no sentido de sua completa aplicabilidade.

Além do amplo reconhecimento doutrinário e jurisprudência, este direito encontra amplo amparo legal, seja ele constitucional (art. 5, LXIII, da Constituição Federal de 1988), supranacional (art. 8º, n. 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos) ou infraconstitucional (art. 185, 186, 198 e 479 do Código de Processo Penal).

A questão que se coloca, porém, e que será objeto daqui para frente, diz respeito ao direito parcial ao silêncio do acusado e investigado.

Busca-se, assim, uma resposta a questão jurídica de amplo e frequente objeto de disputa na prática forense, ou seja, o reconhecido direito ao silêncio compreende apenas àquela situação de absoluto silêncio? ou também àquela situação em que o acusado opta por responder apenas algumas perguntas, ou seja, opta pelo seu silêncio parcial?

No mesmo ato ou fase processual, como por exemplo em seu interrogatório, pode o acusado optar por responder apenas as perguntas do seu advogado, se mantendo em silêncio quanto as perguntas do Ministério Público ou, eventualmente, do juiz? Pode o acusado responder apenas algumas perguntas da acusação?

Para responder essa gama de perguntas, que se resumem na temática do direito ao silêncio parcial, vale nos debruçarmos sobre um excelente artigo de autoria dos advogados Adriano Teixeira e Felipe Campana²².

²² TEIXEIRA, Adriano e CAMPANA, Felipe. Direito ao silêncio parcial no processo penal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-abr-13/teixeira-campanha-direito-silencio->

No referido artigo os autores lançam mão de ao menos três importantes argumentos que evidenciam a completa aplicabilidade do direito parcial ao silêncio, um de natureza lógica, outro de natureza material e, ainda, um argumento de exegese de lei.

O primeiro argumento lançado, de natureza lógica (*a fortiori*), se resume em dois pontos.

A uma, entende-se que se pode o mais, ou seja, negar-se a responder a totalidade das perguntas, não teria motivos para se negar o menos, ou seja, responder apenas algumas perguntas. Nesse sentido, o direito ao silêncio parcial seria um *minus* em relação ao direito ao silêncio.

A duas, pois se até as testemunhas - que tem o dever tanto de depor (art. 206, primeira parte, do CPP), quanto de dizer a verdade (art. 203 do CPP) – tem reconhecido do seu direito ao silêncio parcial, com maior razão esse direito deveria ser reconhecido ao imputado ou acusado, o qual sequer possui tais obrigações.

Sim, pois a testemunha, com fundamento no direito da não autoincriminação, pode permanecer parcialmente em silêncio. Não sendo raros os casos em que todas as perguntas feitas à testemunha possuem potencial de incriminá-la possibilitado, assim, o direito ao silêncio completo.

Portanto, tanto o imputado quanto as testemunhas possuiriam o direito ao silêncio parcial, tendo como diferença apenas o fundamento e a extensão para tanto, ao passo que a testemunha não possui a faculdade de escolher livremente as indagações que irá responder e o imputado sim.

O segundo argumento diz respeito a uma interpretação da segunda parte do artigo 186 do CPP. Vale a leitura do texto legal:

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. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Isso porque, da leitura do artigo, se verifica que o legislador se preocupou em destacar um segundo direito para além do direito de permanecer calado, qual seja o de não responder perguntas formuladas. Assim, se infere a positivação do direito parcial ao silêncio:

“o dispositivo legal não fala que o direito do acusado é de “não responder as perguntas”, mas sim afirma que o direito é de “não responder perguntas”, reforçando a ideia de que as perguntas que não serão respondidas ao longo do interrogatório não são perguntas previamente determinadas, mas sim serão parte da escolha do acusado”²³

E o terceiro e último argumento diz respeito a natureza material do interrogatório. Nas palavras dos advogados Adriano Teixeira e Felipe Campana:

“o interrogatório é pacificamente reconhecido como ato de defesa do acusado (mais especificamente é um dos momentos de exercício da autodefesa)], razão pela qual pode ser exercido por ele como bem entender, tendo em vista o direito constitucional à ampla defesa (artigo 5º, inc. LV, CF). Ao acusado é permitido, em seu interrogatório, não comparecer, fazer afirmações falsas, narrar sua versão dos fatos, não se ater aos termos das perguntas, se calar integralmente. Logo, não há fundamento para afirmar que o acusado não pode escolher as perguntas que pretende responder. Para que a ele seja reconhecido um exercício amplo da autodefesa, não é possível obrigá-lo a escolher entre responder todas as perguntas ou não responder nenhuma.”²⁴

Ou seja, se o interrogatório possui natureza jurídica de ato de defesa - a permitir que o acusado se ausente, minta, não se atenha as perguntas realizadas e se mantenha integralmente em silêncio - impedir o acusado de responder apenas as

²³ TEIXEIRA, Adriano e CAMPANA, Felipe. Direito ao silêncio parcial no processo penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-13/teixeira-campanha-direito-silencio-parcial#:~:text=Na%20realidade%2C%20tanto%20o%20imputado,e%20menor%20no%20da%20testemunha>>. Acesso em: 20 mai. 2022

²⁴ Idem.

perguntas que lhe convinha seria, em última análise, uma afronta ao exercício amplo da autodefesa.

Nesse sentido, sobre qualquer ângulo, o direito ao silêncio do acusado deve compreender não apenas aquele silêncio absoluto, mas também o direito do acusado ou imputado de responder apenas as perguntas que lhe convir, sem, necessariamente, necessitar que o juiz se convença que as perguntas não respondidas possuem um amparo no direito de não autoincriminação, como no caso dos depoimentos de testemunhas.

4.2. O DIREITO AO SILÊNCIO PARCIAL E O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS.

Ainda sobre a temática do direito a silêncio parcial, é cediço que os Tribunais ainda caminham para sedimentar um entendimento jurisprudencial, tratando-se, portanto, de questão ainda pouco debatida. Contudo, já há de se falar em tendências e consolidações de entendimentos.

Nesse sentido, no último dia 07 de abril, o Superior Tribunal de Justiça pela primeira vez decidiu o tema de forma colegiada, reconhecendo o direito ao silêncio parcial do acusado. Até então, a corte havia registrado somente decisões monocráticas.

Com esse entendimento, a 6ª Turma concedeu ordem de *Habeas Corpus* para cassar uma sentença de pronúncia, depois de demonstrado o prejuízo do réu ao ter seu direito de silêncio parcial cerceado.

Tratava-se de ação penal em que o réu havia sido pronunciado pela prática de homicídio qualificado por ordem de facção criminosa. No momento do seu interrogatório, contudo, ele anunciou que responderia apenas às perguntas formuladas por seu advogado.

Na oportunidade, o juiz de primeiro grau entendeu por bem encerrar o ato processual, consignado que, sem a possibilidade de o magistrado fazer perguntas, como prevê o artigo 188 do Código de Processo Penal, não haveria o que se esclarecer.

Irresignada a defesa interpôs *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina alegando o cerceamento do direito de defesa. O TJSC, contudo, denegou a ordem:

HABEAS CORPUS CRIMINAL. PACIENTE PRONUNCIADO PELA PRÁTICA, EM TESE, DOS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PRATICADO EM CUMPRIMENTO DE ORDEM DE FACÇÃO CRIMINOSA, COM EMPREGO DE ASFIXIA E MEDIANTE EMBOSCADA (ARTIGO 121, §2º, INCISOS II, III E IV, DO CÓDIGO PENAL), FRAUDE PROCESSUAL MAJORADA (ARTIGO 347, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL) E INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ARTIGO 2º, §§1º, 3º, 4º, INCISO IV, DA LEI N. 12.850/2013). ALEGAÇÃO DEFENSIVA SOBRE A POSSIBILIDADE DO ACUSADO, NO INTERROGATÓRIO JUDICIAL, RESPONDER APENAS AS PERGUNTAS DE SEU ADVOGADO. INTERROGATÓRIO ENCERRADO PELO JUIZ. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. O INTERROGATÓRIO, POR SER ATO PRIVATIVO DO JUIZ, CONFORME DICÇÃO DO ARTIGO 188 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, NÃO ABARCA A LÓGICA PROCESSUAL PRETENDIDA PELO ADVOGADO DE DEFESA. A SOLENIDADE DA FORMA PROPOSTA ESTARIA DESCONFIGURADA COMO 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, APRESENTADA EM QUAQUER FASE DO PROCESSO (ARTIGO 231 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) E ANALISADO COMO AS DEMAIS PROVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA²⁵

A controvérsia subiu ao STJ com a impetração de um novo *habeas corpus*. Foi então que o relator, desembargador convocado Olindo Menezes, destacou que, caso o réu opte por exercer o silêncio parcial, a lei não traz a previsão de encerramento do interrogatório sem que a defesa possa fazer as perguntas. Vejamos:

"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

²⁵ TJSC, HC 0351214-65.2021.3.00.0000, Des. Rel. ARIIVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA, 1ª Câmara De Direito Criminal, J: 26/10/2021

*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"*²⁶

Com isso, entendeu configurado o cerceamento de defesa e concedeu-se a ordem para cassar a sentença de pronúncia e realizar um novo interrogatório do acusado, a votação da turma foi unânime, vale conferir o acórdão do paradigmático julgado:

*HABEAS CORPUS. PRIMEIRA FASE DO JÚRI. NULIDADE DO INTERROGATÓRIO. RECUSA DE RESPONDER PERGUNTAS AO JUÍZO. CERCEADO QUESTIONAMENTOS DEFENSIVOS. ILEGALIDADE CONSTATADA.1. O artigo 186 do CPP estipula 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 formuladas2. O interrogatório, como meio de defesa, implica ao imputado a possibilidade de responder a todas, nenhuma ou a apenas algumas perguntas direcionadas ao acusado, que tem direito de poder escolher a estratégia que melhor lhe aprouver à sua defesa. 3. Verifica-se a ilegalidade diante do precoce encerramento do interrogatório do paciente, após manifestação do desejo de não responder às perguntas do juízo condutor do processo, senão do seu advogado, sendo excluída a possibilidade de ser questionado pelo seu defensor técnico.4. Concessão do habeas corpus. Cassação da sentença de pronúncia, a fim de que seja realizado novo interrogatório do paciente na Ação Penal n. 5011269-74.202.8.24.0011/SC, oportunidade na qual deve ser-lhe assegurado o direito ao silêncio (total ou parcial), respondendo às perguntas de sua defesa técnica, e exercendo diretamente a ampla defesa.*²⁷

²⁶ STJ, HC 703.978/SC, Min. Rel. OLINDO MENEZES, 6ª Turma, DJe: 07/04/2022

²⁷ Idem

Conforme também destacado pelo relator, a questão já havia sido aparecida pela Corte Cidadão em algumas oportunidades, sendo todas elas de forma monocrática.

A título de exemplo, em 2020, os ministros da se manifestaram ao menos duas vezes quanto ao tema.

Primeiro, durante julgamento de um Recurso Especial, o Ministro Rogério Schietti Cruz assegurou que:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. MAIOR EFETIVIDADE A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Por ocasião do julgamento do HC n. 127.900/AM, ocorrido em 3/3/2016 (DJe 3/8/2016), o Pleno do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do Código de Processo Penal, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais. Isso porque a Lei n. 11.719/2008 (que deu nova redação ao referido art. 400) prepondera sobre as disposições em sentido contrário previstas em legislação especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado (lex mitior).

2. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica dos feitos já sentenciados (CR, art. 5º, XXXVI), houve modulação dos efeitos da decisão: a Corte Suprema estabeleceu que essa nova orientação somente deve ser aplicada aos processos cuja instrução ainda não se haja encerrado.

3. Se nem a doutrina nem a jurisprudência ignoram a importância de que se reveste o interrogatório judicial – cuja natureza jurídica permite qualificá-lo como ato essencialmente de defesa –, não é necessária para o reconhecimento da nulidade processual, nos casos em que o interrogatório do réu tenha sido realizado no início da instrução, a comprovação de efetivo prejuízo à defesa, se do processo resultou condenação. Precedente.

4. 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

(...)

8. Recurso especial provido, para anular o interrogatório do recorrente e determinar que o Juízo de primeiro grau proceda à nova realização do ato (Processo n. 0000079-90.2016.8.26.0592, da Vara Criminal da Comarca de Tupã – SP).”²⁸

Em seguida, o ministro Felix Fischer concedeu ordem de habeas corpus de ofício para determinar a realização de nova audiência de instrução, a fim de possibilitar ao acusado, ora paciente, o seu direito de se manifestar livremente quanto ao mérito em seu interrogatório, seja de forma espontânea ou sob condução de perguntas de qualquer das autoridades, especialmente, do seu próprio patrocínio²⁹.

Por oportuno, confira-se os seguintes trechos da referida decisão:

Inicialmente, deve-se esclarecer que o interrogatório, embora conduzido pelo d. Juízo, é ato de defesa, muitas vezes, a única oportunidade de o réu exercer a sua autodefesa na instrução criminal.

(...)

Ocorre que o Código de Processo Penal não é claro sobre a possibilidade de o réu exercer o seu direito ao silêncio, quanto ao mérito, em bloco.

De outra forma, não proscreve a possibilidade, plausível até como forma de economia processual, já que o réu pode exercer sua autodefesa de forma livre, não havendo razões para se indeferir liminarmente que se manifeste sob a condução das perguntas de seu patrono.

²⁸ STJ, REsp 1825622/SP, Sexta Turma, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 28/10/2020

²⁹ STJ, HC 628224/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, decisão monocrática, DJE: 09/12/2020

Isso porque o interrogatório possui duas partes, e não apenas a identificação do acusado, quando o direito ao silêncio pode ser mitigado.

(...)

Em outras palavras, quanto ao mérito, a autodefesa se exerce de modo livre, desimpedido e voluntário.

Adiante, em 2021, o ministro Joel Ilan Paciornik, também em decisão monocrática, concedeu, de ofício ordem de *writ* para determinar que fosse refeito o interrogatório do réu, autorizando o mesmo a responder somente as perguntas de seu advogado, com a anulação de todos os atos subsequentes³⁰.

Portanto, das poucas vezes que a temática do direito parcial ao silêncio aportou à Corte Cidadão, essa foi uníssona em garantir a completa aplicabilidade desse direito aos acusados.

Ocorre que, mesmo diante dos precedentes acima expostos, ainda há diversos juízes e desembargadores que optam por impor sua própria regra processual, indeferindo a possibilidade de o réu só responder perguntas defensivas.

Aumenta-se, assim, a carga de processos por situações que os Tribunais Superiores já possuem entendimento pacificado, como bem desabafou o Min. Sebastião Reis durante a sessão de julgamento do RHC 126.272/MG, de relatoria do Min. Rogerio Schietti:

“Quanto se gastou com esse processo? O jeito que está não é possível continuar mais.”

(...)

Onde já se viu a quantidade de questões que temos que julgar porque os tribunais e MP não aplicam nossos entendimentos?

(...)

*Estamos vivendo em um mundo completamente irreal, completamente fora da realidade. O número de processos está aumentando. Não tem lógica”.*³¹

³⁰ STJ, HC 688748/SC, Rel Min. JOEL ILAN PACIORNIK, Decisão monocrática, DJe: 27/08/2021

³¹ MIGALHAS, Da redação. Indignado com caso de R\$ 4, ministro desabafa sobre volume processual Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/346499/indignado-com-caso-de-r-4-ministro-desabafa-sobre-volume-processual> . Acesso em: 31 out. 2022

Nesse sentido, verifica-se que, em que pese o Superior Tribunal de Justiça, ainda que de forma inicial, já venha sedimentando um consolidado entendimento a fim de possibilitar a aplicabilidade do direito ao silêncio parcial do acusado, há diversos tribunais estaduais que insistem em mitigar tal direito.

Ocorre que, aplicando os próprios entendimentos acerca da hermenêutica processualista, não é difícil concluir que os Tribunais estaduais acabam por ampliar a insegurança jurídica nas mesas de julgamento do país.

5. CONCLUSÃO

Além da questão do próprio direito ao silêncio como resultado de uma gama constitucional, assim como a sua interpretação diante do processo penal, chegando-se à conclusão de que o silêncio deve ser interpretado como um nada jurídico, constata-se que, segundo a visão ora explorada, o direito ao silêncio parcial é plenamente aplicável à dogmática do processo penal, sendo uma verdadeira manifestação de princípios constitucionais como da ampla defesa e da não autoincriminação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

MARTELETO FILHO, Wagner. O direito à não autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo. Belo Horizonte: Delrey, 2012, p. 77

FELDENS, Luciano. O direito de defesa: a tutela jurídica da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva – 2ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021, p. 105

ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Marmora. O direito ao silêncio: Evolução histórica. do Talmud aos pactos e declarações internacionais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Sao Paulo, rev. dos tribunais, jul/set, 2004. n.48, p.133-157.

PEREIRA, Gisele Mendes. Direito ao Silêncio no Processo Penal Brasileiro - 1ª ed. – Caixas do Sul/SC: Educs. 2012

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

DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte americano. São Paulo. Doutrinas Essenciais Processo Penal. Revista dos Tribunais, 2012. n.01.p. 921.

GRINOVER, Ada Pelegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 53, mar/abr 2005. Ed. Revista dos Tribunais. 2005

MOURA, Maria Thereza R. de Assis. Direito ao silêncio no interrogatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, nº 6, abr./jun. 1994.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010

MALATESTA, Nicola Framarino dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal – 2ª Ed. – Clássica: São Paulo.

DOTTI Apud TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, 4ª edição, São Paulo: RT, 2011.

GRINOVER, A. P. Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MACHADO, Luiz Alberto. A Presunção constitucional de inocência. Revista da Faculdade de Direito, Curitiba, v. 27, n.27, 1992/93.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal - 3. ed. revi, atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.,

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. Processo Penal Brasileiro – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal [e-book]. 24ª ed. São Paulo: 2020, p. 486.

TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal. Vol. 04. São Paulo: Forense.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. - 7 ed. - São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. – 7 ed. – São Paulo: Almedina. 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019

BRASIL. Constituição Política do Brasil de 1824. Rio de Janeiro/RJ, abr 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20 mai. 2022

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 20 mai. 2022

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988

TEIXEIRA, Adriano e CAMPANA, Felipe. Direito ao silêncio parcial no Processo Penal e em CPI. Breves considerações à luz de recentes decisões do STF e do STJ, Jota

(Penal em Foco), 15/09/2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/direito-ao-silencio-parcial-no-processo-penal-e-em-cpi-1509202>. Acesso em: 20 mai. 2022

TEIXEIRA, Adriano e CAMPANA, Felipe. Direito ao silêncio parcial no processo penal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-abr-13/teixeira-campanha-direito-silencio-parcial#:~:text=Na%20realidade%2C%20tanto%20o%20imputado,e%20menor%20no%20da%20testemunha>>. Acesso em: 20 mai. 2022

FERREIRA, Jonathan. Direito ao silêncio, parcial ou total? Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/95941/direito-ao-silencio-parcial-ou-total>>. Acesso em: 20 mai. 2022

HIGÍDIO, José. Ministro do STJ garante direito a silêncio seletivo e ordena novo interrogatório. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-ago-29/ministro-stj-garante-direito-silencio-seletivo-ordena-interrogatorio>>. Acesso em: 20 mai. 2022

MIGALHAS, Da redação. Indignado com caso de R\$ 4, ministro desabafa sobre volume processual Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/quentes/346499/indignado-com-caso-de-r-4-ministro-desabafa-sobre-volume-processual> >. Acesso em: 31 out. 2022

STJ, REsp 1825622/SP, Sexta Turma, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 28/10/2020

STJ, HC 628224/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, decisão monocrática, DJe: 09/12/2020

STJ, HC 688748/SC, Rel Min. JOEL ILAN PACIORNIK, Decisão monocrática, DJe: 27/08/2021

STJ, HC 703.978/SC, Min. Rel. OLINDO MENEZES, SEXTA TURMA, DJe: 07/04/2022

TJSC, HC 0351214-65.2021.3.00.0000, Des. Rel. ARIIVALDO ROGÉRIO RIBEIRO
DA SILVA, 1ª Câmara De Direito Criminal, J: 26/10/2021