

EDITORES

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

CONSELHO CONSULTIVO

Alvaro Mayrink da Costa

Antonio Carlos Martins Soares

Augusto Zimmermann

Aurélio Wander Bastos

Elida Seguin

Flávia Lages de Castro

Flávio Alves Martins

Gisele Citadino

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

João Theotonio Mendes de Almeida Jr.

José Ribas Vieira

Luiz Paulo Vieira de Carvalho

Marcello Ciotola

Omar Gama Ben Kauss

Rafael Barretto

Sergio Demoro Hamilton

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Freitas Gimara

Amilton Bueno de Carvalho

Andriya Mendes de Almeida Scherer Navarro

Artur de Brito Gueteros Souza

Cezar Roberto Bionencourt

Cesar Flores

Cristiano Claves de Farias

Carlos Eduardo Adriano Jajajassi

Elpidio Donizetti

Emerson Garcia

Fauzi Hassan Choukr

Firly Nascimento Filho

Francisco de Assis M. Tavares

Gerardo L. M. Prado

Guatavo Stinchel de Goffredo

João Carlos Soatto

José dos Santos Carvalho Filho

Lucio Antonio Channon Junior

Manoel Messias Peixinho

Marcelina Polastri Lima

Marco Aurélio Bezerra de Melo

Marcos Jurama Villela Soatto

Nelson Rosenvald

Paulo de Jesus Antunes

Paulo Ranjot

Ricardo Maximino Gomes Ferraz

São de Carvalho

Sergio André Rechha

Sidney Guerra

Taliss Nameria Sardo Jorge

Victor Camerino Drummond

Minas Gerais

Rua Tenente Brito Mallo, 1.233

CEP 30180-070 - Barro Preto

Belo Horizonte - MG

Tel. (31) 3309-4937

Bahia

Rua Dr. José Peroba, 349 - Sls 505/506

CEP 41770-235 - Costa Azul

Salvador - BA - Tel. (71) 3341-3646

Rio Grande do Sul

Rua Riachuelo, 1335 - Centro

CEP 90010-271 - Porto Alegre - RS

Tel. (51) 3212-8590

Espírito Santo

Rua Constante Sodré, 322 - Térreo

CEP: 29055-420 - Santa Lúcia

Vitória - ES.

Tel.: (27) 3235-8628 / 3225-1659

Rio de Janeiro

Centro - Rua da Assembleia, 10 Loja G/H

CEP 20011-000 - Centro

Rio de Janeiro - RJ

Tel. (21) 2531-2199 Fax 2242-1148

Barra - Avenida das Américas, 4200 Loja E

Instituição Estadual de Saúde

campus Tom Jobim - CEP 22630-011

Barra da Tijuca - Rio de Janeiro - RJ

tel. (21) 2432-2548 / 3150-1980

Jo Paulo

Correa Vasques, 48 - CEP: 04038-010

3 Clementino - São Paulo - SP

fax (11) 5908-0240 / 5081-7772

Flóia

S quadra, 402 bloco B Loja 35

70235-520 Asa Sul - Brasília - DF

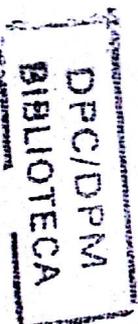
313225-8569

GERALDO PRADO
DIOGO MALIAN
Coordenadores



**PROCESSO PENAL E DEMOCRACIA:
Estudos em Homenagem aos 20 Anos da
Constituição da República de 1988**

EDITORA LUMEN JURIS
Rio de Janeiro
2009



que ponha em risco o julgamento criminal justo e imparcial; 2. discorrer sobre a estrita necessidade e idoneidade da medida, esclarecendo o porquê de providências alternativas não serem suficientes para alcançar o fim almejado; 3. estabelecer em termos claros e precisos quais são as condutas expressivas vedadas, bem como quais os destinatários da ordem proibitiva.⁴⁴⁻⁴⁵

Não se faz necessária previsão legislativa para que os juízes possam impor medidas proibitivas nessa matéria, a fim de harmonizar os direitos constitucionais colimada com a liberdade (previamente fixada pelo juiz), podendo configurar ainda crime de desobediência.

Em breves síntese, há um cardápio de medidas que podem ser adotadas pelo juiz para solucionar a colisão dos direitos fundamentais analisada nesse trabalho. Todas elas comparáveis com o ordenamento constitucional brasileiro, o qual não confere liberdade de expressão proteção absoluta ou preferencial em abstrato, e que, por outro lado, assegura, sob a Carta de 1988, como nunca antes na história do país, proteção ampla às garantias do devido processo legal. Assim, até mesmo as medidas judiciais preventivas são admissíveis, desde que adequadamente justificadas, sob o postulado da proporcionalidade.

O importante é que a doutrina e jurisprudência nacionais passem a reconhecer o *trial by media* como uma típica situação de colisão de direitos fundamentais. Estabelecida essa premissa teórica, abre-se o caminho para que sejam discutidas as soluções adequadas para a realização dos direitos constitucionais colidentes. O presente trabalho pretendeu apenas contribuir para essa relevante discussão.

⁴⁴ *Poder-se acrescentar* se a medida deve ser entendida a todos os veículos ou apenas aqueles que estiverem engajados na transmissão midiática. Se o conteúdo da proibição estiver bem delimitado, de modo a alcançar apenas as transmissões preventivas no *trial by media*, é importante que a medida atinja todas as empresas de comunicação (como ocorreu no caso *Nelanda*). Isso porque uma ordem direcionada para algumas delas pode ser inviável por questões técnicas. Como observa Jozias Machado (*Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucional da esfera pública no sistema social*, Coimbra: Coimbra editora, 2002, p. 489), o princípio da igualdade leva para impedir a censura, pois o governo não pode controlar seletivamente o conteúdo de algumas transmissões midiáticas online. Assim, uma decisão proibitiva que alcance todos os veículos, embora apresente uma gravosa, será os meios midiáticos e possivelmente mais idóneos para debater a situação de *trial by media* que a justificar. Isso porque o impacto da ordem sobre a imprensa em geral poderia ser mais negativo do que a possibilidade no *trial*, gerando a necessidade de várias intervenções localizadas o que aumentaria o custo e reduziria a eficácia da medida.

⁴⁵ Os estudos ora sugeridos também não diferem essencialmente dos estabelecidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *Sunday Times v. United Kingdom*. Nesse julgamento, o Tribunal Europeu não negou a possibilidade da adoção de medidas de prior restrição, justificada sob o art. 10.2 da Convenção. No caso, a ordem de cessar-fogo emitida pela justiça inglesa foi inválida: 1. por ter sido considerada excessivamente ampla; 2. por não ter ficado evidenciada sua idoneidade, bem como pela violação da harmonia entre fins divergentes; e 3. pelo fato de o artigo jornalístico vedado estar redigido em termos moderados; 4. pelo fato de a censura objeto da proibição estar em fase de censura de acordo entre as partes, ainda que sob supervisão judicial, não se encontrando ainda sob julgamento escrito sem.

A Doutrina Brasileira do Direito ao Silêncio: O STF e a Conformação do Sistema Processual Penal Constitucional

Tiago Bettin¹

"A ansia humana pela verdade, que, em seu holocausto, tantas vidas vem, de há muito, consumindo, tem, na justiça penal, impellido legisladores e juristas à pretensão de ouvir a boca do próprio indiciado. Exorcismos, juramentos, torturas físicas e morais, violências químicas e psicológicas de toda espécie constam da história do direito judicial penal, como arriscadas tentativas para assegurar ao juiz o exame do que vai pela consciência de um acusado, através do seu interrogatório. É a sôfrega busca da fórmula mágica do orno da verdade judicial. Contudo, bem comparáveis aos sonhadores alucinistas da Idade Média são os que a tem procurado descobrir como um precipitado químico provocado pelas reações do indiciado".¹

1. Introdução

Esse trabalho representa um breve apanhado das idéias desenvolvidas na tese de Doutorado em Direito Constitucional pela PUC-Rio, cujo objetivo era investigar a construção pelo Supremo Tribunal Federal de significados para o direito ao silêncio, também chamado de garantia de vedação de auto-incriminação, uma garantia processual penal de assento constitucional.

Durante a elaboração da tese foram identificados todos os atores profissionais pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema, desde a promulgação da Constituição de 1988 até o dia 31 de dezembro de 2007. Posteriormente, a partir do exame crítico do inerte teor dos julgados, foram analisados os argumentos utilizados na fundamentação das decisões que delimitam o conteúdo da referida garantia, procurando identificar de que forma o Supremo Tribunal Federal construiu um significado bastante diferente do que derivaria da simples interpretação gramatical da

¹ Advogado criminal. Doutor em Direito Constitucional (PUC-Rio), Professor de Direito Penal e Processual Penal da FGV, Direito-Rio.

¹ ROMERO, Jorge Albertor. *Do interrogatório do acusado*. Rio de Janeiro: ALEA editora gráfica, 1942. Tese de livre docência apresentada perante a Faculdade de Direito de Navarra.

Constituição, bem como da interpretação consolidada dessa garantia por cortes internacionais e supranacionais.

A escolha da garantia de vedação de auto-incriminação, prevista no art. 5º, inc. 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” – como foco do estudo que discutia o papel do Supremo Tribunal Federal na conformação de um novo sistema processual penal logo após a promulgação da Constituição de 1988, deveu-se a dois fatores principais. Em primeiro lugar, o fato de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao longo dos quase vinte anos de vigência da Constituição, modificou consideravelmente o alcance dessa norma. Um observador que ignorasse as decisões do STF e buscasse construir o significado dessa garantia apenas por meio das leis e da doutrina jurídica clássica jamais descobriria o verdadeiro conteúdo que ela possui hoje na dinâmica de aplicação do direito e na prática jurisprudencial. Como se constatou ao longo do trabalho, o Supremo Tribunal Federal deu ao inc. LXIII, do art. 5º, da Constituição uma interpretação sensivelmente diferente daquela que poderia ser extraída da simples leitura do dispositivo e distinta, ainda, da interpretação atribuída por outras cortes judiciais.

O exame dos julgados indica que esse conteúdo foi construído por meio de diferentes recursos, como o uso de precedentes jurisprudenciais de cortes internacionais e a interpretação a partir dos tratados internacionais de direitos humanos. Mas, sobretudo, o Supremo Tribunal Federal lançou mão do uso de argumentos principiológicos como forma de aproximar o texto constitucional (e o infraconstitucional) dos valores que animam um Estado Democrático de Direito. Nesse mesmo aspecto, é relevante confrontar essa atividade de construção de significados para garantias processuais penais com a variação da composição do Supremo Tribunal Federal ao longo do tempo.

Em segundo lugar, a escolha é resultado do reconhecimento de que tal garantia desempenha um papel estruturante na construção de um sistema punitivo compatível com um Estado Democrático de Direito. Embora haja outras garantias igualmente fundamentais – tais como o juiz natural, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a vedação de provas ilícitas, a presunção de inocência etc. –, o regime jurídico da auto-incriminação é crucial para a diferenciação entre dois modelos opostos de sistema punitivo: o modelo democrático e o modelo autoritário. No presente artigo, antes de apresentar as conclusões alcançadas durante a pesquisa, é preciso mencionar, ainda que de forma breve, as premissas teóricas sobre as quais se apoiou o trabalho. O artigo divide-se em três partes. Inicialmente, serão apresentadas algumas premissas que tratam do arcabouço teórico subjacente ao estudo de casos sobre o direito de não se incriminar: o ativismo judicial e o conceito de garantia estruturante. Em seguida, será feito um rápido panorama dos contornos que essa garantia possui no âmbito da justiça dos Estados Unidos da América, da Alemanha e da Corte Europeia de Direitos Humanos. Embora não se trate de um

estudo de direito comparado, o exame da jurisprudência estrangeira é útil para compreender a atividade criadora do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Por fim, serão apontados os julgados mais representativos dentre os examinados na pesquisa, de modo a acompanhar o processo histórico de criação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, bem como o conceito que essa garantia alcançou. Os casos estudados foram divididos em três grandes eixos de análise. O primeiro grupo de casos foca a construção do significado do elemento normativo constante do art. 5º, inc. LXIII, enquanto destinatário do direito fundamental individual previsto na Constituição. Já o segundo grupo de casos examina o alcance dessa locução. Por fim, o terceiro eixo de análise recai sobre o desdobramento do direito na atuação da defesa técnica.

2. Arcabouço teórico: ativismo judicial, teoria democrática e garantias estruturantes

A primeira premissa tratou da expansão do Poder Judiciário brasileiro a partir da promulgação da Constituição de 1988. Por ser um texto constitucional caracterizado pela positividade de valores sob a forma de comandos normativos e pela profusão de normas orientadas por diferentes perspectivas ideológicas, o Supremo Tribunal Federal ser viu diante da tarefa necessária de definir os limites das diversas normas constitucionais. Além disso, o ativismo judicial brasileiro seguiu um modelo pelo qual passavam as demais democracias constitucionais, de abandono das posturas formalistas e legalistas em prol de decisões que, muitas vezes, transformaram o Poder Judiciário no principal protagonista do cenário político brasileiro.

No caso brasileiro, além de resultar do próprio modelo adotado pela Constituição de 1988, a expansão do Poder Judiciário foi impulsionada pela crise do Estado brasileiro logo após a redemocratização.

Herdeira da tradição autoritária, a profusão legislativa do Poder Executivo tornou o Poder Legislativo refém na elaboração da pauta política nacional, gerando um desequilíbrio entre os poderes. O quadro se deteriorou na medida em que se buscou resgatar a imagem e a “dignidade” da função legislativa por meio da instauração de sucessivas Comissões Parlamentares de Inquérito – situação que deveria ser excepcional, já que representa a atribuição ao parlamento de poderes próprios das autoridades judiciárias. Como consequência das demandas normativas não atendidas pelo Poder Legislativo, o Poder Judiciário é instado a atuar para resolver os conflitos coletivos sociais, bem como para controlar os demais poderes políticos por meio de interpretações do direito.²

² O poder Judiciário tem consciência desse fenômeno. Veja-se, a propósito, o discurso do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, na abertura do Ano Judiciário de 2005: “Eu creio, senhor

Ao lado de um Poder Executivo que se arvora em legislador e de um Poder Legislativo que quer fazer as vezes de um julgador, o Poder Judiciário tem demonstrado, cada vez mais intensamente, um comportamento de agência executora das políticas públicas.

Na seara penal, a falência do Executivo na criação de uma teia social que atue diretamente sobre fatores relacionados à criminalidade repercute na forma que atua sobre o Legislativo, que passa a ser bombardeado por demandas como forma de penas, diminuição da maioria penal, restrição de direitos dos processados e condenados, brutalização da execução da pena e, por fim, flexibilização de garantias individuais em prol de uma eficiência estatal no combate ao crime. Contudo, a edição de novas leis (ou desse tipo de leis) não é suficiente para lidar com fenômenos complexos como a criminalidade violenta.

A frustração coletiva é canalizada, então, para o Poder Judiciário, sob a forma de incompreensão do respeito a fórmulas consagradas e a demanda por interpretações restritivas de garantias individuais. Afirmações que normalmente seriam caras a aqueles que as fizessem, como a viabilidade de condenações com provas circunstanciais, admissibilidade de provas ilícitas e restrição à atividade dos advogados de defesa e perseguição a juízes cujas decisões são mais liberais passam a ser vivamente defendidas, inclusive em editoriais jornalísticos.

Today, o perigo não está nos periódicos; mas nas sentenças. Segundo a avaliação de Roberto Bergalli, embora a nova postura de ativismo do Poder Judiciário surja ligada à defesa e à valorização dos direitos fundamentais, sua aplicação em matéria de direito penal e processual penal, contraditoriamente, não tem se revelado um mecanismo para aprimorar a proteção da liberdade dos indivíduos, mas sim um instrumento a serviço da ampliação dos poderes punitivos e persecutórios do Estado.³

res, que nós observamos neste ano, e nestes últimos anos, um crescente protagonismo judicial, seja neste tribunal, quando, agora as questões técnicas específicas, acabou o controle da constitucionalidade se transferindo também numa instância recursal da luta política. Por diversas vezes aqui examinamos o prolongamento da disputa política junto ao Congresso Nacional em relação à elaboração legislativa. Tivemos, em alguns casos, o uso da Ação Direta no sentido de ser um instrumento, inclusive para maior visibilidade de posições político-partidárias. Tivemos também o uso da ação direta por partidos políticos visando a busca do debate constitucional. Mas ao fim, um crescimento inenxato da disputa judiciária como um prolongamento da disputa política trazendo o Supremo Tribunal Federal e as estruturas judiciárias para o centro do debate político nacional. Houve também durante esse período, principalmente a partir dos anos 90, uma progressiva judicialização das questões de massa, e dos debates de massa. Houve um acréscimo de funções no sistema judiciário exatamente porque passou o sistema judiciário a integrar a agenda nacional como um *locus* para o debate das grandes questões nacionais".

3 A análise de Bergalli não foca o ativismo judicial brasileiro, mas sim aquele das democracias constitucionais europeias, que passaram por processo semelhante ao brasileiro. "Desde hace algún tiempo se presencia un fenómeno que, con mayor o menor propiedad – tanto en lenguaje periodístico como en ciertos niveles de estudio – se denomina como protagonismo judicial. El fenómeno consiste en una aparente hiper-actividad de la actuación pública y la jurisdicción penal, llamada a intervenir en asuntos de una supuesta mayor entidad política respecto de los otros para las que regularmente aquellas están preclusivas" (BERGALLI).

No âmbito da segurança pública, a ineficácia do Poder Executivo transparece na falta de capacidade de desenvolver um policiamento intensivo e investigativo (com atuação direta na repressão do crime e identificação do seu autor) e na falência do sistema penitenciário (abdicando do dever de criar as condições de ressocialização do preso), deixando ao Poder Judiciário a caótica missão de promover o combate à criminalidade organizada e gerenciar as contínuas crises carcerárias.

Consequência inexorável desse movimento foi o surgimento de grandes expectativas relativamente à capacidade do Poder Judiciário de manter esse comportamento em grandes proporções. No entanto, agora decisões pontuais rápidas (e inviáveis para o Poder Judiciário já se mostrou incapaz de reagir às demandas de soluções imediatas, sofrendo críticas sobre seu funcionamento cotidiano, geralmente associadas à dificuldade de acesso à justiça, morosidade na tramitação dos processos, alto custo de manutenção dos litígios, ineficiência administrativa e gerencial, bem como falta de transparência e de responsabilidade na gestão dos tribunais.

Por outro lado, no âmbito do sistema punitivo, o ativismo judicial empreendeu diversos movimentos ao ensejo de promover a "purificação ética" da vida nacional, assumindo iniciativas persecutórias e policiais, geralmente com foco na corrupção dos funcionários públicos e de integrantes do próprio Poder Judiciário. Todavia, essa "missão" autocometida pelos juízes inviabiliza o exercício de seu verdadeiro dever constitucional, de garantir os direitos individuais de iniciativas arbitrárias por parte do Estado, levando-os a agir fora e além das suas atribuições constitucionais.⁴

Com efeito, um dos aspectos de maior relevância no atual debate brasileiro sobre os direitos fundamentais remete à discussão sobre a atuação do Poder Judiciário na construção de significados para determinados enunciados normativos que veiculam garantias fundamentais. A atividade criadora do Supremo Tribunal Federal em matéria de garantias constitucionais foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal quando se afirmou ser seu dever delimitar "o círculo de atuação das instituições estatuídas" (Habeas Corpus nº 73.035-3/DF, Pleno), ou "definir a exata conformação do âmbito de proteção dos direitos individuais" (Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 91.514-1/BA, decisão monocrática do relator, Ministro Gilmar Mendes).

Roberto: **Protagonismo judicial y representativdad política**. DOXA. Cuadernos de filosofía do direito nº 15-16, Alicante: Universidade de Alicante, 1994, p. 423).

4 Um exemplo é a "Operação Passagem", delatada pela Polícia Federal em 10 de abril de 2008, abrangendo três Estados (Minas Gerais, Bahia e Distrito Federal), e que resultou na prisão de 52 pessoas, dentre elas 17 prefeitos e 1 juiz federal, suspensos de participar de um esquema de liberação irregular de verba do Fundo de Participação dos Municípios. Todas as medidas foram decretadas pelo juiz Corregedor do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1), em Brasília, Juir Aram Meguerian. Dois dias depois, o Plenário do TRF-1 determinou a imediata colocação dos presos em liberdade. Segundo o TRF-1, a prisão dos envolvidos não era necessária nem o Corregedor tinha poder para tomar essa decisão, uma vez que atua em questões administrativas.

Embora a definição de valores políticos por parte do Poder Judiciário seja potencialmente perigosa de modo geral – trazendo desequilíbrio para a harmonia dos Poderes – ela se torna especialmente temerária quando, em matéria penal, se presta a ampliar os poderes persecutórios do Estado em detrimento do indivíduo. Afinal, em sua fundamentação política, o Estado liberal tem sua justificação teórica focada na relação Estado-governado, privilegiando-se a autonomia individual em detrimento de uma determinada concepção moral de bem comum. O coletivo do poder social para alcançar essa suposta concepção de bem comum é visto como uma fonte de perigo, já que o Estado não tem pretensões morais independentes das dos indivíduos.

No campo do direito processual penal essa discussão revela-se com particular clareza. A demanda social por segurança que deveria ser naturalmente dirigida ao Poder Executivo, responsável por todas as agências e instituições diretamente envolvidas no processo de controle social, é deslocada para a órbita do Poder Judiciário. Este, por sua vez, é instado a abandonar seu papel passivo de protetor dos direitos individuais para assumir postura ativa no “combate ao crime”.

Assim, verifica-se que o discurso do medo e da necessidade de combate ao crime é dirigido ao Poder Judiciário na forma de exigência de uma postura menos garantista e mais condenatória. Propugna-se que, em determinadas situações, sejam afastadas garantias constitucionais cujo reconhecimento e aplicação no caso concreto constituam empecilhos à desejada punição. Por meio do recurso à ponderação ou à razoabilidade, constroem-se discursos em que se nega a existência de direitos abso-
lutos e, portanto, a possibilidade de que as garantias individuais sejam parcialmente afastadas, a fim de que não se impeça a concretização da punição.

Polariza-se a discussão entre a eficiência (entendida a inexorável aplicação do direito penal a todos os casos em que houver violação da norma) e a formalidade (considerada como interpretação dogmática do direito, dissociada do interesse público). Ora, é fácil perceber que o que se opera é a verdadeira transformação do Poder Judiciário em agência executiva do governo. Eficiência do Poder Judiciário deixa de ser a pronta e corajosa proteção do indivíduo de qualquer violação de seus direitos pelo Estado e se transforma na total retirada da proteção ao indivíduo por meio da negação de suas garantias individuais.

Essa postura não é a que se espera do Poder Judiciário quando se trabalha com a perspectiva de um Estado Democrático de Direito. Aqui, a função do Poder Judiciário é assegurar que a decisão que restringe a liberdade individual esteja baseada somente na verdade processual, limitando o arbítrio punitivo, assegurando a racionalidade do juízo, desistindo-o, o mais possível, de juízos valorativos e subjetivos e reduzindo-o aos casos de grave violação aos bens jurídicos de dignidade constitucional.

Cabe ao Judiciário o papel contra majoritário de impor limites à soberania popular por meio da afirmação dos direitos fundamentais. Com efeito, acredita-se que determinados conteúdos materiais, que decorrem dos fundamentos políticos e

jurídicos que animam a idéia de um Estado de Direito estão além da possibilidade de deliberação democrática. Alguns desses conceitos, por sua vez, impõem escolhas sobre normas de natureza penal e processual penal. Essa teoria democrática contém distica ecoa a preocupação de autores como Luigi Ferrajoli, que sustentam a impossibilidade – tanto empírica como teórica – de se falar em outra democracia que seja a democracia constitucional.

A “democracia constitucional”, de que fala Ferrajoli, consiste no reconhecimento de uma dimensão substancial ao lado da dimensão formal da democracia, modo que as leis devessem sua legitimidade a um processo de validação simultaneamente substancial e formal, representada pela coerência entre essa produção legislativa com os valores que animam a estruturação do Estado.

Tais elementos correspondem ao núcleo duro das constituições, encontrando-se na esfera daquilo que não está submetido à maioria e nem mesmo à unanimidade dos cidadãos. Diante dessa perspectiva, torna-se necessária uma investigação que determine que elementos constitucionais desempenhariam a função de proteger a comunidade de seus próprios excessos, sem que isso significasse impedir-lhe de cumprir sua própria história e de exercer sua autonomia política.

Essas mesmas preocupações estão presentes, ainda que em menores proporções, quando se pretende estruturar um sistema punitivo democrático. Trata-se de incorporar na dogmática do direito penal e processual penal as preocupações democráticas no tocante à existência de determinados conceitos substanciais que assumem o papel de *conditio sine qua non* na estruturação de um sistema punitivo ilustrado, racional, moderno e democrático, assim entendido porque preserva a autonomia dos indivíduos frente ao Estado e ao controle que este exerce sobre aqueles.

Nesse contexto, sobressai a importância da garantia processual penal do direito ao silêncio. O reconhecimento dessa íntima relação entre a natureza jurídica do interrogatório e o tipo de sistema processual penal é declarado por vários autores, embora seja ignorado (propositalmente ou não) pela maioria. Dentre aqueles que expressamente declararam essa vinculação entre as palavras do acusado e os objetivos da lei processual penal estão Claus Roxin⁵ e Manuel da Costa Andrade.⁶

5 “Pertenece a los principios internacionales reconocidos de un procedimiento penal propio del Estado de derecho que el imputado no tiene que incriminarse a sí mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*) y que tampoco su esfera individual debe quedar desprotegida, a merced de la intervención del Estado”. ROXIN, Claus. *Libertad de autodeterminación y protección de la persona del imputado*. In BAVGÜN, David *et al.*: *Estudios sobre Justicia Penal en homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Porco: 2005, p. 422.

6 “O principio *nemo tenetur se ipsum accusare* ganha, assim, o significado de uma decisiva pedra de toque, imprimindo caráter 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. Não devendo, pois, estranhar-se que as grandes linhas de clivagem e de afrontamento que marcam a evolução histórica das instituições processuais penais se tenham invariavelmente repercutido neste tópico” (ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 122).

Quando se estrutura um sistema processual penal, o ponto principal dirá respeito aos limites postos à busca da verdade. Quando um Estado sucumbe à tentação autoritária de buscar o conhecimento dos fatos e a prova do crime por meio do indivíduo acusado no processo, o homem é reduzido à condição de objeto dos processos e ações estatais, deixando em segundo plano a proteção de vários direitos ligados à dignidade humana (como a intimidade, a proteção contra humilhações, etc.).

Nesse modelo, o interrogatório constitui um meio de prova, ou seja, uma das formas pelas quais os agentes públicos alcançarão a verdade dos fatos. Em nome da busca da verdade, muitos ordenamentos previam até mesmo a tortura física do investigado ou acusado.⁷ Esse modelo processual penal encontra defensores até hoje, cujos argumentos a favor da brutalização da autonomia individual em nome do "combate ao crime" vêm travestidos sob a roupagem do ideal de segurança como valor fundamental, a supremacia do bem comum sobre os direitos individuais e aos apelos a regras de exceção.⁸ É nesse contexto que os direitos e garantias fundamentais são apresentados como causas impeditivas ao funcionamento eficiente do sistema.

Oposto ao modelo autoritário está o modelo democrático, em que o indivíduo não perde sua condição de sujeito na relação processual. Ele não é o objeto da investigação, mas um ator em igualdade de condições com a parte acusatória. Aqui, a liberdade do indivíduo é anteposta aos interesses repressivos, tomando-se a garantia de não se auto-incriminar como barreira intransponível na instrução probatória por parte da acusação. Por conseguinte, o sistema resultante será fundamentalmente garantista e, por isso, intimamente conectado aos pressupostos que estruturam o Estado Democrático de Direito.

Ao invés de se buscar a condenação de todos os culpados, ainda que à custa de uns poucos inocentes, o objetivo do Direito Processual Penal em um Estado Democrático de Direito é impedir a condenação de qualquer inocente, mesmo que isso importe não punir alguns culpados em face dos quais não se logrou reunir pro-

7 "Infelizmente, o processo penal ainda não deixou de ser um ritual de degradação do status social do indivíduo e a humilhação do acusado subsiste como elemento importante e pouco custoso dos mecanismos de repressão; essa dolorosa constatação parece mais reforçada nos domínios da prova, pois a tentativa de buscar-se o conhecimento dos fatos através de seu principal protagonista (se culpado) é muito grande e ta para o réu; na técnica da inquirição, constitui uma liberação para o goipe que é a dentro a acusado, como fonte de prova, talvez seja o ponto de maior distanciamento entre os dois sistemas probatórios contemporâneos." (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 99).

8 Um excelente exemplo é a banalização da prisão temporária. Criada pela lei para aplicação em hipóteses muito restritas e com tempo de duração muito limitado (5 dias), posteriormente ampliado para 30 dias nas casos de crimes hediondos), a prisão temporária passou a ser decretada em todas as operações policiais aplicadas para constrianger o suspeito e tomar seu interrogatório em situação de submissão aos agentes públicos. Assim é que, uma vez prestado depoimento, os próprios policiais ou o Ministério Público manifestam-se pela desnecessidade da prisão.

vas suficientes. E essa lógica reflete na busca da prova: sejam os indivíduos culpados ou inocentes, esse modelo processual penal não lhes retira a proteção jurídica da dignidade⁹ e lhes assegura o direito de defesa.

Por essa razão, o interrogatório deixa de ser um meio de prova para transformar-se em meio de defesa, mais especificamente de autodefesa, permitindo ao indivíduo escolher entre colaborar com a ação do Estado com vistas a puni-lo, ou não se auto-incriminar. A tortura como meio de prova dá lugar ao silêncio como meio de defesa. A obtenção da confissão de um suspeito ou acusado já não é o objetivo mais importante do processo.

É o reconhecimento de que não se pode exigir do indivíduo um compromisso com a busca da verdade e a realização da justiça penal pelo Estado maior que o comprometimento que tem com sua própria liberdade. Não obstante a inclusão seja admitível do ponto de vista de certa moral, e o Direito Penal brasileiro se exige que o compromisso moral do indivíduo com uma visão coletiva de sociedade ultrapasse o senso de autodefesa que se manifesta em situações como essa.

Ademais, não respeitar a garantia da vedação de auto-incriminação significa transformar a confissão em obrigação do indivíduo e, portanto, dever do Estado garantir seu cumprimento. Se o réu tem o dever de confessar e não o fizer, o Estado poderá puni-lo ou mesmo buscar meios mais ou menos invasivos para constrangê-lo a falar. Ao estabelecer que o indivíduo tem um dever para consigo mesmo que supera o dever que tem para com a justiça penal, ao estabelecer que a dignidade humana não comporta a instrumentalização do indivíduo como fonte de prova prejudicial a si mesmo; ao estabelecer que o cidadão não precisa se auto-incriminar, o sistema punitivo torna-se adequado ao Estado Democrático de Direito.

3. O panorama do direito ao silêncio no cenário internacional

Embora não se tenha pretendido realizar o estudo comparado das decisões do Supremo Tribunal Federal e das cortes internacionais e supranacionais acerca da garantia de vedação de auto-incriminação, era patente a importância da análise de casos que servissem como parâmetro para compreender o grau de ativismo judicial das decisões nacionais.

9 "Ademais, o direito ao silêncio, que assegura a não-produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana". Trecho da decisão monocrática do relator, Ministro Gilmar Mendes, na Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 91.514-1/BA, ainda sem julgamento colegiado pelo Supremo Tribunal Federal.

10 Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III - ter o agente (...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.

Além disso, em alguns casos é possível perceber que o Supremo Tribunal Federal interpretou o texto constitucional a partir de uma perspectiva mais ampla, incorporando as experiências normativas e jurisdicionais estrangeiras sobre normas similares. Conhecer a amplitude dessa garantia em países que, como o Brasil, erigiram a vedação de auto-incriminação à condição de direito fundamental, permitirá compreender o verdadeiro alcance da expressão "doutrina brasileira do direito ao silêncio".

O sistema jurídico que conferiu maior popularidade ao direito ao silêncio (por meio de sua indústria televisiva e cinematográfica, além da especial predileção por enredos envolvendo julgamentos criminais) foi o dos Estados Unidos da América, em cuja Constituição o direito ao silêncio foi incorporado pela 5ª emenda.

Inicialmente, as garantias fundamentais introduzidas pelas dez primeiras emendas à Constituição dos EUA¹¹ foram consideradas aplicáveis exclusivamente no âmbito da jurisdição federal. Posteriormente, em 1868, a 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. No entanto, inicialmente, a Suprema Corte dos EUA resistiu a incorporar esse entendimento, inclusive no que tange à garantia de vedação da auto-incriminação.¹²

Embora sejam produções legislativas dos séculos XVIII e XIX, a 5ª e a 14ª emendas não foram exploradas em sua plenitude até os anos 60 do século XX. A mudança desse entendimento só ocorreu no bojo da campanha pela igualdade de direitos civis nos EUA, conhecido como *civil rights movement*, cujo período de maior eficácia ocorreu entre 1955 e 1965. No caso da vedação de auto-incriminação, o reconhecimento de que se tratava de uma garantia fundamental para todo cidadão estadunidense foi consagrado com o julgamento do caso *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).¹³

11 O termo "*Bill of Rights*" denomina as dez primeiras emendas apresentadas pelo Congresso em 25 de setembro de 1789 e ratificadas em 15 de dezembro de 1791, as quais versam preponderantemente sobre garantias individuais fundamentais e limitam os poderes do governo federal, protegendo os cidadãos, residentes e visitantes no território dos EUA, como, por exemplo: a liberdade de expressão, religião, imprensa, associação de ação (1ª emenda), de posse de armas de fogo (2ª emenda), de privacidade, intimidade e inviolabilidade domiciliar, regulando inclusive buscas e apreensões domiciliares (3ª e 4ª emendas), proteções processuais como direito a ser julgado por um júri, ao devido processo legal, à vedação de auto-incriminação (5ª e 6ª emendas), vedação de penas cruéis e de multas e fianças excessivas (8ª emenda).

12 A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, fixada no julgamento do caso *Twinning v. State*, 211 U.S. 78 (1908), ocorrido em 09 de novembro de 1908, indica que as primeiras oito emendas à Constituição restringiam apenas o poder estatal da união (governo federal) e não se aplicavam às jurisdições dos Estados.

13 Para melhor entender os conceitos fixados em *Miranda* é preciso conhecer também os precedentes sobre os quais *Miranda* foi erguido: *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964) e *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).

A decisão da Suprema Corte foi tomada por apertada maioria de 5 (Earl Warren, Hugo Black, William Douglas, William Brennan e Abe Fortas) a 4 (John Marshall Harlan, Potter Stewart, Byron White e Tom Clark). Em sua decisão, a Suprema Corte estabeleceu que devido à natureza coercitiva inerente a um interrogatório policial, nenhuma confissão seria admissível em razão da garantia de não ser auto-incriminar, a menos que o suspeito fosse previamente cientificado de seu direito de ser assistido por um advogado. A decisão foi construída sobre três afirmações básicas:

- (1) que a garantia de não ser auto-incriminar contida na 5ª emenda é exigível tanto em procedimentos judiciais como extrajudiciais e destina-se a proteger o indivíduo contra qualquer tipo de indução ou compulsão que o faça incriminar a si próprio. Por conseguinte, a garantia aplica-se em procedimentos policiais sobretudo quando há o interrogatório de suspeitos presos; quando o indivíduo é colocado sob custódia policial – e, portanto, reitratos que representam uma força contrária à sua para ser submetido a interrogatório cria-se, necessariamente, uma situação de intimidação e de compulsão para colaborar, de modo que nenhuma declaração que se obtenha nessas circunstâncias pode ser considerada admissível;
- (2) a fim de que essa intimidação não obrigue o indivíduo a se auto-incriminar devem ser estabelecidos procedimentos que permitam ao suspeito compreender suas garantias como, por exemplo, os avisos expressos de que:
 - (3.1) ele tem o direito de permanecer calado;
 - (3.2) tudo aquilo que disser poderá ser usado contra ele em um processo criminal;
 - (3.3) ele tem o direito de conversar com um advogado antes de ser interrogado e tê-lo presente durante o ato; e,
 - (3.4) se não puder pagar um advogado, terá direito a um defensor público.

Outra determinação da Suprema Corte foi a de que o interrogatório deve cessar, ou sequer se iniciar, se o suspeito indicar, de qualquer maneira, que deseja permanecer calado. Se demandar a presença de um advogado, o interrogatório deverá ser suspenso até que o advogado se faça presente, sendo ainda assegurado o direito de se reunir com seu advogado e tê-lo presente ao seu lado se desejar retomar o interrogatório. Veja-se que em momento algum se admite que o indivíduo preste um depoimento que não seja verdadeiro. O direito ao silêncio compreende apenas uma postura de inação e o fato de o exercício desse direito não poder ser interpretado em desfavor do indivíduo. Caso o acusado resolve prestar depoimento, deverá fazê-lo sob compromisso de dizer a verdade, sujeitando-se ao crime de falso testemunho (perjúrio) caso omita fatos ou preste declaração falsa.

Julgado no mesmo ano que *Miranda v. Arizona*, o caso *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966) é importante para fixar os contornos da garantia de vedação de auto-incriminação nos EUA. Em nova decisão tomada apertada maioria de 5 (William Brennan, John Marshall Harlan, Potter Stewart, Byron White e Tom Clark) a 4 (Earl Warren, Hugo Black, William Douglas, a Suprema Corte rejeitou a alegação de que o sangue retirado das veias do indivíduo sem o seu consentimento violava a garantia de não se auto-incriminar e reafirmou o entendimento de que a garantia compreende exclusivamente o direito de não ser compelido ou coagido para fornecer declarações ou depoimentos, ou outras manifestações de natureza comunicativa, seja oral ou escrita. Responsável pela definição do julgamento¹⁴ e relator da decisão, William Brennan, fixou as seguintes diretrizes para essa nova situação:

- (1) o alcance da garantia de não se auto-incriminar deve proteger o indivíduo apenas contra medidas que violem seu direito de decidir sobre se quer ou não participar do processo criminal por meio de declarações ou depoimentos;
- (2) a Suprema Corte não deve modificar o entendimento estabelecido no caso *Holt v. United States*, 218 U.S. 245 (1910) em que considerara admissível a sujeição do indivíduo para que vestisse determinada roupa a fim de participar de ato de reconhecimento para fins criminais;
- (3) por conseguinte, a garantia de não se auto-incriminar não compreendia uma vedação ao uso do corpo do indivíduo como meio de prova, tais como obtenção de impressões digitais, de fotos, de padrões gráficos ou vocais para exame pericial, bem como a possibilidade de impor o comparecimento do réu em juízo e, ainda, que fizesse um gesto determinado para efeitos de reconhecimento;
- (4) da mesma forma, a retirada de sangue mediante a perfuração da pele para obtenção de materiais que pertençam ao indivíduo, e cujo exame pericial poderá ser utilizado como prova em processo criminal, não implica nenhuma espécie de compulsão para prestar depoimentos e que sua participação, exceto como doador, é irrelevante, já que a prova não fora produzida por meio de métodos que violassem sua liberdade de formação da vontade, de depoimento ou de comunicação, mas por uma análise química.

Com o passar dos anos, a Suprema Corte ainda estabeleceria parâmetros complementares que reduziram o alcance do *leading case Miranda*, como, por exemplo:

14 No julgamento do caso *Miranda v. Arizona* William Brennan aliara-se a Earl Warren, Hugo Black, William Douglas e Abe Fortas para construir a maioria na decisão que assegurou o direito ao silêncio. Contudo, no caso *Schmerber v. California* foi justamente a mudança de orientação de Brennan que significou a derrota da linha mais progressista da Suprema Corte.

(1) a possibilidade de que declarações anteriormente prestadas em sede policial sem a prévia ciência dos direitos pudessem ser utilizadas contra o réu, caso este depusesse em juízo após prestar compromisso de dizer a verdade;¹⁵ (2) a possibilidade de que declarações espontâneas do preso antes da ciência dos direitos fossem utilizadas; e, (3) a inexistência de que o indivíduo suspeito estivesse na plena posse de que faculdades mentais¹⁷ ao abdicar do direito ao silêncio.

Ainda no plano internacional, uma importante referência é o direito alemão. A Constituição alemã, ao contrário da estadunidense, não consagra expressamente a garantia de não se auto-incriminar, tendo a doutrina alemã deduzido esse direito a partir de outros três dispositivos constitucionais: a supremacia da dignidade humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a proibição de afetação do núcleo essencial de um direito.¹⁸

A feição dessa garantia atribuída pela doutrina e legislação alemãs, filtrada por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, considera que o indivíduo é titular de uma liberdade de declaração, não podendo sofrer qualquer tipo de perturbação no exercício de seu direito de livre manifestação.

Nesse sentido, o interrogatório do acusado constitui um momento em que ele poderá afastar as suspeitas que pesam sobre si, arguir fatos que lhe sejam favoráveis e, eventualmente, prestar declarações que não sejam verdadeiras. Entretanto, o reconhecimento de que o acusado mentiu em juízo pode agravar sua pena. Embora essa

15 Em *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971), a Suprema Corte decidiu que embora o depoimento em sede policial não fosse válido e não pudesse ser usado como prova, poderia ser empregado pela acusação para atar a "credibilidade da testemunha", já que o acusado optara por prestar declarações em juízo e, portanto, fora obrigado a prestar compromisso.

16 Em *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291 (1980), a Suprema Corte decidiu que somente deve ser considerado inválido um depoimento de suspeito preso, em sede policial, sem que haja prévia comunicação do direito de não se auto-incriminar se ele decorrer de questionamentos feitos pelos agentes policiais. A invalidade da prova não abarca eventuais declarações espontâneas prestadas pelo preso.

17 Em *Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157 (1986), a Suprema Corte decidiu que o fato de o suspeito ser esquizofrênico não invalidava sua renúncia à presença de um advogado, eis que ele fora expressamente informado de seus direitos, tal como exigível em *Miranda*.

18 "A posição dominante da doutrina é de que o direito ao silêncio encontra o seu fundamento no art. 2º, I, c arts. 1º, I, e 19º II, da CF. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º, I), na qualidade de principal direito de liberdade, é ponto de partida de todos os direitos de defesa dos cidadãos perante o Estado (Seibert, 1991: 45). O art. 19º II determina que nenhum direito fundamental pode ser violado em seu núcleo essencial (*Wesensgehalt*). Este núcleo é intangível, determina um limite absoluto (*absolute Eingriffsgrenze*) ao legislador, ao judiciário e à administração. A referência ao art. 1º, I deriva de seu caráter supremo dentro da Constituição alemã: a proteção da dignidade da pessoa humana é o mais alto valor da Constituição e permeia todas as demais normas que a compõem. Tal princípio constitui o núcleo absoluto (*absoluter Kernbereich*) e intangível de todos os direitos fundamentais. Em síntese, o direito ao silêncio é expressão da proibição contra a auto-incriminação, constitui um direito de personalidade, que por possuir a dignidade humana como seu núcleo, não está à disposição do legislador" (NETO, Theodoromiro Dias. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 19. São Paulo: RT, 1997, p. 186).

mentira não seja considerada um crime autónomo, como o perjúrio nos EUA, a mentira em juízo não é um indifferente penal na Alemanha.¹⁹

Nessa concepção do direito ao silêncio como um direito de não-participação, a jurisprudência alemã estabeleceu que a decisão voluntária do acusado não pode ser tolhida por nenhum meio que afete a formação da sua vontade, tais como coação (física ou psíquica), influência indevida (hipnose, ameaça, uso de medicamentos que induzam a declarações) ou medidas que afetem a compreensão do acusado (petrubação do sono, alimentação deficiente).

Por outro lado, assim como nos EUA, medidas que não estejam ligadas diretamente à livre formação da vontade do indivíduo e sua expressão na forma comunicativa não estão sob a proteção constitucional. Assim, a obrigatoriedade de colaboração do indivíduo na produção de provas que possam incriminá-lo é admitida no ordenamento alemão como, por exemplo, a obtenção de amostras de sangue ou tecidos.

Relativamente à abrangência da garantia para além do acusado, o direito alemão caminha em paralelo com o estadunidense, abarcando como titulares do direito de permanecer calado o acusado judicialmente, o indivíduo interrogado em inquérito policial e mesmo a testemunha.

Em todos os casos, exige-se do Estado que cientifique o indivíduo de seu direito, não sendo lícito um interrogatório realizado sem que o sujeito seja previamente alertado de que não está obrigado a dizer a verdade.²⁰ Paralelamente, é garantido ao entrevistado-se com seu defensor antes do ato.

Um ponto importante que diferencia o direito alemão do estadunidense diz respeito à obtenção de declarações do indivíduo por meio de comportamentos maliciosos dos policiais como, por exemplo, quando a polícia contrata um amigo do suspeito e pede que eles conversem sobre o fato investigado, sempre buscando obter provas ou mesmo simples manifestações que possam caracterizar uma auto-incriminação.

19 "A mentira é um direito do acusado desde que sua prática não resulte em crimes. Roxin, em sintonia com a posição majoritária da doutrina, entende que a mentira não pode ser avaliada como indicio de autoria e culpa nem tampouco como critério para aumento de pena. Num mesmo sentido, considera inadmissível a advertência judicial à verdade, enquanto o incentivo à mentira pelo advogado deve ser permitido. A jurisprudência alemã e norte-americana. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 19, São Paulo: RT, 1997, p. 187).

20 "En un principio, la jurisprudencia admitía que no obstante la omisión de la instrucción por la policía, la declaración autoincriminante podía ser valorada en contra del imputado. Sólo en el año 1992, ante la presión" (ROXIN, Claus: *Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado*. In *BALDWIN, David et al. Estudios sobre Justicia Penal en homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Porro: 2005, p. 422).

Esse tipo de comportamento por parte de policiais já fora considerado inconstitucional nos EUA por ocasião do julgamento *Bram v. United States* (168 U.S. 532, 1897), posteriormente reafirmado em *Roger v. Richmond* (365 U.S. 534, 1961).

Contrudo, na Alemanha, a matéria não foi pacificada.²¹ Inicialmente, o Tribunal Supremo Federal apresentava duas posições distintas. Enquanto a 5ª Sala considerava o comportamento dos policiais proibido e as declarações obtidas dessa forma inválidas, a 2ª Sala admitia a prova, por considerar que o direito de não se auto-incriminar protege o indivíduo apenas de uma coação dos agentes do Estado.

O caso foi levado à Grande Sala do Tribunal Supremo Federal (que reúne os cri- zes das Salas Criminais, além do presidente do Tribunal) que reúne os ju- que a interpretação restritiva do direito ao silêncio não seria adequada, pois além de proteger o indivíduo da coerção estatal, a garantia de não se auto-incriminar tam- bém alcançava o direito de não confessar um crime em razão de uma indução a erro. O interrogatório deve ser conduzido com lealdade. Contraditoriamente, a Grande Sala declara que o interrogatório por artil, poderia ser empregado em casos de gran- de relevância e que exigissem esse tipo de procedimento investigativo. A questão não foi levada ao Tribunal Constitucional Federal porque o recurso foi inadmitido por questões formais.

No âmbito supranacional, uma referência judicial importante em matéria de garantia de vedação da auto-incriminação é a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Embora o texto da convenção não tenha previsto expressamente o direito de permanecer calado ou de não se auto-incriminar, há previsão de um julgamento justo e equitativo,²² conceito que remete ao devido processo legal. Ao longo dos anos, ao argumento de construir um significado concreto para o conceito de proces- so justo, a CEDH incorporou a garantia de que um indivíduo não deve ser compeli- do a produzir prova contra si.

Novamente sem pretender realizar um estudo exaustivo dos casos que trataram da matéria e sem aprofundar o estudo dos casos, é possível traçar um panorama da evolução da jurisprudência a partir de alguns julgados.

O caso *Funke v. França*, julgado em 1992, é considerado o primeiro julgamen- to em que a CEDH precisou manifestar-se sobre o direito ao silêncio. Jean-Gustave Funke fora intimado a apresentar uma série de documentos relativos às suas opera-

21 Os casos são todos referidos e comentados por Claus Roxin no texto acima referido. "Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado" (In *BALDWIN, David et al. Estudios sobre Justicia Penal en homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Porro: 2005, pp. 423-426).

22 "Artigo 6º. Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja exami- nada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabele- cido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela (...). 3. O acusado tem como mínimo, os seguintes direitos: (...) c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defen- sor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem".

ções internacionais, tendo se recusado a fornecê-los. Funke foi inicialmente multado e posteriormente processado criminalmente em razão de sua recusa.

Ao examinar o caso, a CEDH declarou *ex officio* que o procedimento criminal era absolutamente nulo, por violação da garantia de vedação de auto-incriminação. Mesmo sem estar expressamente previsto na Convenção Europeia, o direito de não se auto-incriminar constituía fundamento indispensável para um julgamento justo. Nesse sentido, tanto a requisição de documentos, como a imposição de multa por seu descumprimento e a prisão imposta eram ilegais.

Embora a legislação francesa autorizasse a exigência de apresentação de documentos, bem como a imposição de penalidades em caso de descumprimento, a CEDH declarou que tais dispositivos legais poderiam justificar multas administrativas, mas nunca processos criminais. Ademais, a CEDH sustentara que o Estado poderia ter obtido os documentos sem a necessária cooperação do indivíduo objeto de suspeita.

A CEDH manteve esse entendimento ao analisar o caso *Saunders v. Reino Unido*, em 1996. O caso versava sobre uma investigação conduzida por fiscais do Ministério da Indústria e Comércio do Reino Unido na empresa de Saunders. De acordo com a legislação inglesa, os inspetores poderiam ter acesso a todos os livros e documentos relativos ao funcionamento da companhia, bem como interrogar seus funcionários e diretores. A recusa em colaborar ou o depoimento falso poderiam ser punidos criminalmente com multas e penas de até dois anos. Essa investigação administrativa poderia subsidiar outras medidas fiscais, reguladoras e criminais.

As provas obtidas nessa investigação e, especialmente, o conteúdo dos depoimentos de Saunders foram determinantes para que ele fosse condenado criminalmente em processo que se seguiu à fiscalização. Nesse caso específico, embora a CEDH tenha reconhecido que o direito de não ser compelido a colaborar com a acusação em um processo instaurado contra si não se aplica às investigações administrativas, declarou que o uso desse material em juízo, no curso de um processo criminal, constitui uma violação do direito de não se auto-incriminar.

O acórdão do caso *Saunders* é de grande importância porque conceitua a garantia de não se auto-incriminar, adentrando em questões que iam além do necessário para atender ao quadro fático do caso concreto, incluindo, por exemplo, o uso do corpo do investigado como objeto de prova:

“O direito de não contribuir para a sua auto-incriminação pressupõe que, em processos criminais, a acusação deve provar a sua argumentação sem recorrer a elementos de prova obtidos mediante medidas coercivas ou opressivas, que desprezem a vontade do acusado. Nesse sentido, a garantia de vedação de auto-incriminação está diretamente ligada ao princípio da presunção de inocência”. (...) “esse mesmo direito não abrange a utilização no processo penal de evidências que podem ser obtidas do acusado mediante o recurso a poderes coercivos, mas que existem independentemente da sua vontade como, por

exemplo, os documentos apreendidos com apoio em um mandato, amostras de hábito, de sangue, urina bem como tecidos corporais para fins de realização de exame de DNA”.²³

Com base nesses dois julgamentos, é possível estabelecer que a CEDH fixou como padrão inicial para a garantia de não se auto-incriminar que o indivíduo deve estar protegido contra qualquer ação tendente a exigir sua cooperação com a investigação criminal que seja conduzida contra si, aí incluídos o depoimento ou a entrega de documentos que estejam em seu poder. Por outro lado, considerando a entream expressa constante do caso *Saunders*, a CEDH estabeleceu que essa restrição não impede a obtenção daqueles objetos que tenham existência independentemente da vontade do indivíduo, desde que essa obtenção não importe, em si mesma, a violação da garantia. Em outros termos, a garantia protege o indivíduo contra uma violação da forma com que as evidências são obtidas e não assegura que determinadas provas não poderão ser valoradas. Essas premissas foram posteriormente reafirmadas em outros julgamentos da CEDH.²⁴

4. Do direito ao silêncio à vedação de auto-incriminação: o Supremo Tribunal Federal como protagonista da construção de uma garantia individual

Na época da promulgação da Constituição, nove dos onze Ministros²⁵ que compunham o Supremo Tribunal Federal tinham sido indicados durante a ditadura militar. Apenas dois Ministros (Célio Borja e Carlos Madeira) tinham sido indicados por um presidente civil, mas que, mesmo assim, não fora eleito pelo voto direto do povo brasileiro (José Sarney).

²³ Tradução livre do texto original em inglês, constante do acórdão e disponível em www.echr.coe.int. “The right not to incriminate oneself. In particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence. The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the accused such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purposes of DNA testing”.

²⁴ Esses precedentes foram utilizados nos seguintes julgamentos: *Quinn v. Ireland*, acórdão publicado em 21/12/2000; *J.B. v. Switzerland*, acórdão publicado em 03/05/2001; *Woh v. Austria*, acórdão publicado em 08/04/2004; *Jalloh v. Germany*, acórdão publicado em 11/07/2006.

²⁵ Ministros Luiz Octavio Pires e Albuquerque Gallotti (postos em 1984); Sydney Sanchez (1984); José Francisco Rezak (1983); Aldir Guimarães Passarinho (1982); Oscar Dias Correa (1982); José Neri da Silveira (1981); Luiz Rafael Mayer (1978); José Carlos Moreira Alves (1975) e Djaci Alves Falcão (1967).

Logo após a promulgação da Constituição, no período de apenas 15 meses entre janeiro de 1989 e abril de 1990, foram empossados cinco Ministros, em substituição a outros que já estavam desde a época da ditadura militar, promovendo a primeira grande mudança na composição da corte. Três desses novos Ministros ainda seriam indicados por José Sarney (Paulo Brossard, Sepúlveda Perence e Celso de Mello)²⁶ e dois por Fernando Collor (Marco Aurélio e Ilmar Galvão),²⁷ o primeiro presidente eleito pelo voto popular dos brasileiros depois de quase trinta anos.

Nos anos seguintes, haveria poucas mudanças no Supremo Tribunal Federal, com a substituição de apenas cinco²⁸ Ministros ao longo de dez anos (1992 a 2002). Mais recentemente, entre 2003 e 2007, houve nova grande renovação no Supremo Tribunal Federal, com a indicação de sete novos Ministros pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.²⁹ representante de forças políticas que estavam afastadas do processo de indicação de Ministros para o Supremo Tribunal Federal. Lula ainda poderá nomear pelo menos mais um Ministro até o término de seu mandato, em 2010.³⁰

Como se verá adiante, serão os Ministros nomeados após a promulgação da Constituição de 1988 que promoverão a efetiva adequação do arcabouço normativo infraconstitucional à nova ordem constitucional. Todos os avanços na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ocorridos no início da década de 1990 foram construídos por votos dos Ministros Sepúlveda Perence, Celso de Mello (nomeados por Sarney), Marco Aurélio e Ilmar Galvão (nomeados por Collor).

Já os avanços que não foram estabelecidos naquele momento só tiveram lugar a partir de 2000, com a indicação dos Ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes, por Fernando Henrique Cardoso. Embora nomeados respectivamente por Fernando Collor, em 1992, Itamar Franco, em 1994 e por Fernando Henrique Cardoso, em 1997, os Ministros Francisco Rezek, Maurício Corrêa e Nelson Jobim não protagonizaram casos em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tenha avançado na proteção das garantias individuais; ao contrário, alinharam-se com os Ministros de perfil mais conservador, ainda presentes na corte.

O ponto de partida para o estudo do conceito construído pelo Supremo Tribunal Federal para a garantia de vedação da auto-incriminação é a delimitação

conceitual e posterior análise dos elementos normativos que integram o dispositivo legal constante do texto constitucional. A garantia foi positivada na Constituição (Título II, Capítulo I, Artigo 5º, Inciso LXIII) com a seguinte redação: "O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

Optou-se por dividir o exame dos julgados em três eixos de análise. O primeiro grupo de casos foca a construção do significado do elemento normativo "preso", previsto no art. 5º, inc. LXIII, enquanto destinatário do direito fundamental individual, qual seja, o alcance da locução "permanecer calado", já que há diferentes possibilidades de interpretação dessa locução. Por fim, o terceiro eixo de análise recai sobre o desdobramento desse direito como mecanismo de atuação da defesa técnica.

Ao definir a natureza jurídica da garantia, o Supremo Tribunal Federal assentou que a vedação de auto-incriminação constitui direito público subjetivo do indivíduo (voto concorrente do Ministro Celso de Mello no Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, Pleno)³¹ de estatura constitucional de aplicabilidade absoluta, sendo portanto plenamente oponível ao Estado (Habeas Corpus nº 68.929-9/SP, Primeira Turma)³² e constituindo uma das mais expressivas consequências derivadas da cláusula do devido processo legal (Habeas Corpus nº 69.026-2/DF, Primeira Turma),³³ não obstante a tese sustentada pelo Ministro Marco Aurélio (mas não sufrágada em Plenário, nem expressamente pelas Turmas) de que se trata de um direito natural (Habeas Corpus nº 80.616-3/SP, Segunda Turma).³⁴

Ademais, o direito ao silêncio constitui garantia "de expressiva importância político-jurídica, que impõe limites bem definidos ao campo de desenvolvimento da atividade persecutória do Estado" (Habeas Corpus nº 68.929-9/SP, Primeira Turma).

No que tange ao primeiro eixo de análise, o Supremo Tribunal Federal definiu, no início da década de 1990, ao julgar os primeiros casos sobre o tema, que a garantia inscrita no art. 5º, inc. LXIII não se aplica exclusivamente ao preso, mas a "qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado" (voto concorrente do Ministro Celso de Mello no Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, Pleno) ou ainda qualquer pessoa "sujeita à ação persecutória do Estado" (Habeas Corpus nº 68.929-9/SP, Primeira Turma).

A partir da segunda metade da década de 1990, o Supremo Tribunal Federal ampliou ainda mais o alcance da garantia aplicando-a quando a testemunha compro-

26 Substituindo Djaci Falcão, Oscar Dias Corrêa e Rafael Mayer, respectivamente.
27 Foram empossados José Francisco Rezek (1992), Maurício José Corrêa (1994), Nelson Azevedo Jobim (1997), Ellen Gracie Northfleet (2000) e Gilmar Ferreira Mendes (2002). Francisco Rezek, fora inicialmente indicado para compor o Supremo Tribunal Federal por João Figueiredo (1983), exonerando-se a pedido em março de 1990 para ser novamente indicado, dessa vez por Fernando Collor, para o Supremo Tribunal Federal em maio de 1992, permanecendo no cargo até fevereiro de 1997, quando se aposentou.
29 Antonio Cezar Peluso (posse em 2003), Carlos Ayres Brito (2003), Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2003), Eros Roberto Grau (2004), Enrique Ricardo Lewandowski (2006), Cármen Lúcia Antunes Rocha (2006) e Carlos Alberto Menezes Direito (2008).
30 Em decorrência da aposentadoria compulsória do Ministro Eros Grau, em novembro de 2010.

31 Julgado em 28 de junho de 1991. Relator originário: Ministro Octávio Gallotti. Relator para o acórdão: Ministro Ilmar Galvão.
32 Julgado em 22 de outubro de 1991. Relator Ministro Celso de Mello.
33 Julgado em 10 de dezembro de 1991. Relator Ministro Marco Aurélio.
34 Julgado em 18 de setembro de 2001. Relator Ministro Marco Aurélio.

missada de deixar de dizer a verdade (Habeas Corpus nº 73.035-3/DF, Pleno).³⁵ O relator, Ministro Carlos Velloso, considerou atípica a conduta com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa, considerada causa excludente de culpabilidade. Todavia, a garantia da vedação de auto-incriminação como fundamento da ilegalidade da prisão em flagrante da testemunha que mentiu para não se incriminar aparece no voto concorrente do Ministro Celso de Mello:

“Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal (RTJ 141/512, Rel. Min. Celso de Mello). Em suma: o silêncio da testemunha – que decorre de sua inalienável prerrogativa de não poder ser compelida a depor contra si própria ou de ver-se obrigada a auto-incriminar-se (prerrogativa esta que assiste à generalidade das pessoas) – não autoriza a medida extrema de submetê-la, sendo esse o motivo, à privação de sua liberdade individual”.

O exame desses julgamentos permite concluir que o responsável pela nova definição da garantia, ampliando o rol de sujeitos de seu uso, foi o Ministro Celso de Mello. A atuação decisiva na fixação desse novo conceito surge no seu voto concorrente no primeiro julgamento (Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, Pleno), no voto condutor do segundo julgamento (Habeas Corpus nº 68.929-9/SP, Primeira Turma), e no voto concorrente do terceiro julgamento (Habeas Corpus: nº 73.035-3/DF, Pleno).

O Supremo Tribunal Federal ampliaria ainda mais o alcance do direito ao silêncio ao assegurar sua aplicabilidade diante de “qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos” (Habeas Corpus nº 79.244-8/DF, Pleno,³⁶ expressão reafirmada no Habeas Corpus nº 79.589-7/DF, Pleno).³⁷

Não cabe duvidar que se trata da indiscutível comprovação do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, modificando o texto constitucional para conformá-lo à imagem que o tribunal faz daquele princípio orientador do sistema processual penal. Foram três julgamentos que, paulatinamente, promoveram a extensão da garantia para além do preso na década de 1990 (Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, Pleno; nº 68.929-9/SP, Primeira Turma; nº 73.035-3/DF, Pleno e nº 79.589-7/DF,

Pleno) e outros dois que consolidaram sua amplitude.³⁸ (Habeas Corpus nº 79.244-8/DF, Pleno, expressão reafirmada no Habeas Corpus nº 79.589-7/DF, Pleno). Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal restringiu o alcance da garantia de vedação de auto-incriminação ao sustentar que as declarações prestadas com inobservância dessa garantia não seriam consideradas nulas no que dissessem respeito a eventual co-réu. Os Habeas Corpus nº 69.818-2/SP³⁹ e Habeas Corpus nº 74.251-3/SP, ambos da Primeira Turma, foram relatados respectivamente pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Sydney Sanches.

No intervalo entre esses dois julgamentos não houve alteração na composição da Turma (Ministros Moreira Alves, Octávio Gallotti, Imar Galvão e Celso de Mello), salvo a substituição de Sepúlveda Pertence por Sydney Sanches. Porém, os Ministros Imar Galvão e Celso de Mello não participaram do julgamento do Habeas Corpus nº 69.818-2/SP.

Nesse tema, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que as declarações auto-incriminatórias de um réu que envolvessem um co-réu não estariam ao abrigo do direito ao silêncio. Porém, como admitir que uma conversa informal, sem a observância do direito ao silêncio, possa ser valorada como prova em um contexto e não possa ser valorada em outro? As provas são lícitas e ilícitas pelo uso que se lhes dá à prova ou pela forma com que são obtidas? Não há dúvida de que se trata de um aspecto da garantia de vedação de auto-incriminação no qual ainda se pode avançar.

Mas é com relação ao segundo eixo de estudo, que trata da verdadeira transferência do direito ao silêncio em vedação de auto-incriminação, que o Supremo Tribunal Federal exerceria seu ativismo judicial, alargando bastante o alcance da garantia ao determinar que ela não compreende apenas a postura inerte daquele que se recusa a responder as perguntas que lhe são formuladas (exercício do direito na modalidade permanecer calado), expressamente consagrada no texto do dispositivo constitucional.

Para a mais alta Corte do país, a Constituição assegura ao indivíduo outras formas de inatividade, como a não-participação em diligência de reconstrução simulada da cena do crime (Habeas Corpus nº 69.026-2/DF, Primeira Turma) e a recusa a colaborar com a investigação fornecendo material gráfico (Habeas Corpus nº

³⁸ Destaca-se que o Habeas Corpus nº 79.244-8/DF, Pleno, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, foi julgado prejudicado. A expressão “ainda que em procedimento e foro diversos” consava da decisão liminar deferida pelo Ministro e posteriormente do relatório, mas não foi levada ao Pleno. Já por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 79.589-7/DF, Pleno, o relator, Ministro Octávio Gallotti, redigiu um such-gamento do Habeas Corpus nº 79.589-7/DF, Pleno, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence nos Habeas Corpus nº 79.244-8/DF, Pleno. Coube ao Ministro Celso de Mello consolidar o processo de fixação dos contornos da locução “preso” ao profíter um extenso e denso voto de vire e três folhas, surragado pelo Pleno.

³⁹ Julgado em 03 de novembro de 1992.

⁴⁰ Julgado em 22 de novembro de 1996.

³⁵ Julgado em 13 de novembro de 1996. Relator Ministro Carlos Velloso.

³⁶ Julgado em 23 de fevereiro de 2000. Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

³⁷ Julgado em 05 de abril de 2000. Relator Ministro Octávio Gallotti.

77.135-8/SP, Primeira Turma)⁴¹ ou padroes vocais (Habeas Corpus nº 83.960-6/RJ, Segunda Turma)⁴² para exame pericial.

Na concepção construída pelo Supremo Tribunal Federal, a garantia de não se auto-incriminar constitui, também, a possibilidade de negar falsamente a acusação (Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, Pleno; nº 72.815-4/MS, Primeira Turma;⁴³ e, nº 79.781-4/SP, Primeira Turma)⁴⁴ ou ainda imputar falsamente a autoria a outrem, bem como renegar como falsa a assinatura verdadeira aposta em documento (Habeas Corpus nº 75.257-8/RJ, Primeira Turma)⁴⁵ ou mesmo utilizar malleia ao fornecer material gráfico visando prejudicar as conclusões do exame pericial (Habeas Corpus nº 83.960-6/RS, Segunda Turma).⁴⁶

O Supremo Tribunal Federal também estabeleceu que não é lícito ao Estado considerar o exercício do direito de não se auto-incriminar negativamente para efeitos de aumento de pena (Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, Pleno e nº 72.815-4/MS, Primeira Turma), ou para justificar qualquer tratamento gravoso no que tange ao regime de execução da pena, ao argumento de que constitui fato desabonador da personalidade do agente (Habeas Corpus nº 80.616-3/SP, Segunda Turma). O exercício de tal direito também não constitui crime de desobediência quando se recusa o cumprimento de ordem de autoridade tendente a praticar ato que possa inviabilizar seu exercício (Habeas Corpus nº 75.257-8/RJ, Primeira Turma).

Na fixação dos amplos limites que a garantia assumiu nesse eixo de estudo, mais uma vez destaca-se o Ministro Celso de Mello. É de sua autoria a primeira manifestação no Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de que o acusado possa negar falsamente a acusação por se tratar de comportamento abrangido pela garantia de vedação de auto-incriminação (Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, Pleno). É o voto concorrente do Ministro Celso de Mello, acompanhado expressamente pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que expande a garantia do silêncio para abarcar também a falsa negativa, protegendo-a de valorações negativas e envolvendo-a com o manto da inviolabilidade da defesa.

Também é da lavra do Ministro Celso de Mello a decisão seguinte (Habeas Corpus nº 69.026-2/DF, Primeira Turma), estabelecendo a impossibilidade de constituir o acusado a participar do ato de reconstrução do crime, constituindo efetivo precedente que seria invocado nas demais ocasiões em que se examinou a obrigatoriedade do acusado de colaborar com a investigação.

- 41 Julgado em 08 de setembro de 1998. Relator Ministro Ilmar Galvão.
- 42 Julgado em 18 de novembro de 2003. Relatora Ministra Ellen Gracie.
- 43 Julgado em 05 de setembro de 1995. Relator Ministro Moreira Alves.
- 44 Julgado em 18 de abril de 2000. Relator Ministro Sepúlveda Pertence.
- 45 Julgado em 17 de junho de 1997. Relator Ministro Moreira Alves.
- 46 Julgado em 14 de junho de 2005. Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

Os casos seguintes, Habeas Corpus nº 72.815-4/MS e 75.257-8/RJ, embora da primeira Turma, foram relatados pelo Ministro Moreira Alves, que se limitou, em dois casos, a acompanhar o parecer do Ministério Público Federal, o qual, no primeiro caso, fez expressa referência ao Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, Pleno, onde ocorreu o voto concorrente do Ministro Celso de Mello sobre o alcance da garantia de vedação de auto-incriminação).

Também o Ministro Ilmar Galvão, no caso seguinte que trata do tema (Habeas Corpus nº 75.616-6/SP, Primeira Turma)⁴⁷ ao deparar-se com um acórdão afirmando que "o silêncio do indiciado pode ser interpretado contra si e isso não macula o direito constitucional previsto no inc. LXIII do art. 5º da Carta Magna", deixou de se manifestar a respeito. Afinal, mesmo mantendo-se a condenação por outros motivos que não o fato de o réu ter permanecido em silêncio, o acórdão merecia reprovação nesse trecho, tendo em vista o posicionamento que se estabeleceu até então no Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Ilmar Galvão, contudo, "redimi-se" da "omissão" quando do julgamento acima, ao julgar o Habeas Corpus nº 77.135-8/SP, Primeira Turma, ocasião em que seu voto condutor foi seguido pela unanimidade dos julgadores, e que declarava aplicável a conduta de quem deixava de fornecer padrões gráficos para realização de exame pericial que poderia incriminá-lo, interpretando o Código de Processo Penal a partir da nova perspectiva processual penal inaugurada pela Constituição de 1988.

"É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa."

Além de Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão, também o Ministro Marco Aurélio contribuiu decisivamente para a ampliação da garantia, ao preferir voto condutor no julgamento do Habeas Corpus nº 80.616-3/SP, Segunda Turma, no qual se afirmou que o direito ao silêncio compreende a imputação de crime a outra pessoa, cuja punibilidade esteja extinta. Veja-se que esses quatro Ministros passaram a integrar o Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição de 1988, sendo empossados entre janeiro de 1989 e abril de 1990.

A seqüência desses julgamentos completou-se, ainda, com os Habeas Corpus nº 80.616-3/SP, Segunda Turma, relatado pela Ministra Ellen Gracie e Habeas Corpus nº 83.960-6/RS, Primeira Turma, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence. No primeiro caso reafirmou-se a possibilidade de o indiciado recusar-se a fornecer padrões para realização de exame pericial (no caso, padrões vocais) e no segundo afirmou-se

- 47 Julgado em 07 de outubro de 1997. Relator Ministro Ilmar Galvão.

que a conduta de fornecer padrões deliberadamente falsos também está compreendida pela garantia de vedação de auto-incriminação.

Esses dois últimos casos são importantes porque participaram de seu julgamento os Ministros Nelson Jobim (posse em 15/04/1997), Ellen Gracie (posse em 24/11/2000) e Gilmar Mendes (posse em 20/06/2002) (primeiro caso), Cezar Peluso e Carlos Brito (posse em 25/06/2003) e Eros Grau (posse em 30/06/2004) (segundo caso).

Nenhum desses seis Ministros integrava o Supremo Tribunal Federal na época do julgamento do Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, Pleno, que fixou, pela primeira vez, as diretrizes ampliadas da garantia de vedação de auto-incriminação relativamente ao comportamento do sujeito investigado/acusado. Não obstante, os novos Ministros – que em ambos os julgamentos eram maioria em suas turmas por ocasião das decisões – mantiveram a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Por fim, é no terceiro eixo de casos, acerca do desdobramento dessa garantia em outras formas de atuação da defesa técnica em inquéritos ou processos de natureza criminal, sobretudo em deveres do Estado considerados indispensáveis à realização efetiva do direito ao silêncio, que o estudo revela dados paradoxais.

O primeiro deles diz respeito à obrigatoriedade de que o Estado assegure a assistência de um advogado ao cidadão, de modo a garantir que a autodefesa não esteja dissociada da defesa técnica já que ambas são manifestações da mesma defesa. Com efeito, parecia absolutamente pertinente que se realizasse uma interpretação sistemática do dispositivo constitucional conjugada com os documentos internacionais e com os julgamentos sobre o tema, realizados pela Suprema Corte dos EUA.

Sobretudo porque a Suprema Corte dos EUA expressamente fixara que a presença do advogado é indissociável do exercício do direito ao silêncio (*leading cases* *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964) e *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), referências constantes nos votos dos Ministros). Não obstante, ao julgar os primeiros casos sobre o tema o Supremo Tribunal Federal manteve a jurisprudência firmada anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, decidindo que a presença de defensor no interrogatório judicial era dispensável, bem como desnecessária sua intimação quando já constituído nos autos.

“A superveniência da nova ordem constitucional não desqualificou o interrogatório como ato pessoal do magistrado processante e nem impôs ao Estado o dever de assegurar, quando da efetivação desse ato processual, a presença de defensor técnico. A ausência do advogado no interrogatório judicial processual não infirma a validade jurídica desse ato processual. A legislação torna obrigatória, em consequência, a presença do defensor do acusado” (Habeas Corpus nº 68.929-9/SP, 1ª Turma).

Foram três julgamentos (Habeas Corpus nº 67.609-0/SP, 2ª Turma,⁴⁸ Habeas Corpus nº 68.697-4/SP, 2ª Turma;⁴⁹ e, Habeas Corpus nº 68.929-9/SP, 1ª Turma) realizados entre 1989 e 1991, pelos dois órgãos fracionários do tribunal, sempre por unanimidade, à exceção do voto divergente do Ministro Marco Aurélio no Habeas Corpus nº 68.697-4/SP (que julgava necessária a presença de advogado no interrogatório judicial, mas não relacionava esse direito à garantia de auto-incriminação, e sim ao art. 261 do Código de Processo Penal).⁵⁰

A série de julgamentos sobre o tema completar-se-ia em 1992, quando, no primeiro julgamento que tratou da exigibilidade da presença do advogado no interrogatório realizado em sede policial (Recurso Extraordinário nº 136.239-1/SP, 1ª Turma),⁵¹ o Ministro Celso de Mello repudiou a posição adotada pela Suprema Corte dos EUA em *Miranda v. Arizona*, tantas vezes citado em seus votos.

Ao responder a pergunta que formulara a si mesmo: “É imprescindível, na fase investigatória – e quando do interrogatório policial – a assistência de defensor técnico ao indiciado?”, Celso de Mello deu a seguinte interpretação para a locução: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (grifou-se):

“É de registrar, ainda, que as normas constitucionais em questão não impõem à autoridade policial o dever de nomear defensor técnico ao indiciado, especialmente quando da realização de seu interrogatório na fase inquisitiva do procedimento de investigação. O que nelas se objetivou foi, simplesmente, assegurar ao indiciado a possibilidade de fazer-se assistir, especialmente quando do preso, por defensor técnico. A Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial providenciase assistência profissional, ministrada por Advogado legalmente habilitado, ao indiciado preso”.

O Supremo Tribunal Federal definiu, ainda, que mesmo se fosse considerada uma irregularidade, a ausência de defensor consubstanciaria mera nulidade relativa, cujo reconhecimento dependeria da demonstração de prejuízo para a defesa.

Ocorre que se afirmou não haver prejuízo quando o réu confessa (Habeas Corpus nº 67.609-0/SP, 2ª Turma), quando nega o crime (Habeas Corpus nº 68.697-4/SP, 2ª Turma) e nem quando apresenta causa exculpante (Habeas Corpus nº 68.929-9/SP, 1ª Turma). Tampouco há nulidade no caso de depoimento policial, já que tais informações não podem ser utilizadas como razão de decidir pelo magistrado (Recurso Extraordinário nº 136.239-1/SP, 1ª Turma).

48 Julgado em 28 de agosto de 1989. Relator Ministro Francisco Rezak.

49 Julgado em 27 de agosto de 1991. Relator Ministro Carlos Velloso.

50 “Nenhum acusado, ainda que ausente ou forçado, será processado ou julgado sem defensor”.

Verifica-se, mais uma vez, o papel desempenhado pelo Ministro Celso de Mello na definição dos contornos do direito ao silêncio no Brasil. Assim como teve papel destacado na fixação dos limites da vedação de auto-incriminação para além do preso (primeiro eixo temático) e para além da passividade do calar (segundo eixo temático), o Ministro Celso de Mello foi o responsável pela manutenção do paradigma pré-constitucional em clara oposição ao texto constitucional.

O ativismo que o fizera acrescentar ao texto da Constituição palavras que ali não estavam escritas, em homenagem aos novos valores constitucionais e ao novo paradigma de Estado e de sistema punitivo, foi o mesmo ativismo que o fez declarar, expressamente, que as palavras escritas na Constituição deveriam ser ignoradas. Com efeito, embora conste do texto constitucional a locução “sendo-lhe assegurada a assistência de advogado”, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Estado não precisaria assegurar a assistência de advogado ao indivíduo preso.

Nos quatro casos julgados até então, os Ministros Francisco Rezek e Carlos Velloso (relatores do primeiro e do segundo casos respectivamente) não fizeram qualquer consideração sobre o texto constitucional. Porém, ao relatar os dois casos seguintes, o Ministro Celso de Mello fez expressa referência ao inciso LXIII, do art. 5º, da Constituição para afirmar que “a Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial providenciasse assistência profissional, ministrada por Advogado legalmente habilitado, ao indiciado preso” (trecho de seu voto no Recurso Extraordinário nº 136.239-1/SP).

A plena realização da garantia de assistência de advogado ao indivíduo preso, tal como prevista na Constituição de 1988, ainda não existe no Brasil. Nesse tema, coube ao Congresso Nacional dar o passo mais significativo para promover a adequação da legislação processual aos novos princípios constitucionais que balizam a atividade persecutória do Estado. A Lei nº 10.792/2003 deu nova redação ao art. 185, do Código de Processo Penal,⁵² aplicável ao interrogatório em sede policial por força do art. 6º, inciso V, do mesmo Código,⁵³ assegurando o direito de entrevista prévia e reservada do acusado (ou indiciado) com seu advogado.

Desde a modificação da lei, o Supremo Tribunal Federal tem sido firme na proteção desse direito. Com efeito, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 87.172-1/GO⁵⁴ os Ministros da Primeira Turma sustentaram

51 Julgado em 07 de abril de 1992. Relator Ministro Celso de Mello.

52 Redação anterior: “Art. 185. O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado”. Nova redação: “Art. 185. 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”. (...) “§ 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor”.

53 “Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, a autoridade policial deverá: (...) V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III, do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura”.

54 Julgado em 15 de dezembro de 2005. Relator Ministro Cezar Peluso.

que a ausência de defensor no ato de interrogatório constitui nulidade absoluta, cujo reconhecimento pode, e deve, ser feito a qualquer momento em que dela se tome conhecimento.

É preciso reconhecer, contudo, que nessa decisão não foi suscitada a incidência garantida de não se auto-incriminar. O fundamento jurídico da decisão foi a incidência infraconstitucional e sua relação com a garantia de ampla defesa.

O julgamento, nesse aspecto, fragiliza a possível construção da extensão das regras atinentes ao interrogatório judicial e ao interrogatório policial. Afinal, embora o Código de Processo Penal tenha sempre estabelecido que o interrogatório em sede policial deve observar as mesmas regras que aquele realizado em juízo⁵⁵ e que esse mesmo Código de Processo Penal tenha sido recentemente modificado para que a prisão de quem não declinar possuir advogado seja comunicada à Defensoria Pública,⁵⁶ sabe-se que o Estado brasileiro não assegura assistência jurídica aos indivíduos pobres no momento de sua prisão.

O primeiro grupo de julgados do terceiro eixo temático é integrado também pelo dever do Estado de informar expressamente o indivíduo do seu direito de não se auto-incriminar. O descumprimento do dever de informar foi inicialmente considerado como mera irregularidade (Habeas Corpus nº 78.708-1/SP, Primeira Turma),⁵⁷ repetindo a tese da nulidade relativa já aplicada relativamente ao dever de assegurar a assistência de um advogado, nulidade cujo reconhecimento dependeria da demonstração de um prejuízo. A tese da nulidade relativa foi reforçada com o julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.973-6/MG, Segunda Turma,⁵⁸ quando se afirmou que a nulidade poderia ser convalidada.

Somente em 2001, treze anos depois de promulgada a Constituição, que a inobservância do dever de informação do direito de calar foi elevada à condição de nulidade absoluta, quando o Supremo Tribunal Federal asseverou que: “(...) à luz da garantia do art. 5º, LXIII, basta, à caracterização da ilicitude da prova, a manifestação auscência da advertência do direito de ficar calado, que a Constituição ordena” (Habeas Corpus nº 80.949-9/RJ, Primeira Turma).⁵⁹

É especialmente interessante observar os dois julgamentos realizados no âmbito da Primeira Turma (Habeas Corpus nº 78.708-1/SP e Habeas Corpus nº 80.949-

55 “Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, a autoridade policial deverá: (...) V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III, do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura”.

56 “Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontrar serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada. § 1º Dentro de 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as informações colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública”. Nova redação dada pela Lei nº 11.449/2007.

57 Julgado em 09 de março de 1999. Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

58 Julgado em 23 de maio de 2000. Relator Ministro Nelson Jobim.

59 Julgado em 30 de outubro de 2001. Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

9/RJ). Ambos foram relatados pelo Ministro Sepúlveda Pertence e a composição da Primeira Turma era quase idêntica. A única diferença foi a substituição do Ministro Octávio Gallotti pela Ministra Ellen Gracie. Essa pequena diferença, contudo, pode ter sido fundamental.

Final, em 1999, no julgamento do Habeas Corpus nº 78.708-1/SP, o Ministro Sepúlveda Pertence já sinalizara uma mudança, mas acabara por resistir e manter a jurisprudência da nulidade relativa. No julgamento seguinte, Sepúlveda Pertence avança e dá interpretação completamente diferente, declarando que a falta de comunicação ao preso de seu direito de não se auto-incriminar constitui nulidade absoluta. O que teria feito Sepúlveda Pertence alterar sua convicção jurídica?

A alteração na composição da Turma não é uma resposta satisfatória, embora possa ser um componente decisivo. Afinal, em várias situações os Ministros votam contra suas próprias convicções por saberem que o pensamento da maioria é divergente. Nesses casos, um Ministro pode simplesmente se render à maioria, fato absolutamente razoável em um órgão cujas decisões são colegiadas. Afinal, uma decisão colegiada não é a mesma coisa que a soma de decisões individuais, mas sim uma decisão de consenso, fruto de discussões e debates.

Nesse contexto, a modificação da composição do órgão colegiado pode descaer da reabertura da discussão e a formação de um novo consenso. Assim, enquanto no julgamento do Habeas Corpus nº 78.708-1/SP apenas dois dos cinco Ministros que participaram da decisão foram empossados após a promulgação da nova ordem constitucional (Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão, em contraposição aos Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches e Octávio Gallotti, todos nomeados ainda na época âmbito da mesma turma, a proporção inverteu-se, sendo três os nomeados sob a nova égide constitucional e apenas dois remanescentes do período ditatorial, devido à substituição do Ministro Octávio Gallotti pela Ministra Ellen Gracie.

O novo paradigma seria reforçado em 2002, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.463-3/MG, Segunda Turma,⁶⁰ em decisão relatada pela Ministra Ellen Gracie, quando se decidiu anular a oitiva de um investigado devido à falta da comunicação do direito ao silêncio.

O alcance da garantia de não se auto-incriminar seria ainda ampliado, relativamente à assistência do advogado, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 82.354-8/PR, Primeira Turma,⁶¹ em decisão relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a efetividade do direito ao silêncio pode ser ameaçada em determinadas situações, exigindo a adoção de medidas judiciais para restabelecer sua plenitude.

Na hipótese do Habeas Corpus nº 82.354-8/PR, afirmou-se que a garantia de vedação de auto-incriminação é modalidade de autodefesa que está indissociavelmente ligada à defesa técnica, cabendo ao advogado o dever de prestar assistência técnica ao seu constituinte inclusive sobre a oportunidade ou não de exercer esse direito. Para tanto, é indispensável que o advogado tenha acesso ao inteiro teor do inquérito no bojo do qual seu cliente prestará depoimento como indicado.

A decisão foi reafirmada em sucessivos julgamentos: Habeas Corpus nº 87.827/RJ (relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgamento em 25/04/2006, DJ de 23/06/2006); Habeas Corpus nº 88.190/RJ (relator Ministro Celso de Figueiredo, Segunda Turma, julgamento em 29/08/2006, DJ de 06/10/2006); e Habeas Corpus nº 90.232/AM (relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgamento em 18/12/2006, DJ de 02/03/2007).

Essa série de julgados conduziu a uma constatação paradoxal: se o indiciado tiver advogado constituído nenhum embaraço lhe pode ser imposto, o que indica que o Supremo Tribunal Federal reconhece a importância da assistência do advogado para que o indivíduo exerça com plenitude sua garantia constitucional; contudo, se o indiciado não tiver advogado, o mesmo Supremo Tribunal Federal entende que a garantia constitucional não é afetada.

Ora, é evidente que várias questões de razão prática orientam os governantes em sua decisão de não assegurar aos indivíduos pobres uma assistência judiciária gratuita no momento de sua prisão, como, por exemplo, o alto custo para remuneração desse corpo de advogados públicos, ou mesmo a suposta diminuição da eficiência das investigações policiais.

Contudo, não seria impossível imaginar um ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal exigindo que todo preso tivesse assegurada a assistência de um advogado (aliás, o texto exato da Constituição). O ativismo judicial, nesse caso, obrigaria o Estado a gastar dinheiro com aqueles indivíduos que não têm recursos sequer para defender sua liberdade. Mas, afinal, não é esse o bem mais precioso do indivíduo, que lhe é indisponível por exigência da Constituição?

Também é certo que esse ativismo atrairia críticas para o Supremo Tribunal Federal, sobretudo daqueles que creem que o advogado "arapalha" a polícia e o Ministério Público na identificação e responsabilização de criminosos. Por outro lado, talvez quando as confissões se tornassem escassas, a polícia desenvolvesse métodos mais eficientes de investigação do que a simples busca da verdade a partir das palavras do próprio acusado, mais crimes fossem solucionados.

Ainda no bojo do terceiro eixo de análise, o Supremo Tribunal Federal precisou enfrentar a articulação entre o exercício do silêncio e a aplicação de medidas cautelares restritivas de liberdade.

Nesse ponto é importante destacar que o tema fora tangenciado no Habeas Corpus nº 75.616-6/SP, Primeira Turma, julgado em 1997, quando o Supremo Tribunal Federal foi instado a responder se o exercício do silêncio poderia ser con-

⁶⁰ Julgado em 05 de novembro de 2002.
⁶¹ Julgado em 10 de agosto de 2004.

sabeado negativamente como presunção de culpabilidade. Naquela oportunidade, indeferiu-se o Habeas Corpus por certos motivos, sem rechaçar expressamente uma determinada afirmação constante do corpo do acórdão que condenara o paciente:

“Com efeito, quando interrogado por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, o inculpatado permaneceu em silêncio, fazendo uso do permissivo constitucional. Ora, o silêncio do indiciado pode ser interpretado contra si e isso não macula o direito constitucional previsto no inc. LXIII do art. 5º da Carta Magna. Comumente o inculpatado inocente, de pronto proclama, de forma enfática e reiterada, esse estado, daí porque o fato de reservar-se a prestar esclarecimentos somente em pretório, data venia, é muito sintomático”.

Mas ali, a presunção de culpabilidade, por si só, não autorizaria uma condenação – e era disso que o Habeas Corpus tratava. O Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que havia várias provas da prática do crime.

Assim, o primeiro caso que efetivamente enfrentou o tema só seria julgado em 2000, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal foi categórico ao rechaçar a possibilidade de que o silêncio do acusado fosse motivo ensejador da manutenção da prisão preventiva (Habeas Corpus nº 79.781-4/SP, Primeira Turma).

A posição do Supremo Tribunal Federal seria reforçada em abril de 2007, quando a corte expressamente rejeitou a tese de que o exercício de uma garantia constitucional como a vedação de auto-incriminação pudesse servir de argumento à decretação ou manutenção de qualquer medida de segregação cautelar (Habeas Corpus nº 89.503-4/RS, Segunda Turma).⁶²

Pouco tempo depois, em junho desse mesmo ano, nova decisão, agora proferida pelo Ministro Gilmar Mendes em medida cautelar decidida nos autos do Habeas Corpus nº 91.514-1/BA (DJ de 06/06/2007), reafirmaria que “*não faz sentido a manutenção da prisão para a mera finalidade de obtenção de depoimento*”.

Dessa forma, é possível afirmar que o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na conformação das garantias individuais retratada nesse terceiro eixo de análise foi mais conservador, ao contrário dos eixos anteriormente examinados. O direito ao silêncio e sua articulação com a defesa técnica somente foi adaptado ao novo paradigma de um sistema punitivo adequado ao Estado Democrático de Direito na primeira década do século XXI, cabendo o registro de que ainda não se alcançou, no que tange à assistência de advogado no momento da prisão, o patamar mínimo fixado pela Suprema Corte dos EUA nos anos 60 do século passado.

5. Conclusão

A partir da pesquisa de todos os casos concretos julgados pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo o direito ao silêncio, desde a promulgação da Constituição de 1988 até o dia 31 de dezembro de 2007, é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal desenvolveu um conteúdo tático e incomparável para a garantia de vedação de auto-incriminação, sem paralelo no direito internacional supranacional. Essa construção deveu-se, sobretudo, ao ativismo judicial em Ministros a partir da década de 1990, logo após a grande mudança ocorrida no Supremo Tribunal Federal entre 1989 e 1991, com a substituição de cinco Ministros empousados antes da promulgação da Constituição e, em sua maioria, indicados pelos chefes da ditadura militar.

Nos dois primeiros eixos de análise (extensão da garantia para outros sujeitos além do preso e de aumento da incidência da garantia para além do direito de calar) verificou-se uma atuação judicial evidentemente comprometida com a ampliação das garantias fundamentais, consideradas essenciais à formação de um Estado Democrático de Direito. Já no terceiro eixo de exame (desdobramento do direito ao silêncio como meio de atuação da defesa técnica) a literalidade do texto constitucional foi inicialmente ignorada, ao interpretá-lo a partir do arcabouço infraconstitucional, ao invés do oposto. Até mesmo precedentes decididos no bojo de outra ordem constitucional (que se poderia apontar como “herança maldita” da ditadura militar) foram citados de modo a reduzir o alcance da norma.

Foi somente após a posse dos Ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes que o Supremo Tribunal Federal avançou ao exigir que a autoridade policial informasse ao preso de que ele tinha direito de não se auto-incriminar. A situação consolidou-se pela mudança legislativa ocorrida em 2003.

Mas o Supremo Tribunal Federal ainda daria mostras de seu ativismo judicial nesse terceiro eixo ao reconhecer que embora integre a autodefesa, a garantia do silêncio é indissociável da defesa técnica – realizada por advogado. A autodefesa e a defesa técnica caminham juntas, ambas são manifestações da mesma ampla defesa. Por conseguinte, não há que se falar em plenitude da autodefesa sem a participação da defesa técnica. Seguindo esse raciocínio, o Supremo Tribunal Federal assegurou o direito do advogado de examinar os autos do inquérito policial durante a fase inquisitorial.

Por fim, é possível afirmar a existência de uma “doutrina brasileira do direito ao silêncio” construída a partir de julgamentos de casos concretos pelo Supremo Tribunal Federal, sendo também correto afirmar que o efeitivo alcance da garantia de não se auto-incriminar, inscrita no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição de 1988, foi estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal em clara atitude de ativismo judicial. Esse direito deve ser lido hoje da seguinte forma:

“O preso (1) será informado (4) de seus direitos (5), entre os quais o de permanecer calado (2), sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (3)” (texto da Constituição).

(1) A expressão “**preso**” compreende: qualquer indivíduo, preso ou solto, que seja suspeito, indiciado ou acusado em procedimento criminal, ou ainda à generalidade das pessoas diante de qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir imputação ao declarante da prática de crime, “ainda que em procedimento e foro diversos”.

(2) A expressão “**permanecer calado**” compreende: A inexistibilidade de colaboração com a investigação (recusa de participar de reconstrução do crime, de fornecer material para exame grafotécnico ou de padrão vocal) e, inclusive, a possibilidade de opor-se à ação estatal que visa à sua responsabilização criminal (negando falsamente a prática do crime ou imputando falsamente sua autoria a outrem, cuja punibilidade esteja extinta ou, ainda, fornecendo material gráfico deliberadamente falso, visando prejudicar as conclusões do exame pericial).

(3) A expressão “**sendo-lhe assegurada a assistência de advogado**” compreende: que o preso não tem direito de que o Estado assegure a assistência de advogado no momento de sua prisão, nem no momento de seu interrogatório policial; a assistência de advogado é obrigatória, porém, antes e durante o interrogatório judicial.

(4) A expressão “**será informado**” compreende: que o indivíduo deve ser informado de sua garantia de não se auto-incriminar desde o momento em que tiver sua liberdade cercada (inclusive, portanto, da lavratura do auto de prisão), constituindo nulidade absoluta a inobservância dessa regra.

(5) A expressão “**seus direitos**” compreende: que o exercício dessa garantia constitucional não pode ensejar nenhum tipo de presunção que lhe seja prejudicial, nem fundamentar qualquer tipo de tratamento mais gravoso, nem tampouco justificar sua segregação cautelar ao argumento de que o indivíduo não está colaborando com a investigação ou instrução processual.