

BRASIL: DO DIREITO AO SILÊNCIO À GARANTIA DE VEDAÇÃO DE AUTO-INCRIMINAÇÃO

“A ânsia 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 ouvi-la da boca do próprio indiciado. Exorcismos, juramentos, torturas físicas e morais, violências químicas e psicológicas de toda espécie constam da história do direito judiciário 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 ouro da verdade judicial. Contudo, bem comparáveis aos sonhadores alquimistas da idade-média são os que a tem procurado descobrir como um precipitado químico provocado pelas reações do indiciado”¹.

7.1

Introdução

Na época da promulgação da Constituição, nove dos onze Ministros 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).

Logo após a promulgação da Constituição, no período de apenas dezessete meses entre janeiro de 1989 e junho de 1990, foram empossados cinco Ministros, em substituição a outros que lá estavam desde a época da ditadura militar, promovendo a primeira grande mudança na composição da corte.

¹ ROMEIRO, Jorge Alberto: *Do interrogatório do acusado*. Rio de Janeiro: ALBA oficinas gráficas, 1942. Tese de livre docência apresentada perante a faculdade de direito de Niterói.

Quatro desses novos Ministros ainda seriam indicados por José Sarney (Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello e Carlos Velloso) e um por Fernando Collor (Marco Aurélio), o primeiro presidente eleito pelo voto popular dos brasileiros depois de vinte e cinco anos. Doze meses depois da indicação de Marco Aurélio, Collor indicaria Ilmar Galvão, consolidando o processo de alteração majoritária do Supremo Tribunal Federal em apenas vinte e nove meses.

A maior parte dos casos que deram forma ao direito ao silêncio, transformando-no em garantia de vedação de auto-incriminação, foram julgados no início da década de 1990 – pois era preciso adequar a legislação infraconstitucional à nova ordem constitucional. Nos anos seguintes, haveria poucas mudanças no Supremo Tribunal Federal, com a substituição de apenas cinco² Ministros ao longo de dez anos (1992 a 2002).

Mais recentemente, a partir de 2003, iniciou-se nova grande renovação no Supremo Tribunal Federal, com a indicação de sete novos Ministros pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, representante de forças políticas que estavam afastadas do processo de indicação de Ministros para o Supremo Tribunal Federal. Lula ainda nomeará pelo menos mais um Ministro até o término de seu mandato, em 2010.

Poucos presidentes indicaram tantos Ministros para integrar o Supremo Tribunal Federal ao longo da história republicana brasileira. Com exceção dos Marechais Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto, que indicaram quinze Ministros³ cada um nos períodos de 1891 e 1892/1894, respectivamente, apenas Getúlio Vargas nomeou mais de uma dezena de Ministros: foram dezenove, ao longo dos quinze anos em que governou o Brasil, sob a ditadura do Estado Novo⁴.

Vargas só não nomeou ainda mais Ministros porque decidiu extinguir quatro vagas dentre as quinze existentes, por meio do Decreto nº 19.711, de 18 de fevereiro de 1931.

² Dentre esses cinco Ministros está Francisco Rezek, que fora inicialmente indicado para compor o Supremo Tribunal Federal por João Figueiredo, 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.

³ Dentre os quinze Ministros indicados pelo Marechal Deodoro da Fonseca para formar a composição inicial do Supremo Tribunal Federal, dez já compunham o anterior Supremo Tribunal de Justiça, que funcionou durante o período imperial no Brasil e foi extinto com a promulgação da Constituição de 1891.

⁴ Getúlio Vargas ainda indicaria mais dois Ministros para o Supremo Tribunal Federal, quando foi eleito presidente em 1950.

Durante a ditadura militar, o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, criaria novas cinco vagas de Ministro do Supremo Tribunal Federal, razão que explica o número de oito indicações de Castello Branco durante o período de 1965 a 1967. Essas vagas seriam posteriormente extintas pelo Ato Institucional nº 6, de 16 de janeiro de 1969.

O Supremo Tribunal Federal passaria por uma profunda mudança no período de 1974 a 1984, ocasião em que sua composição foi totalmente alterada. Foram sete Ministros indicados por Ernesto Geisel e nove indicados por João Figueiredo. Os últimos representantes desse período a deixarem o tribunal foram os Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches, ambos aposentados em 2003.

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 Pertence, 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 nomeado por Fernando Henrique Cardoso em 1997, o Ministro Nelson Jobim não protagonizou casos em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tenha avançado na proteção das garantias individuais; ao contrário, Jobim alinhou-se com os Ministros de perfil mais conservador.

7.2

O STF e a construção da garantia de vedação de auto-incriminação no Brasil

A primeira tarefa que se impõe para o estudo da 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 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” encontra-se positivada na Constituição, mais precisamente em seu Título II, Capítulo I, Artigo 5º, Inciso LXIII.

Do ponto de vista jurídico-normativo, a leitura do inciso LXIII permite inferir alguns fatos que, embora aparentem constituir obviedades, são elementos de imprescindível referência e especificação:

(a) trata-se de uma norma constitucional e portanto hierarquicamente superior a qualquer disposição legal infraconstitucional;

(b) representa um direito ou garantia fundamental (o Título II denomina-se “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”), significando uma esfera de liberdade considerada essencial à realização e ao desenvolvimento do ser humano, a sua liberdade e a sua dignidade;

(c) está incluída no capítulo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos e diferencia-se dos direitos sociais e de nacionalidade, que compõem os capítulos seguintes do Título II. Ainda nessa linha de observação, é possível afirmar que o mesmo dispositivo incorpora tanto deveres do Estado (informar o preso de seus direitos, assegurar a assistência da família e de advogado) quanto direitos do indivíduo (direito de permanecer calado, além dos direitos que decorrem dos deveres mencionados acima).

(d) na condição de inciso subordinado a um artigo, constitui uma especificação da regra geral de isonomia prevista no caput do artigo 5º, assim redigido: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes*”.

É possível afirmar, por conseguinte, que a norma elevar-se-ia acima dos direitos exclusivos de brasileiros (sejam natos ou naturalizados), mas restringir-se-ia àqueles estrangeiros que residam no país.

Dentre as várias garantias protegidas pelo art. 5º (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade), o inciso LXIII aponta para a realização da liberdade, já que trata da defesa jurídica do preso e das repercussões de sua manifestação perante uma autoridade pública, bem como veda ao Estado que impeça o contato do preso com o “mundo exterior”, consubstanciado no acesso à família e ao advogado.

(e) da literalidade do dispositivo seria possível ainda extrair afirmações como a de que sua aplicação estaria restrita ao preso, não importando o título de sua prisão (se decorrente de flagrante ou de outra modalidade cautelar, ou ainda como consequência de uma pena imposta pelo Estado).

A interpretação literal do dispositivo poderia ser reforçada mediante a utilização do critério topográfico, eis que tanto os incisos anteriores ao LXIII (LXI, LXII)⁵ como os posteriores tratam de direitos estritamente relacionados com a prisão (LXIV, LXV, LXVI e LXVII)⁶.

Contudo, nem a literalidade nem a topografia são critérios que bastem por si próprios para analisar qualquer dispositivo legal, e menos ainda uma garantia fundamental. Na verdade, esses métodos estão longe de esgotar as possibilidades de aplicação da norma jurídica à multiplicidade de situações em que os fatos se apresentam e demandam uma resposta do direito e constituem, quando muito, apenas um ponto de partida para a atuação do intérprete.

Assim, uma interpretação sistemática que buscasse construir seu significado considerando as demais normas jurídicas no momento da promulgação da Constituição, constataria que o Código de Processo Penal já previa que o acusado (preso ou solto) possuía o direito de não responder às perguntas que lhe fossem formuladas em seu interrogatório judicial (art. 186, do Código de Processo Penal).

Por força do art. 6º, inciso V, do mesmo Código, o interrogatório conduzido pela autoridade policial na fase inquisitorial também estava, como ainda está, sujeito às mesmas regras. Tampouco havia (como ainda não há) distinção entre suspeitos ou acusados, nem entre presos ou soltos.

⁵ LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

⁶ LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

No entanto, até a promulgação da Constituição, o exercício da faculdade de calar tinha como consequência legal a possibilidade de que o juiz interpretasse o silêncio do interrogando em desfavor de sua defesa⁷.

Além disso, o Projeto nº 633/1975, que pretendia substituir o Código de Processo Penal de 1941 (atualmente ainda em vigor), mantinha exatamente a mesma previsão (além de também considerar em desfavor do réu sua eventual fuga, entre outros comportamentos).

Em palestra proferida no Curso de Processo Penal promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo, em outubro de 1975, Ada Pellegrini Grinover comentou que o projeto para o novo Código de Processo Penal insistia em caracterizar o interrogatório como meio de prova (e não de defesa), na medida em que sequer determinava ao juiz que informasse o réu da possibilidade de não responder às perguntas que lhe fossem formuladas.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, as perspectivas para as modificações no Direito Processual Penal, antes da Constituição de 1988, eram sombrias. Ao comentar a proposta legislativa para reformar o Código de Processo Penal (Projeto de lei nº 633/1975), a autora faz um mapeamento da opinião dos principais processualistas penais brasileiros da época⁸ (e, ainda hoje, considerados referências importantes):

“E a doutrina pátria não parece sensível ao problema, acolhendo sem inquietudes a configuração dada ao interrogatório e ao ‘nemo tenetur’ pelo código vigente, que se pretende preservar no futuro estatuto.

Assim, TOURINHO reputa ‘óbvio que o silêncio impressione desfavoravelmente’ e afirma que ‘se o imputado é inocente, não há razão para calar’. Para J. F. FREDERICO MARQUES, a liberdade do réu não pode ser afetada, mas a justiça não dispensa seu esclarecimento; o acusado inocente não tem o que temer e se os interesses da defesa são sagrados e intangíveis, não o são os da impunidade do infrator. Afirma ainda o autor do Anteprojeto que ao interrogar o réu, o que se busca é a confissão; aplausos mereceria, portanto, o CPP vigente, pela regulamentação que deu ao interrogatório: meio de prova que, quando dirigido com inteligência e perspicácia, é um dos mais fecundos e úteis.

⁷ “Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. Essa era a previsão constante da parte final do art. 186, do Código de Processo Penal, antes da promulgação da Lei nº 10.792/2003, que suprimiu essa parte final e acrescentou um parágrafo único determinado que “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini: *Interrogatório do réu e direito ao silêncio*. Ciência Penal, nº 3. São Paulo, 1976, pp. 26/27.

Já mais comedida é a posição de TORNAGHI. Sem chegar, embora, a criticar a os contornos do nosso interrogatório e sem preconizar a adoção de um verdadeiro ‘direito ao silêncio’, o autor afirma que o réu ‘não é obrigado a responder. Convém que o faça, pois poderia dar a impressão de calar por não ter resposta, por ser culpado’, e arremata: ‘Ao acusador cabe o ônus de provar a acusação. Se ele não o faz, o juiz absolve o réu. Mas convém ao réu provar, para elidir os elementos de convicção que contra si existem’. Em outra passagem escreve o mestre que, para que haja equilíbrio entre o interesse de todos e o de cada um, não deve haver presunções nem ficções pro-réu (por exemplo a presunção de inocência) nem contra o réu (como a confissão ficta). Mas reconhece que o silêncio do réu é um fato de convencimento do juiz, decorrência lógica do art. 157, do CPP, que consagra o princípio da livre convicção.

Destarte, com o beneplácito da doutrina, tudo indica que o legislador brasileiro está propenso a rotular o interrogatório como meio de prova e a dar ao ‘*nemo tenetur se detegere*’ um aspecto meramente formal, atribuindo graves conseqüências ao silêncio do réu, que é valorado como indício de culpa, com o que se nega ao acusado a titularidade de um verdadeiro direito ao silêncio e lhe se imputa, antes, um ônus da verdade”.

Portanto, se fosse adotado o critério sistemático de interpretação, a fim de adaptar a Constituição às normas jurídicas já existentes sobre a matéria (e que não fossem expressamente com ela incompatíveis), esse método teria o condão de tornar inócua a discussão sobre o verdadeiro alcance do direito de permanecer calado.

Se, porém, o intérprete vislumbrasse haver diferença entre o dispositivo legal do art. 5º, inc. LVIII e a faculdade já assegurada no art. 186, do Código de Processo Penal – já que a Constituição não reproduziu a parte final do art. 186, do Código de Processo Penal (que previa a interpretação do silêncio em desfavor da defesa) –, isso exigiria um novo significado para a norma.

Mais uma vez, a opção da literalidade indicaria que o novo conteúdo dessa garantia só estabelecia que não se poderia interpretar o silêncio em prejuízo da defesa do preso (seja em fase policial ou judicial). E no que tange ao suspeito, investigado, indiciado ou acusado solto? O silêncio deveria ser interpretado em seu desfavor? Essa limitação da garantia ao preso que tal interpretação do novo dispositivo constitucional poderia estabelecer evidenciou-se, desde logo, como inconsistente com a interpretação sistemática que exige homogeneidade e coerência interna no sistema jurídico.

A seguir a tese de que o silêncio dos presos não gera prejuízos para sua defesa, mas o silêncio dos acusados soltos sim, criar-se-ia uma distinção nos procedimentos jurídicos baseada em critério absurdo, eis que o indivíduo não

pode demandar do Estado que o prenda, nem mesmo ao argumento de que sua defesa tornar-se-ia mais ampla.

Ademais, sendo o interrogatório na fase judicial um procedimento único, aplicável aos indivíduos presos ou em liberdade, fica fragilizada, em parte, a tese de distingui-los no que tange ao direito de permanecer calado mencionado no novel dispositivo constitucional. Da mesma forma ocorreria no interrogatório em sede policial, eis que sujeito às mesmas regras do interrogatório na fase judicial.

Assim, a interpretação sistemática apontaria em direção à ampliação da garantia de permanecer em silêncio para qualquer indivíduo submetido à procedimento investigatório (suspeito ou indiciado em inquérito policial) ou acusatório (réu em ação penal), de modo que seu silêncio não fosse interpretado em prejuízo da defesa. A formalização da condição de investigado ocorre por meio do indiciamento, na fase policial. Já na fase judicial, a denúncia imputa diretamente a alguém a prática dos fatos considerados criminosos.

A exigência de que o indivíduo ostente a condição formal de indiciado ou acusado, entretanto, não significa que aqueles que não tenham ainda sido formalmente colocados como sujeitos de investigação não sejam, de fato, alvo dos trabalhos policiais.

O indiciamento na fase policial, por sua vez, não vincula de forma alguma o Ministério Público, que pode acusar pessoas que não foram indiciadas e deixar de acusar outras que tenham sido. Portanto, embora permita distinguir, com mais facilidade, quem está sendo investigado, essa formalidade não poderia ser considerada um critério seguro para diferenciar indivíduos acerca do direito de permanecer em silêncio.

Ainda no que tange às linhas de interpretação, merece referência a teoria garantista, que reconstrói o direito positivo a partir da efetivação e proteção dos direitos fundamentais contidos na Constituição. Nesse caso, o direito ao silêncio representaria uma garantia de que o indivíduo não seria constrangido, de qualquer forma, a colaborar com a investigação ou instrução cuja finalidade fosse privá-lo de sua própria liberdade ou impor-lhe uma pena.

Não importa se o sujeito ostenta formalmente, ou não, a condição de suspeito, indiciado ou acusado, e nem mesmo se está preso ou solto. O modelo processual penal garantista tem forte apoio no princípio acusatório segundo o qual cabe ao acusador o ônus de produzir as provas que sustentem sua afirmação. Ao

acusado (ou investigado) não seria exigível qualquer manifestação acerca da acusação, resolvendo-se a lide, em caso de dúvida ou provas insuficientes, em seu favor (*in dubio pro reu*).

A teoria garantista também estabelece a primazia dos direitos fundamentais como fonte da legitimidade do poder político e, portanto, do direito. Segue daí que embora todo o arcabouço normativo anterior admitisse uma restrição em maior ou menor extensão do direito ao silêncio, caberia ao intérprete ampliar o alcance da garantia constitucional, mesmo que isso invalidasse os dispositivos legais infraconstitucionais que fossem incompatíveis com a primazia dos direitos fundamentais (ou justamente por isso).

Assim, o primeiro grupo de casos do Supremo Tribunal Federal estudados foca a construção do significado do elemento normativo “preso”, constante do art. 5º, inc. LXIII, enquanto destinatário do direito fundamental individual previsto na Constituição.

Afinal, os textos internacionais que incorporaram essa garantia (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana de Direito Humanos) não utilizam o vocábulo “*preso*”, e sim “*Toda pessoa acusada de um delito*”. Já a Constituição dos EUA é ainda mais abrangente, compreendendo como destinatário da garantia de não se auto-incriminar “*qualquer pessoa, no âmbito de um processo criminal*”.

Já o segundo grupo de casos abordará outro elemento normativo, qual seja, o alcance da locução “permanecer calado”, já que há diferentes possibilidades de interpretação dessa locução.

A primeira, similar à tradição jurídica estadunidense, compreenderia o direito do indivíduo de recusar-se a prestar depoimento. A recusa não poderia ser interpretada em seu desfavor; mas, caso o indivíduo escolha prestar depoimento em juízo ou fora dele, é exigido que preste o compromisso de dizer a verdade, sob pena de ser processado por crime de falso testemunho ou, na figura típica original dos EUA, perjúrio.

É possível, contudo, interpretar o dispositivo legal como uma autorização legal para que o indivíduo preste depoimento e recuse responder apenas aquela pergunta que entender eventualmente prejudicial. Nessa linha de interpretação, a garantia constitucional não desobrigaria o indivíduo de

comparecer perante a autoridade pública e responder questões que não guardem relação com as imputações feitas contra si.

Uma terceira leitura do dispositivo, conjugável ou não com as anteriores, discute se o silêncio pode ser equiparado à recusa da prática de determinados atos, como a participação em acareações com outros réus ou em reconstituições de cenas de crimes.

De acordo com essa linha de raciocínio, a garantia ao silêncio representa a possibilidade do indivíduo recusar-se a colaborar com os atos investigatórios e instrutórios nos procedimentos instaurados contra si (recusando-se, por exemplo, a fornecer material genético, padrões gráficos e outras amostras para exames periciais). O direito ao silêncio é visto, nessa hipótese, como direito à imobilização.

Por fim, há ainda a possibilidade de que o direito de permanecer calado, também chamado de direito ao silêncio, seja interpretado como uma autorização para que o indivíduo não apenas se cale, mas também faça afirmações falsas quando inquirido. Aqui, a proteção deixa de recair sobre uma postura passiva do investigado e passa a reconhecer como legítimos e lícitos os atos que ele pratica em sua própria defesa, como negar falsamente um crime.

Essas duas últimas interpretações da locução verbal “direito de permanecer calado” delineiam um princípio orientador de todas as atividades investigatórias e instrutórias de natureza processual penal, hipótese em que o *nomen juris* mais adequado dessa garantia deixaria de ser “direito ao silêncio” e transformar-se-ia em “direito de não se auto-incriminar”. Por essa razão, avançam além do que uma interpretação literal autorizaria e se afastam das demais normas processuais penais constitucionais e infraconstitucionais, prejudicando uma interpretação sistemática.

Nesse caso, a finalidade da garantia é claramente dotar o indivíduo de um *status* de intangibilidade pelo Estado no exercício de sua autodefesa. Logo, se a colaboração do investigado ou do acusado é indiferente ao Estado – que não deposita nessa fonte nenhuma expectativa crucial de demonstração da hipótese acusatória – não faz muita diferença se o sujeito se cala ou se nega falsamente uma imputação, não se justificando impor qualquer pena, interpretação prejudicial ou desfavorecimento daquele que opta por negar falsamente um fato em comparação com outro que se recusa simplesmente a refutar o mesmo fato. Em

ambos os casos, em nada se altera o ônus probatório de quem formula uma acusação.

De acordo com essa concepção ampliada do direito ao silêncio, o legislador fez uma opção de proteger o indivíduo de pressões por parte dos agentes públicos ou do próprio sistema legal para que abra mão da possibilidade de não colaborar com a investigação ou instrução penal. Isso não impede ninguém de confessar um crime, caso queira; porém, impede que aquele que não deseja confessar seja prejudicado porque sugere uma possibilidade alternativa (ainda que falsa) para a imputação.

Ainda nessa perspectiva, é pertinente a interpretação *a contrario*, ou seja, se a finalidade da norma é punir aquele que prejudica a administração da justiça, hipótese dos crimes de falso testemunho⁹, não há diferença se o agente cala a verdade ou se o agente falseia a verdade. Logo, também não há prejuízo para a administração da justiça se quem não tem nenhuma obrigação de falar opta por mentir ao invés de calar.

Há exceções à possibilidade do indivíduo sob investigação ou processo de prestar depoimento falso e não ser punido por isso, como a proibição de confessar falsamente um crime que lhe é imputado¹⁰. Nesse caso, entende-se que o indivíduo não falseou a verdade para assegurar seu direito de defesa, mas sim para beneficiar terceiro.

Por fim, o terceiro eixo de análise desse capítulo recairá sobre o desdobramento desse direito como mecanismo de atuação da defesa técnica. Trata-se da investigação acerca das garantias que se devem respeitar durante a investigação ou instrução criminal e que são indispensáveis à plena realização do direito de não se auto-incriminar.

⁹ Art. 342, Código Penal: “Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral”.

¹⁰ Art. 341, Código Penal: “Acusar-se falsamente, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem”.

7.2.1

Extensão da garantia para outros sujeitos além do preso

O primeiro eixo de análise da construção pelo Supremo Tribunal Federal do conteúdo da garantia constitucional de vedação da auto-incriminação corresponde à extensão da garantia de calar para outros sujeitos além do preso. Com efeito, embora o texto do dispositivo constitucional aponte o preso como sujeito do direito de permanecer calado, a aplicação da garantia exclusivamente ao preso não guarda coerência com o papel dessa garantia na estrutura do sistema processual.

Assim, era preciso definir em que momento considera-se que o sujeito está preso (admitindo, ou não, conversas informais dos policiais antes da lavratura do auto de prisão), bem como estabelecer se suspeitos, indiciados e acusados que estivessem soltos poderiam utilizar-se da garantia em questão.

O primeiro caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal logo após a promulgação da Constituição que trouxe essa questão perante a Corte foi o Habeas Corpus nº 68.742-3/DF (DJ de 02/04/1993), julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 28 de junho de 1991. Embora constitua a primeira vez em que o tema foi suscitado no Supremo Tribunal Federal após a promulgação da nova ordem constitucional, a questão versava sobre hipótese fática que não exigiu a manifestação dos Ministros sobre o alcance da garantia, mas apenas os efeitos de sua utilização¹¹.

Com efeito, o voto vitorioso do Ministro Ilmar Galvão (que se torna relator do acórdão em substituição ao Ministro Octávio Gallotti) não adentra na extensão da garantia para outros sujeitos além do preso. Todavia, essa afirmação é expressa no voto concorrente do Ministro Celso de Mello.

“Entendo que a decisão, tal como proferida e motivada pelo Tribunal apontado como coator, configura situação caracterizadora de injusto constrangimento ao *‘status libertatis’* do paciente. Inobstante tecnicamente primário o réu, exacerbou-se-lhe a pena-base, especialmente porque em curso mera ação penal contra o ora paciente e porque este, não obstante o privilégio contra a auto-

¹¹ O Habeas Corpus nº 68.742-3/DF será detidamente analisado no item seguinte, no ponto em que se discute a delimitação do alcance da garantia para além do direito de calar.

incriminação, veio a negar, falsamente, em juízo, a prática do delito que lhe fora imputada.

O privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, deferido e expressamente assegurado, em favor de qualquer indiciado ou imputado, pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política.

Com o seu exposto reconhecimento, constitucionalizou-se uma das mais expressivas conseqüências derivadas da cláusula do *'due process of law'*.

Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito *'de permanecer calado'*.

Esse direito – que se reveste de valor absoluto – é plenamente oponível ao Estado e aos seus agentes. Atua como poderoso fator de limitação das próprias atividades penais-persecutórias desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes e Tribunais)”.
PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0421101/CA

Por se tratar de um voto concorrente ao qual não houve adesão expressa dos demais julgadores, não se pode considerar que as afirmações ali constantes representassem a opinião do Supremo Tribunal Federal. No entanto, é importante registrar que se trata da primeira oportunidade em que o tema era trazido à discussão em Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Pouco tempo depois do julgamento desse Habeas Corpus pelo Plenário, outro Habeas Corpus é distribuído à Primeira Turma, agora sob a relatoria do Ministro Celso de Mello. Trata-se do Habeas Corpus nº 68.929-9/SP (DJ de 28/08/1992), julgado em 22 de outubro de 1991.

Esse Habeas Corpus fora impetrado em causa própria por um condenado em primeiro e segundo graus pela prática de estelionato (art. 171, do Código Penal), que alegava violação ao contraditório e à ampla defesa no curso de seu processo, na medida em que ele, o impetrante, não fora assistido por advogado durante seu interrogatório judicial, apesar de possuir advogado constituído.

A nulidade apontada nessa argüição (que será mais bem analisada adiante, quando se tratar do desdobramento da vedação de auto-incriminação em outras formas de defesa técnica) foi afastada pelo Ministro Celso de Mello, acompanhado à unanimidade pelos Ministros Moreira Alves, Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Não obstante a Primeira Turma tenha negado o pedido de Habeas Corpus, o Ministro Celso de Mello reforça sua tese sobre as garantias processuais introduzidas pela nova ordem constitucional. Será nesses autos que o Ministro Celso de Mello aprofundará a discussão sobre o alcance do direito de permanecer

em silêncio e, pela primeira vez, extrairá do texto do inciso LXIII, do art. 5º, o conceito de vedação de auto-incriminação:

“A nova Lei Fundamental da República, ao delinear o quadro das liberdades públicas relativo às pessoas sujeitas à ação persecutória do Estado, outorgou-lhes, dentre os vários direitos nessa carta consagrados, a prerrogativa de serem informados de suas franquias jurídico processuais, a de permanecerem em silêncio, a de fazerem jus à assistência de advogado e a de serem notificadas quanto à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (art. 5º, incisos LXIII e LXIV).

Trata-se de direitos públicos subjetivos, de expressiva importância político-jurídica, que impõem limites bem definidos ao campo de desenvolvimento da atividade persecutória do Estado. Traduzem, na realidade, círculos de imunidade que conferem tanto ao indiciado quanto ao acusado proteção efetiva contra a ação eventualmente arbitrária do poder e de seus agentes.

(...)

O privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, deferido e expressamente assegurado, em favor de qualquer indiciado ou imputado, pelo art. 5º, inc. LXIII, da nossa Carta Política.

(...)

Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito ‘*de permanecer calado*’”.

A manifestação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal é incisiva: a expressão “preso” constante do texto constitucional é substituída pela expressão “*qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado*”. Não houve nenhuma divergência nesse ponto, de modo que se trata de uma indiscutível atuação de ativismo judicial, modificando o texto constitucional para conformá-lo à imagem que o tribunal faz daquele princípio orientador do sistema processual penal.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello constrói o alcance da garantia ao silêncio a partir não do texto constitucional ou do sistema processual positivado, mas sim a partir de um sistema processual penal ideal, apoiado sobre valores constitucionais liberais e democráticos.

A delimitação do conteúdo da garantia veiculada no texto parte da contraposição entre os direitos individuais e o poder estatal de cercear a liberdade do indivíduo. Este é visto como potencialmente perigoso, excepcional e legítimo se, e apenas se, exercido dentro de estritos limites, ao passo que a liberdade é considerada verdadeira pedra angular do novo sistema processual penal brasileiro.

O Ministro Celso de Mello faz ainda uma breve referência ao caso *Miranda v. Arizona* de modo a alcançar dois objetivos: em primeiro lugar, conectar o direito ao silêncio ao conceito de vedação de auto-incriminação e este ao de devido processo legal; e, em segundo lugar, avançar no conteúdo da garantia a fim de incluir a possibilidade de negar falsamente a imputação. Essa última característica não constitui uma inovação do julgado, posto que já fora tese vencedora no julgamento do Habeas Corpus nº 68.742-3/DF.

Porém, diverge da doutrina estadunidense em um ponto fundamental: enquanto os americanos consideram que a assistência de um advogado é inerente ao direito de não se auto-incriminar, ainda que admitam que o réu renuncie a esse direito, o Ministro Celso de Mello não considera a presença do advogado no interrogatório um fato indissociável do exercício do direito de permanecer em silêncio. Tal postura conduz a três conclusões possíveis:

(1) uma confiança total no aparato policial brasileiro no sentido de que esse corpo de agentes estatais responsável pela repressão aos cidadãos informará a todos os indivíduos presos seu direito de permanecer em silêncio, deixando-os livres, esclarecidos e à vontade para exercê-lo – tese expressamente rejeitada pela Suprema Corte dos EUA em *Miranda v. Arizona* por ser absolutamente contra-fática; ou,

(2) uma crença na formação cidadã dos brasileiros, segundo a qual pressupõe-se que todos conheçam seus direitos, em especial suas garantias processuais penais, e estejam confortáveis para exercê-los nas delegacias de polícia em todo país (algo improvável em um país de analfabetos, saído de um período de 20 anos sob o jugo autoritário de um governo militar ditatorial, cuja novel Constituição contava com singelos 3 anos de promulgação); ou ainda,

(3) que o Supremo Tribunal Federal reconhece esse direito em sua plenitude, mas não considera que o Estado deva promovê-lo ou impor seu cumprimento aos agentes públicos envolvidos no funcionamento do sistema punitivo (policiais e juízes); sua eficácia dependerá do cidadão ser capaz de, sozinho, vencer o que o *Chief Justice* Warren chamara de “situação natural de intimidação e compulsão para colaborar com a polícia”, atravessar o período entre sua prisão e seu interrogatório judicial sem ceder aos inúmeros subterfúgios que o aparato policial pode lançar mão para convencê-lo a se auto-incriminar e,

finalmente, valer-se da assistência de um advogado para aconselhar-se sobre a melhor utilização da garantia constitucional.

Cerca de um ano depois desse julgamento, a mesma Primeira Turma (ainda composta pelos Ministros Moreira Alves, Octávio Gallotti, Ilmar Galvão, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence) defrontar-se-ia com um caso ainda mais delicado, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 69.818-2/SP. Desse julgamento, ocorrido em 03 de novembro de 1992, porém, não participaram os Ministros Moreira Alves e Celso de Mello.

No curso de uma investigação sobre uma quadrilha internacional de tráfico de drogas (que atingiu grande repercussão midiática, tendo sido denominada “Operação PANAM”) foram presos dois suspeitos de integrarem a quadrilha, Julio Ricardo Petenucci e Marcelo de Souza Consorte, os quais foram entrevistados pelos agentes policiais responsáveis pela prisão.

Durante essa entrevista (que se pode classificar como uma “conversa informal”, mas que posteriormente foi transformada em termo de interrogatório) os presos narraram a participação de Omar Ghazal, bem como de outras pessoas, na prática criminosa, sendo esses depoimentos gravados em fita magnética. A prova foi utilizada para embasar uma denúncia em face de Omar Ghazal, que acabou condenado pelo crime de tráfico internacional de tóxicos e associação para o tráfico, em primeira instância.

O Habeas Corpus foi impetrado exclusivamente em favor de Omar Ghazal, pleiteando que lhe fosse autorizado aguardar em liberdade o julgamento de seu recurso em segunda instância, bem como fosse declarada ilícita a prova obtida. Apenas esse último fundamento será discutido nesse momento.

Segundo os impetrantes, dois fatores indicariam a ilegalidade da prova: em primeiro lugar, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciara diversas vezes sobre a ilegalidade das interceptações telefônicas porquanto inexistente a regulamentação do inc. XII, do art. 5º, da Constituição. Em segundo lugar, as informações teriam sido colhidas em momento de fragilidade psíquica dos presos, evidenciando a ausência de vontade livre e consciente durante as declarações.

O primeiro argumento é descartado de plano pelo relator, Ministro Sepúlveda Pertence, uma vez que não se tratou de violação de comunicação telefônica. Por conseguinte, os precedentes não tratavam de situação fática similar. Ademais, a privacidade e intimidade das comunicações telefônicas têm

regime constitucional próprio, diferente dos demais tipos de comunicação. Não obstante, ponderou o relator, a violação das comunicações privadas não é a única causa de nulidade de uma prova; outra seria a violação do direito de não se auto-incriminar.

No entanto, não houve violação à garantia da auto-incriminação nas declarações prestadas por Julio e Marcelo *no que tange à Omar Ghazal*, como asseverou Sepúlveda Pertence:

“(...) a garantia contra a auto-incriminação – *ça va sans dire* – não aproveita a terceiros, objeto da delação de co-réus; de outro, como já se viu, na sentença – com base não apenas na afirmação em contrário dos interlocutores da conversa gravada, mas também nos indícios que assinalou – o Juiz concluiu que os presos estavam cientes da gravação, a que teriam acedido pelo que, no momento, lhes pareceu mais conveniente aos próprios interesses”.

O precedente estabelecido no Habeas Corpus nº 69.818-2/SP, longe de constituir uma obviedade, estabeleceu um critério capaz de limitar o alcance da garantia de vedação de auto-incriminação. Embora, superficialmente, a indicação de outros autores de crimes não constitua produção de prova penal contra o autor da delação, o critério deixa descobertas situações como delação de membros de uma quadrilha.

Imagine-se que são presos quatro integrantes de uma quadrilha, os quais são colocados em celas separadas e interrogados isoladamente pela polícia, sem que lhes seja informado o direito de não produzir prova contra si e de permanecer em silêncio. De acordo com o precedente estabelecido no Habeas Corpus nº 69.818-2/SP, se todos confessarem a participação na quadrilha, a prova não poderá ser utilizada contra cada autor, isoladamente, mas poderá incriminar os outros.

Em outras palavras, as declarações do suspeito (1) permitem incriminar os suspeitos (2), (3) e (4), mas não a si mesmo e assim sucessivamente. Todavia, considerando que esse crime só se consuma se o bando tiver, pelo menos, quatro integrantes¹² será possível ao juiz condená-los? Não haveria como negar que as declarações obtidas com violação do dever de informar, embora não se aplicassem diretamente contra seu autor, acabaram por afetá-lo.

¹² Art. 288 , Código de Processo Penal (Quadrilha ou bando): “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos”.

A interpretar-se o Habeas Corpus nº 69.818-2/SP como novo *leading case* em detrimento do Habeas Corpus nº 68.929-9/SP, o Supremo Tribunal Federal estaria desviando o ponto de análise da ilicitude da prova do ponto “como foi produzida” para “quem é afetado pela prova”, ou ainda, abandonando o aspecto procedimental da produção da prova (tema próprio do Direito Processual Penal) em favor do conteúdo da prova.

Veja-se que essa postura se aproxima do postulado autoritário *male captum bene retentum*, que admitia a valoração de provas ilicitamente obtidas, mesmo as de origem criminosa, sustentando que a decisão de admissibilidade da prova deveria levar em conta seu conteúdo, não sua origem. Vale repetir que participaram desse julgamento apenas os Ministros Sepúlveda Pertence (relator), Octávio Gallotti e Ilmar Galvão.

Cerca de quatro anos depois o tema voltaria ao Supremo Tribunal Federal, agora porém em situação completamente nova. Até então, o debate sobre a ampliação dos sujeitos da garantia constitucional de vedação da auto-incriminação tinha estabelecido que o direito de permanecer calado abarcava além do preso, também o suspeito, o indiciado, o imputado, o acusado e “*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) ou ainda qualquer pessoa “*sujeita à ação persecutória do Estado*” (Habeas Corpus nº 68.929-9/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello), com a ressalva de que declarações prestadas com inobservância dessa garantia não seriam consideradas nulas no que dissessem respeito a eventual co-réu (Habeas Corpus nº 69.818-2/SP).

Porém, a situação que os Ministros avaliariam no Habeas Corpus nº 73.035-3/DF (DJ de 19/12/1996), submetido a julgamento no dia 13 de novembro de 1996, era substancialmente diferente¹³.

Lacyr Vianna, então Presidente da Associação Nacional de Autores, Compositores e Intérpretes de Música fora convocado para prestar depoimento, como testemunha, na Comissão Parlamentar de Inquérito instalada na Câmara dos

¹³ É importante frisar que anteriormente já houvera pedidos de Habeas Corpus impetrados em favor de testemunhas que pretendiam recusar-se a responder perguntas que, provavelmente lhes seriam feitas. Esse foi o caso nos Habeas Corpus nº 71.231-2/RJ, Ministro Carlos Velloso; 71.421-4/RS, Ministro Celso de Mello; 71.461-8/RJ, Ministro Carlos Velloso; os quais nunca foram levados a julgamento de mérito pelo colegiado porquanto os pedidos de Habeas Corpus foram considerados prejudicados.

Deputados para apurar irregularidades no Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), o órgão brasileiro responsável pela arrecadação e distribuição dos direitos autorais das obras musicais. O depoimento fora interrompido com a decretação de sua prisão em flagrante pelo delito de falso testemunho (art. 4º, II, da Lei nº 1.579/1952).

A defesa de Lacyr sustentava a tese de que mesmo uma testemunha que preste compromisso legal de dizer a verdade não está obrigada a responder algo que possa incriminá-la. Da mesma forma, se responder falsamente à pergunta cuja resposta possa incriminá-la, não pratica o crime de falso testemunho, mas exerce seu direito constitucional de não produzir prova contra si mesma.

O caso foi levado ao exame do Plenário do Supremo Tribunal Federal – então composto pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Francisco Rezek, Maurício Corrêa e Carlos Velloso, o primeiro presidente do Tribunal e o último o relator do caso. Desde o primeiro julgamento sobre o direito de não se auto-incriminar (68.742-3/DF), o Supremo Tribunal Federal tivera sua composição ligeiramente modificada, com a aposentadoria dos Ministros Célio Borja e Paulo Brossard, substituídos pelos Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

A decisão foi unânime. Não obstante, o voto do Ministro Carlos Velloso é extremamente singelo na análise do tema. Afirma que a doutrina se orienta para não considerar crime a conduta da testemunha ocultar a verdade para não se auto-incriminar e cita dois autores, a saber, Celso Delmanto e Damásio de Jesus, reproduzindo inclusive trechos de suas obras:

“Segundo Celso Delmanto, ‘Não haverá, porém, falso testemunho se a testemunha, ainda que compromissada, mente para não se incriminar (autodefesa), pois há inexigibilidade de outra conduta’ (Celso Delmanto, ‘Código Penal Comentado’, ed. Renovar, 1991, 3ª ed., pág. 526).

Damásio não destoia desse entendimento: ‘Inexiste delito quando a testemunha nega a verdade para não se incriminar (Damásio E. de Jesus, ‘Código Penal Anotado’, ed. Saraiva, 1995, 5ª ed., pág. 906)’”

Ora, a fundamentação dos autores citados para afirmar a atipicidade da conduta é radicada em uma causa supra legal de exclusão de culpabilidade (de que são exemplos legais, porque previstas em lei, a obediência hierárquica e a coação moral irresistível). Trata-se de situação jurídica absolutamente diferente do

exercício de um direito constitucionalmente assegurado. O Ministro Carlos Velloso não ataca essa discussão, limitando-se a citar os autores que abordam a questão do ponto de vista exclusivo da dogmática penal, sem conectá-la com o direito constitucional.

Em seguida, o relator cita dois importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a amplitude dos poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito – Habeas Corpus nº 71.039/RJ e nº 71.261-4/RJ – os quais não tratam da exata questão em julgamento.

O primeiro precedente citado, o Habeas Corpus nº 71.039-5/RJ, relatado pelo Ministro Paulo Brossard e julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, constitui conhecido *leading case* sobre o funcionamento das CPI's sob a nova ordem constitucional.

Contudo, no que tange ao depoimento dos convocados, menciona apenas a possibilidade das testemunhas recusarem-se a responder perguntas cujas respostas configurem violação ao sigilo profissional, consignando expressamente que “*o Judiciário deve ser prudente nessa matéria, para evitar que a pessoa venha a obter HC para calar a verdade, o que é modalidade de falso testemunho*”. Com efeito, o fundamento que autorizava a testemunha a não prestar declarações estava relacionado a uma hipótese fática completamente diversa daquela que se apresentava no Habeas Corpus nº 73.035-3/DF, *in verbis*:

“Ninguém pode escusar-se de comparecer à Comissão Parlamentar de Inquérito para depor. Ninguém pode recusar-se a depor. Contudo, a testemunha pode escusar-se a prestar depoimento se este colidir com o dever de guardar sigilo. O sigilo profissional tem alcance geral e se aplica a qualquer juízo, cível, criminal, administrativo ou parlamentar. Não basta invocar sigilo profissional para que a pessoa fique isenta de prestar depoimento. É preciso haver um mínimo de credibilidade na alegação e só *a posteriori* pode ser apreciado caso a caso. A testemunha, não pode prever todas as perguntas que lhe serão feitas. O Judiciário deve ser prudente nessa matéria, para evitar que a pessoa venha a obter HC para calar a verdade, o que é modalidade de falso testemunho”.

Já o segundo precedente, Habeas Corpus nº 71.261-4/RJ, apenas reafirma a possibilidade de condução coercitiva de testemunhas pelas CPI's.

Portanto, no que tange à declaração falsa de uma testemunha perante a Comissão Parlamentar de Inquérito, o voto do relator endossa a tese da exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa daquele que se vê compelido a fornecer uma resposta que possa incriminá-lo. Isso significa que a

conduta é típica e antijurídica, apenas não sendo culpável. O dispositivo legal do art. 5º, inc. LXIII, da Constituição sequer é citado no voto.

Segundo a votar, o Ministro Celso de Mello dá tratamento jurídico ao tema bastante diverso, embora a conclusão não divirja da do relator. Para Celso de Mello, o direito da testemunha compromissada com a verdade de violar esse compromisso e declarar falsamente está ancorado na garantia constitucional de vedação de auto-incriminação, considerada um “*direito público subjetivo, de estatura constitucional, deferido e expressamente assegurado a qualquer pessoa pela Carta Política*”. Prossegue o Ministro:

“Em suma: o silêncio da testemunha – que decorre de sua inalienável prerrogativa de não poder ser compelida a depor contra si própria ou ver-se obrigada a auto-incriminar-se (*prerrogativa esta que assiste a generalidade das pessoas*) – não autoriza a medida extrema de submetê-la, *sendo esse o motivo*, à privação de sua liberdade individual” (grifos do original).

Embora os fundamentos sejam radicalmente distintos, não houve manifestação de voto dos demais Ministros do Supremo Tribunal Federal, permanecendo o Ministro Carlos Velloso como relator, com votação unânime que contou, inclusive, com o voto do presidente.

Cerca de dez dias depois do julgamento pelo Plenário desse Habeas Corpus (nº 73.035-3/DF), a Primeira Turma voltaria a enfrentar o tema do alcance da garantia do direito ao silêncio para outros sujeitos além do preso. Em 22 de novembro de 1996, foi julgado pela Primeira Turma o Habeas Corpus nº 74.251-3/SP (DJ de 21/03/1997), sob a relatoria do Ministro Sydney Sanches.

A composição era praticamente a mesma de quatro anos antes (ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 69.818-2/SP pela Primeira Turma e que tratou do depoimento de testemunha), permanecendo na Turma os Ministros Moreira Alves, Octávio Gallotti, Ilmar Galvão e Celso de Mello. O Ministro Sepúlveda Pertence, que assumira a presidência do Tribunal em 1995, fora substituído na Turma pelo Ministro Sydney Sanches.

A situação fática apresentada aos Ministros versava sobre a condenação de Antônio Luis Abuchaim pelo crime de tráfico de drogas, atendo-se o Habeas Corpus a impugnar vários elementos da condenação. Do conjunto de argumentos jurídicos expendidos no *writ*, destaca-se a seguinte situação: durante uma investigação sobre o tráfico de drogas na cidade de Araraquara, São Paulo,

policiais prenderam Robison Aparecido de Oliveira com 220g de cocaína, logo após deixar a residência de Antônio, tendo Robison imediatamente confessado que fora ali que comprara a droga. Para a defesa de Antônio, a auto-incriminação de Robison era nula e não poderia ser valorada para a condenação de Antônio.

Não há menção no julgado a eventual omissão dos policiais do dever de informar sobre a garantia de permanecer em silêncio. Há, por outro lado, a informação de que o depoimento policial de Robison fora assistido por advogado. O panorama fático se afigurava pouco propício a qualquer manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre eventual violação da garantia constitucional, razão pela qual os Ministros decidiram indeferir o Habeas Corpus, ressaltando porém que o tribunal “*não estava impedido de valorizar a auto-incriminação do co-réu, que envolveu a conduta do paciente, como proprietário da droga posta no tráfico*”. Nesse julgamento, não houve referência ao precedente nº 69.818-2/SP.

O fato é que a decisão de 1996 no Habeas Corpus nº 73.035-3/DF transformar-se-ia em verdadeiro *leading case*, testada em vários casos, a partir do ano 2000. Com efeito, os primeiros anos do século XXI foram marcados, no cenário político brasileiro, pelo *boom* das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI). Apenas na 51ª legislatura da Câmara dos Deputados (01/02/1999 a 31/01/2003)¹⁴ foram instaladas dezenove CPI's, de que são exemplos as do PROER; do SIVAN; da CBF/NIKE; das Fraudes do INSS; do Narcotráfico; do BANESPA; do FUNDEF; dos Medicamentos, para listar somente as que ficaram mais conhecidas¹⁵.

A utilização dos *poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, previstos no art. 58, § 3º, da Constituição, pelos congressistas vinha gerando inúmeros casos de constrangimento ilegal que culminaram com o episódio envolvendo o ex-Presidente do Banco Central Francisco Lafaiete de Pádua Lopes, no dia 23 de fevereiro de 2000, apreciado nos autos do Habeas Corpus nº 79.244-8/DF (DJ de 24/03/2000).

¹⁴ Na legislatura seguinte (01/02/2003 a 31/01/2007) foram apenas 10 CPI's.

¹⁵ A relação completa das comissões parlamentares de inquérito pode ser encontrada no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados: <http://www2.camara.gov.br/internet/comissoes/temporarias/cpi/encerradas.html/51legislatura/>. Além das CPI's instaladas na Câmara dos Deputados, outras foram instaladas no âmbito do Senado Federal: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Comissoes/comCPI.asp>

Francisco Lopes fora convocado pela CPI do Sistema Financeiro para depor na condição de testemunha na CPI do Sistema Financeiro, instalada no Senado da República.

Alegando que não era testemunha, mas investigado – Francisco Lopes tivera sua residência vasculhada por policiais federais e prestara depoimento perante Procuradores da República no curso de “procedimento investigatório” instaurado no âmbito do Ministério Público Federal – o convocado apresentou um texto ao Presidente da CPI afirmando que reservar-se-ia no direito de permanecer calado e não responder quaisquer perguntas que os Senadores fizessem sobre o tema da CPI, que vinha a ser o mesmo das investigações a que estava submetido.

Antevendo um eventual constrangimento, os advogados de Francisco Lopes impetraram Habeas Corpus preventivo em seu favor, o que se mostrou, posteriormente, medida absolutamente correta¹⁶.

O relator, Ministro Sepúlveda Pertence, levou o Habeas Corpus para julgamento pelo Plenário (com a mesma composição do julgamento do Habeas Corpus nº 73.035-3/DF, à exceção da substituição do Ministro Francisco Rezek, que renunciara, pelo Ministro Nelson Jobim e da ausência, no julgamento, do Ministro Carlos Velloso).

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em votação unânime, consideraram prejudicada a impetração porque já encerrados os trabalhos da CPI. Todavia, ao contrário do que normalmente ocorre, foi publicado um acórdão examinando as questões de mérito ventiladas no Habeas Corpus, valendo destacar a seguinte passagem do voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

“Não importa que, na CPI – que tem poderes de instrução, mas nenhum poder de processar nem de julgar – a rigor, não haja acusados. A garantia contra a auto-incriminação não tem limites espaciais nem procedimentais: estende-se a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possam advir subsídios à imputação ao declarante da prática de crime”.

Ao analisar a aplicabilidade da garantia constitucional às investigações conduzidas pelo Legislativo, o relator apóia-se em três fundamentos: a doutrina

¹⁶ “Às 17hs e 35 m. os advogados José Gerardo Grossi e Luiz Guilherme Vieira impetraram Habeas Corpus preventivo em favor de Francisco Lafaiete de Pádua Lopes, ameaçado de prisão pelo Senhor Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito criada no Senado Federal pelo Requerimento nº 127/99 (a chamada CPI do Sistema Financeiro). (...) Pouco depois, às 18hs e 34 m., os impetrantes ajuizaram nova petição, informando que a prisão fora efetivamente decretada e requerendo a concessão liminar de salvo conduto. É fato amplamente divulgado que a prisão se efetuou” (trecho do relatório do acórdão proferido nesse julgamento).

brasileira, a jurisprudência estrangeira e o precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

No que tange à doutrina brasileira, são mencionadas duas obras, uma anterior e outra posterior à promulgação da nova Constituição: “*A incidência da garantia contra a auto-incriminação nas investigações de CPI, em linha de princípio, é irrecusável (v.g., Nelson S. Sampaio, Inquérito Parlamentar, FGV, 1964, p. 47 e 58)*”¹⁷. A jurisprudência estrangeira, mais uma vez, provinha da Suprema Corte dos Estados Unidos, onde já se tinha vivido episódios semelhantes durante os anos da histeria macartista. Sepúlveda Pertence cita os casos *Quinn v. USA*, 349, U.S. 155 (1955) e *Emspak v. USA*, 349, U.S. 190 (1955).

Já o precedente brasileiro citado, verdadeiro *leading case* do tema, foi o Habeas Corpus nº 73.035-3/DF, cujas bases teóricas foram reforçadas durante o julgamento do Habeas Corpus nº 79.244-8/DF. Nesse último, embora reconhecendo que “*A dificuldade na aplicação da CPI das normas regentes da instrução criminal é a identificação de quem, na investigação parlamentar, há de ser tratado como acusado, com as garantias daí decorrentes*”, o Supremo Tribunal Federal esclarece que a garantia de não se auto-incriminar não decorre do *status* do sujeito perante o poder público.

Com efeito, seja o indivíduo investigado, suspeito, acusado ou mesmo testemunha, não poderá deixar de comparecer, quando intimado, perante a autoridade pública. Por outro lado, e ainda independentemente do *status* que tiver, também não poderá recusar-se a responder toda e qualquer pergunta que a autoridade pretender dirigir-lhe.

Contudo, uma vez formulada a pergunta, e independente de sua situação jurídico-processual naquele procedimento, a Constituição assegura ao indivíduo o direito exclusivo de avaliar se a resposta que lhe é exigida pode prejudicá-lo e, assim entendendo, o direito de não respondê-la.

Nesse julgamento, portanto, o Supremo Tribunal Federal estabelece com maior nitidez os contornos do direito ao silêncio, descolando-o definitivamente da expressão “preso”, bem como das definições anteriores (“qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado”, Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, e

¹⁷ O outro autor citado pelo Ministro Sepúlveda Pertence em seu relatório é o Prof. Antônio Magalhães Gomes Filho, na obra “Direito à prova no processo penal”, São Paulo: RT, 1997.

“qualquer pessoa sujeita à ação persecutória do Estado”, Habeas Corpus nº 68.929-9/SP).

Nesse mesmo ano de 2000, outros casos semelhantes seriam analisados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Em 05 de abril de 2000 (pouco mais de um mês depois do julgamento do Habeas Corpus nº 79.244-8/DF), foi distribuído ao Ministro Octávio Gallotti o Habeas Corpus nº 79.589-7/DF (DJ de 06/10/2000), impetrado contra ato do presidente da CPI do Narcotráfico.

O paciente desse Habeas Corpus fora inicialmente convocado para prestar depoimento perante a CPI e se portara como investigado, recusando-se a prestar compromisso de dizer a verdade. Logo em seguida, foi novamente convocado a depor, mas agora sob a expressa previsão (contida na intimação) de ser ouvido como testemunha pela comissão.

O Habeas Corpus apresentava dois pedidos alternativos: que o Supremo Tribunal Federal transmudasse o status jurídico do indivíduo perante a CPI, a fim de que ele lá comparecesse, mais uma vez, na condição de investigado (mesmo porque o paciente já prestara depoimento anterior nessa condição); ou, mantendo a condição de testemunha, declarasse expressamente que lhe assistia o direito de depor sem se auto-incriminar.

Destoando do que o Supremo Tribunal Federal decidira até então, o Ministro Octávio Gallotti, relator do Habeas Corpus, concedeu decisão liminar nos seguintes termos:

“Presentes os pressupostos necessários à sua concessão, defiro o pedido da medida liminar para o fim de isentar o paciente, até decisão definitiva do *habeas corpus*, de depor como testemunha perante a nobre Comissão Parlamentar de Inquérito, podendo ser por ela convocado a fazê-lo como indiciado, sem estar sujeito a juramento e sendo lícito calar-se, quando implique a indagação possibilidade de auto-incriminação”.

Vê-se, portanto, que a liminar restabelece uma diferenciação que os julgados anteriormente analisados pelo Plenário refutaram. Se, até então, não importava o status jurídico do indivíduo perante a autoridade pública (se indiciado, preso, acusado ou testemunha) para o fim de exercer a garantia de vedação de auto-incriminação, a liminar concedida pelo Ministro Octávio Gallotti define um conceito mais restrito da garantia constitucional.

Ao prestar informações no Habeas Corpus, a CPI aproveita o ensejo da decisão judicial e força a clivagem entre as figuras do suspeito e da testemunha,

de modo a assegurar que esta não possa furtar-se a colaborar com as apurações do Poder Legislativo, ainda que à custa de sua própria liberdade individual:

“As CPI’s são os olhos e os ouvidos do Poder Legislativo. Por isso, quando qualquer CPI ouve alguém jamais o faz na condição de acusadora. Mesmo que seu tema, como na presente CPI destinada a investigar o narcotráfico, possa às vezes beirar o jurídico e o policial, na verdade não se está exercendo nem uma, nem outra, dessas atividades.

(...)

Explicamos: toda pessoa que comparece para depor perante CPI sempre o faz, sem exceção, na qualidade de testemunha. Seja um Ministro de Estado, seja o padre benemérito que trabalha na recuperação de drogados, seja o policial exemplar, seja o corrupto, ou aqueles que são apontados como envolvidos em narcotráfico, não há distinção na natureza do ato que os traz à CPI: são testemunhas. Não há indiciados na CPI, mesmo porque para tanto precisaria existir uma deliberação da Comissão declarando tal fato. E essa deliberação apenas acontece quando da votação do relatório final – ou, eventualmente, dos parciais que o antecedem.

(...)

O dever de colaborar com a CPI é o mesmo dever que têm todos os brasileiros, do Presidente da República ao mais jovem e humilde cidadão de colaborar com a administração da justiça – *mutatis mutandis* – e, no caso em tela, com as funções constitucionais do Poder Legislativo.

Na verdade, apenas nos inquéritos parlamentares para apurar crimes de responsabilidade ou para decidir sobre decore de um membro do legislativo pode-se conceber, em boa técnica jurídica, a presença dos ‘indiciados’ nesta sede. **Nos demais inquéritos, cujo escopo é informativo – informar a Câmara investigadora ou a opinião pública – todos os que são ouvidos deve ser considerados ‘testemunhas’**”.

Diante do teor das informações prestadas, o Ministro relator inicia seu voto rejeitando o argumento de ordem formal que estabelece distinções entre indiciados, acusados ou testemunhas (que agasalhara quando da concessão da liminar) para afirmar de forma categórica os precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Ao construir uma definição do direito ao silêncio, abandona o sujeito como ponto de partida e estabelece que a garantia constitucional de vedação da auto-incriminação tem plena 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*”.

A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal é unânime, tendo acompanhado o relator os Ministros Carlos Velloso, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson

Jobim (os Ministros Moreira Alves e Sepúlveda Pertence não participaram do julgamento).

Contudo, em 08 de novembro desse mesmo ano de 2000, o Plenário seria novamente levado a se pronunciar sobre ao alcance do “direito do preso de permanecer calado”, ou especificamente, da construção do significado da “garantia individual de não se auto-incriminar”, envolvendo a convocação de testemunhas para prestarem depoimentos perante Comissões Parlamentares de Inquérito.

O caso concreto objeto do Habeas Corpus nº 79.812-8/SP (DJ de 16/02/2001) versava sobre pedido de concessão preventiva da ordem para o investigador de polícia de São Paulo José Corissa Neto, intimado a prestar depoimento na condição de testemunha perante a Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada para investigar as atividades do narcotráfico no Brasil (a mesma Comissão que convocara um indivíduo primeiro como investigado e posteriormente como testemunha e que motivara a impetração do Habeas Corpus nº 79.589-7/DF).

A liminar fora concedida a fim de que o paciente não sofresse qualquer constrangimento em sua liberdade de locomoção caso se recusasse, mesmo na condição de testemunha e mesmo sob compromisso de dizer a verdade, a responder eventual questionamento cuja declaração constituísse, no seu entendimento, violação à prerrogativa de não se auto-incriminar. Em razão de a CPI ainda não ter concluído seus trabalhos, nem ter sido extinta por decurso do prazo, o Supremo Tribunal Federal entendeu não estar prejudicado o pedido principal formulado no Habeas Corpus.

Repetindo os conceitos que pioneiramente enunciara no julgamento do primeiro *leading case* de 1991 (Habeas Corpus nº 68.929-9/SP) e que se tornariam objeto de seguidas e reiteradas decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 73.035-3/DF, nº 79.244-8/DF e nº 79.589-7/DF), o relator Ministro Celso de Mello reafirma a obrigação de o paciente atender à intimação da autoridade pública (no caso, os parlamentares que integravam a CPI) e de responder às perguntas que lhe fossem formuladas, ressalvadas aquelas cujas respostas pudessem acarretar vulneração à garantia contra a auto-incriminação, uma vez que a garantia em questão se aplica, indistintamente, à indiciados e testemunhas, podendo ser assim definida:

“O privilégio contra a auto-incriminação (...) traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.

O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental”.

Participaram do julgamento os Ministros Carlos Velloso (presidente), Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Não participou do julgamento o Ministro Néri da Silveira, nem o Ministro Octávio Gallotti, relator do Habeas Corpus nº 79.589-7/DF, julgado seis meses antes, aposentado em outubro de 2000 e substituído por Jobim.

Seria absolutamente razoável prever que a seqüência de três julgamentos unânimes pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em menos de um ano (Habeas Corpus nº 79.244-8/DF, julgado em 23 /02 /2000; Habeas Corpus nº 79.589-7/ DF, julgado em 05 /04 /2000; e, Habeas Corpus nº 79.812-8/SP, julgado em 08 /11 /2000) exercesse algum efeito “neutralizador” ou “educativo” sobre as práticas do Congresso Nacional no curso das suas investigações parlamentares. A presente pesquisa indica que isso não ocorreu.

O Supremo Tribunal Federal voltaria a apreciar a questão inúmeras vezes, sob a forma de liminares concedidas em sede de Habeas Corpus que viriam a ser posteriormente julgados prejudicados¹⁸. A exceção ficaria por conta dos acórdãos prolatados mesmo quando prejudicados os pedidos, dos quais são exemplos os Habeas Corpus nº 83.357-8/DF (Pleno, julgado em 03/03/2004, DJ de 26/03/2004, relator Ministro Nelson Jobim) e Habeas Corpus nº 89.269-8/DF (Pleno, julgado em 21/11/2006, DJ de 15/12/2006, relator Ministro Ricardo Lewandowski).

¹⁸ Habeas Corpus nº 80.530/PA, Rel.: Min. Celso de Mello; Habeas Corpus nº 80.868/DF, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence; Habeas Corpus nº 83.648/DF, Rel.: Min. Celso de Mello; Habeas Corpus nº 84.214/DF, Rel.: Min. Cezar Peluso; Habeas Corpus nº 83.622/DF, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence; Habeas Corpus nº 86.355/DF, Rel.: Min. Carlos Velloso; Habeas Corpus nº 86.232/DF, Rel.: Min. Ellen Gracie; Habeas Corpus nº 87.971/DF, Rel.: Min. Gilmar Mendes; Habeas Corpus nº 88.163/DF, Rel.: Min. Carlos Britto; Habeas Corpus nº 88.182/DF, Rel.: Min. Joaquim Barbosa; Habeas Corpus nº 88.553/DF, Rel.: Min. Gilmar Mendes; Habeas Corpus nº 88.703/MT, Rel.: Min. Cezar Peluso.

Por fim, apenas a título de reconstrução histórica dos julgamentos, enumeram-se os outros casos examinados pelo Supremo Tribunal Federal, cujo pedido não foi considerado prejudicado.

(a) Habeas Corpus nº 80.584-1/PA, distribuído ao Plenário sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira e julgado em 08 de março de 2001 (DJ de 06/04/2001), em que se declarou, incidentalmente, o direito de calar de pessoas intimadas a comparecer perante a CPI;

(b) Habeas Corpus nº 83.703-4/SP, também julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, em 18 de dezembro de 2003 (DJ de 23/04/2004) no qual se impugnava a obrigação de assinar termo de compromisso de dizer a verdade no qual constava a exceção às respostas que pudessem incriminar o depoente. Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a obrigatoriedade de assinatura do termo seria incompatível com a ordem jurídica.

7.2.2

Alcance da garantia para além do direito de calar

O segundo eixo de análise compreende a extensão do direito ao silêncio para além da simples passividade ou inatividade do suspeito ou acusado diante da atividade das autoridades públicas encarregadas de investigá-lo ou processá-lo criminalmente. Assim como no tópico anterior, os julgados serão examinados em ordem cronológica.

Merece especial atenção o fato de que o primeiro julgamento a examinar a possibilidade de que o direito de permanecer calado não se resumisse ao direito ao silêncio, e sim compreendesse algo mais amplo (garantia contra a auto-incriminação) tenha sido realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 28 de junho de 1991.

O Habeas Corpus nº 68.742-3/DF (DJ de 02/04/1993) foi impetrado em favor de José Eustáquio Ribeiro de Urzedo contra a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que manteve a condenação do paciente à pena de três anos

de reclusão e multa, pela prática da infração prevista no art. 304¹⁹, do Código Penal. Foram apresentadas duas teses de defesa:

(a) que o paciente recolhera voluntariamente aos cofres públicos o valor correspondente à arrecadação do tributo relativo ao documento falso utilizado, de modo que se aplicaria, ao paciente, a causa de redução prevista no art. 16²⁰, do Código Penal;

(b) que a pena imposta foi indevidamente aumentada em razão de denúncia posterior ao fato, considerada como “antecedentes criminais”. Ao final, requer a anulação do acórdão no tocante a fixação da pena ou, por economia processual, a correção da pena fixada com sua conseqüente diminuição.

Acolhendo o parecer do Ministério Público Federal, o relator originário, Ministro Octávio Gallotti, principia por afastar a tese do recolhimento voluntário afirmando estar insuficientemente comprovada a alegação, bem como pela circunstância de que não poderia se falar em reparação do dano causado já que o bem jurídico protegido era a fé pública e não o erário.

Prosegue assentando que a sentença de primeiro grau, integralmente mantida em sede de apelação, foi acertada na majoração da pena mesmo se desconsiderada a questão dos antecedentes porque se apoiava em outras duas teses: (a) a intensidade do dolo, representada pela intenção de causar grande prejuízo ao Tesouro Nacional; e, (b) o fato de haver o paciente negado falsamente a prática ilícita.

A primeira divergência surge no voto do Ministro Ilmar Galvão (futuro relator para o acórdão), focada exclusivamente no tocante à tese da “intensidade do dolo”. Sua manifestação é curta: apenas quatro linhas são destinadas às razões jurídicas de seu convencimento. *In verbis*:

“Todavia, considero insuficientemente demonstradas as circunstâncias judiciais que levaram à fixação da pena base, bem acima da mínima prevista na lei.

Na verdade, os dados que foram considerados pelo julgador, na aplicação das diretivas preconizadas no art. 59 do CP, integram o próprio crime pelo qual foi o paciente condenado, não podendo ser considerados para efeito de agravamento da pena.

Concedo a ordem para fixar a pena no mínimo legal”.

¹⁹ Art. 304, Código Penal (Uso de documento falso): Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302. Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

²⁰ Art. 16, Código Penal (Arrependimento posterior): Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

Seguinte a votar, o Ministro Marco Aurélio principia por rejeitar a teoria da intensidade do dolo como razão para elevar a pena-base, considerando-a elementar do tipo, acompanhando, nesse ponto, o Ministro Ilmar Galvão.

Porém, o Ministro Marco Aurélio vai além, afirmando que não se poderia majorar a pena tomando como fundamento o fato do paciente ter negado falsamente a prática do crime. Argumentou o Ministro Marco Aurélio que o art. 59, do Código Penal²¹ não faz menção expressa a essa circunstância, razão pela qual não se poderia exigir do acusado que reconhecesse o crime para beneficiar-se quando da fixação da pena-base. Por essas razões, vota pela fixação da pena-base no patamar mínimo.

Por fim, ainda examina a questão do arrependimento posterior, reconhecendo sua incidência e propondo a redução da pena em um terço.

Bastante diferenciada, e muito mais incisiva, é a manifestação do Ministro Celso de Mello:

“O privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo, de estrutura constitucional, deferido e expressamente assegurado, em favor de qualquer indiciado ou imputado, pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política.

Com o seu mais expreso reconhecimento, constitucionalizou-se uma das mais expressivas conseqüências derivadas da cláusula do *‘due process of law’*.

Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o **‘direito de permanecer calado’**.

Esse direito – que se reveste de valor absoluto – é plenamente oponível ao Estado e aos seus agentes. Atua como poderoso fator de limitação das próprias atividades penais-persecutórias desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes e Tribunais).

A cláusula constitucional referida consagrou, nesse contexto, o velho postulado – já acolhido na Quinta Emenda do *‘BILL OF RIGHTS’* norte-americano (1791) – segundo o qual *‘nemo tenetur se detegere’*.

Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. *‘The right to remain silent’* – consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436) – 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

²¹ Art. 59, Código Penal: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

processual de negar, **ainda que falsamente**, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática de ilícito penal.

Sendo assim, tal circunstância não pode ser considerada por qualquer Juízo ou Tribunal – **até mesmo por essa Suprema Corte** – no processo de fixação da pena-base” (grifos do original).

É possível perceber, aqui, notáveis diferenças entre a argumentação do Ministro Celso de Mello e a desenvolvida pelos julgadores que haviam votado anteriormente e que, como ele, entendiam não ser possível majorar a pena do réu.

Os Ministros Ilmar Galvão e Ministro Marco Aurélio não ancoraram suas afirmações sobre a ilegalidade da “punição pela mentira” no princípio constitucional citado pelo Ministro Celso de Mello.

O primeiro sequer fundamentou as razões jurídicas de sua divergência com o relator. Já o segundo optou por uma interpretação focada no artigo 59 do Código Penal, frisando ser ilegal criar novas condições de aumento da pena-base (princípio da legalidade e taxatividade), ou ainda considerar a mentira contada pelo réu como elemento de sua personalidade (princípio da vedação de analogia).

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, construiu duas linhas de argumentação, uma lastreada na interpretação sistemática e garantista do texto constitucional e outra baseada na jurisprudência estrangeira:

(1) o reconhecimento do direito ao silêncio, tal como positivado na Constituição, é manifestação concreta do *due process of law*, traduzindo um direito público subjetivo de caráter absoluto; e,

(2) a equiparação do dispositivo brasileiro ao postulado do *nemo tenetur se detegere*, de tradição latina e ao *privilege against self-incrimination* estabelecido na 5ª emenda da Constituição estadunidense, com o formato delineado quando do julgamento do precedente da Suprema Corte estadunidense *Miranda v. Arizona*, constituindo verdadeiro direito de não se auto-incriminar, mais amplo que o simples “permanecer calado”.

A primeira tese do Ministro Celso de Mello não se refere ao dispositivo do inc. LXIII em momento algum como “direito ao silêncio” mas sempre como “privilégio contra a auto-incriminação”, vinculando-o ao devido processo legal e afirmando ser o primeiro uma expressão concretizadora do segundo. Assim, o Ministro Celso de Mello expande a garantia do silêncio para abarcar também a falsa negativa e a protege de valorações negativas, envolvendo-a com o manto da inviolabilidade da defesa.

Se o direito de mentir está compreendido no devido processo legal, não se pode prejudicar o réu que haja optado por seguir, justamente, o procedimento estabelecido em lei como o correto. Segue daí que a majoração da pena em razão da mentira do réu violaria o devido processo legal, não o oposto.

A segunda tese interpreta o direito constitucional brasileiro a partir da norma similar mencionada na tradição latina (*nemo tenetur se detegere*) que o Ministro considera ser igual à norma constante da Constituição dos Estados Unidos da América. Ocorre que, como visto anteriormente, a Suprema Corte daquele país construiu para o texto constante da 5ª emenda à Constituição um significado mais restrito do que aquele retratado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto²²:

“Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. *The right to remain silent* – consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em *MIRANDA v. ARIZONA* (384 U.S. 436) – 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 negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judicial, a prática do ilícito penal”.

É interessante verificar que mesmo o autor do mais bem elaborado voto acerca do direito de não se auto-incriminar não faz qualquer referência à doutrina ou jurisprudência brasileiras. Aos que hoje lêem esse acórdão do Supremo Tribunal Federal parece que nenhum processualista pátrio já publicara trabalho acadêmico sobre o alcance ou significado do dispositivo constitucional brasileiro, nem nenhuma corte infraconstitucional manifestara-se acerca da impossibilidade de se considerar negativamente, para efeito de fixação de pena, a falsa negativa de autoria de crime pelo réu.

Seguindo a linha inaugurada do Ministro Celso de Mello, assim manifestou-se o Ministro Sepúlveda Pertence:

“A afirmação de que o acusado negou falsamente o crime é estarrecedora, não só pelo princípio constitucional recordado pelo Ministro Celso de Mello, do *nemo tenetur se detegere*, como, porque, o contrário, a confissão espontânea do crime, é que é atenuante: e a inexistência de uma atenuante não pode converter-se em circunstância judicial desfavorável ao réu na fixação da pena base”.

Ao final da votação, assim restaram divididos os Ministros:

²² Com efeito, como visto anteriormente, no sistema estadunidense, o acusado pode recusar-se a depor mas, se o fizer, estará obrigado a dizer a verdade.

- **Aceitando a redução da pena base:**

Ministro Ilmar Galvão (rejeita a tese da intensidade do dolo);

Ministro Marco Aurélio (rejeita as teses: da intensidade do dolo; de que a falsa negativa do crime possa ser critério para avaliar a personalidade do agente; de que uma denúncia posterior ao fato seja considerada “antecedente criminal”);

Ministro Celso de Mello (as três teses; porém fazendo expressa menção ao direito de permanecer calado, chamado de privilégio contra a auto-incriminação, considerado fundamento jurídico que autoriza o réu a calar e a mentir em juízo);

Ministro Sepúlveda Pertence (as três teses, aderindo às palavras de Celso de Mello).

- **Rejeitando a redução da pena base:**

Ministros Octávio Gallotti, Carlos Velloso, Néri da Silveira, Célio Borja e Moreira Alves.

- **Aceitando o arrependimento posterior:** Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso. **Contra:** Ministros Octávio Gallotti, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Néri da Silveira, Célio Borja e Moreira Alves.

- **Diminuindo a pena, sem que restasse explicitada a razão²³:** Ministros Sydney Sanches e Paulo Brossard.

Tabulando as manifestações dos Ministros, é possível desenhar o seguinte quadro comparativo, relativamente ao resultado do julgamento:

Ministro	Decisão	Indicação	Posse
Moreira Alves	Mantém pena	Geisel	20/06/1975
Néri da Silveira	Mantém pena	Figueiredo	01/09/1981
Otavio Gallotti	Mantém pena	Figueiredo	20/11/1984

²³ Não houve manifestação de voto dos Ministros Paulo Brossard e Sydney Sanches (este na presidência do Supremo Tribunal Federal), embora se possa inferir que divergiram, em maior ou menor extensão, do voto do Relator, razão pela qual deferiu-se a ordem, por maioria de votos, para reduzir a pena para dois anos de reclusão. Não se pode avaliar, no entanto, se endossaram a tese do Ministro Ilmar Galvão relativa aos elementos do tipo, ou as teses dos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence no que tange à impossibilidade que a falsa negativa de autoria seja considerada em prejuízo do acusado, ou ainda se consideraram pertinente a redução em reconhecimento ao arrependimento posterior (tese defendida pelos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio).

Célio Borja	Mantém pena	Sarney	17/04/1986
Carlos Velloso	Mantém pena	Collor	13/06/1990
Sydney Sanches	Reduz pena	Figueiredo	13/08/1984
Paulo Brossard	Reduz pena	Sarney	05/04/1989
Sepúlveda Pertence	Reduz pena	Sarney	17/05/1989
Celso Mello	Reduz pena	Sarney	30/06/1989
Ilmar Galvão	Reduz pena	Collor	12/06/1991
Marco Aurélio	Reduz pena	Collor	13/06/1990

Vê-se que por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, o Supremo Tribunal Federal ficou bastante dividido. Dentre seis os Ministros que acolheram (ainda que implicitamente) o argumento do Ministro Celso de Mello, ampliando o alcance da garantia de não se auto-incriminar para acolher o comportamento de negar falsamente a prática de crime, cinco haviam sido empossados após a promulgação da Constituição (incluindo o Ministro Celso de Mello).

Da mesma forma, dentre os cinco Ministros que rejeitaram (ainda que implicitamente) essa tese quatro haviam sido empossados antes da promulgação da Constituição. O único Ministro que fez referência à manifestação do Ministro Celso de Mello foi o Ministro Sepúlveda Pertence, para apoiá-la.

O segundo caso, julgado em 10 de dezembro do mesmo ano de 1991, foi bastante significativo no aspecto da ampliação do espectro da garantia de não se auto-incriminar. O Habeas Corpus nº 69.026-2/DF (DJ de 04/09/1992), distribuído à Primeira Turma (composta, na época, pelos Ministros Moreira Alves, Octávio Gallotti, Ilmar Galvão, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence), trazia uma situação bastante peculiar perante o Supremo Tribunal Federal.

Paulo César Andrade de Araújo fora denunciado pela suposta prática do crime de tentativa de homicídio qualificado, sendo a vítima sua esposa. No curso da instrução criminal, o juiz presidente do Tribunal do Júri acolheu pedido do Ministério Público e determinou a realização de diligência de reconstituição do crime²⁴.

²⁴ Art. 7º, Código de Processo Penal: “Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública”.

O advogado de Paulo César, apesar de regularmente constituído nos autos, não foi intimado para o ato, que se realizou sem a sua presença e sem que se nomeasse defensor para o acusado. O juiz e o membro do Ministério Público estiveram presentes. O acusado também comparecera – mesmo porque, estando preso, fora requisitado – mas não participara, recusando-se a fornecer sua versão para os fatos ali reproduzidos.

Com a pronúncia do acusado, a defesa apresentou recurso em sentido estrito alegando, dentre outras teses jurídicas, que aquele ato judicial era nulo porque não contara com a participação da defesa. Essa alegação foi rechaçada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, dando azo à impetração de Habeas Corpus perante o Supremo Tribunal Federal. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se favoravelmente à concessão da ordem para anular o processo por cerceamento de defesa, desde a realização da reconstituição.

O relator, Ministro Celso de Mello, no entanto, votou pelo indeferimento do Habeas Corpus. Para o relator, não houve constrangimento ilegal decorrente da realização de um ato instrutório sem a participação da defesa constituída. Segundo o Ministro, a participação do acusado nesse ato é meramente facultativa e a nulidade do ato somente poderia ser declarada se houvesse demonstração de prejuízo à defesa, situação que o relator considerou inexistente, já que a defesa pôde examinar a prova depois de produzida (foram juntados aos autos um relatório e fotos da reconstituição) e manifestar-se sobre ela.

Mas o destaque, desse julgado, é o argumento sustentado pelo Ministro Celso de Mello para afirmar a ausência de nulidade da reconstituição em razão da garantia de não se auto-incriminar: para o Ministro, o direito do acusado de não produzir prova contra si mesmo repercute na impossibilidade de constrangê-lo a participar do ato, como de resto já se estabelecera na doutrina nacional, representada pelas obras de dois famosos penalistas e ex-integrantes do Supremo Tribunal Federal Bento de Faria e de Ary de Azevedo Franco.

É importante registrar, contudo, que as obras citadas são ambas de 1960, escritas quase trinta anos antes da Constituição vigente no momento da decisão do tribunal.

Um aspecto curioso do acórdão é o fato de que não se menciona expressamente em momento algum o dispositivo legal do art. 5º, inc. LXIII. É certo que além da doutrina nacional, o Ministro Celso de Mello fundamenta a

decisão no princípio do *nemo tenetur se detegere*, o qual classifica como corolário do devido processo legal. A decisão não foi unânime, tendo ficado vencido o Ministro Sepúlveda Pertence, que anulava a reconstituição por violação ao princípio da ampla defesa.

O caso seguinte seria o Habeas Corpus nº 72.815-4/MS (DJ de 06/10/1995), no qual se tratou exclusivamente da possibilidade de que o comportamento do réu, em sua defesa, durante o processo criminal, pudesse ser levado em consideração na fixação da sua pena. A sentença do juiz de primeiro grau majorou a pena-base devido ao comportamento do acusado “*mentindo em juízo e indicando testemunhas que também viriam a mentir*”, revelando sua personalidade desviada.

A decisão fora integralmente mantida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, que referendou os argumentos do juiz de primeiro grau ao afirmar que a pena aplicada era correta na medida em que “*os apelantes procuraram dificultar o esclarecimento da verdade em juízo, além de induzir as testemunhas a contarem histórias inverídicas*”.

Em voto de apenas uma folha, o Ministro Moreira Alves acolheu integralmente o parecer da Procuradoria Geral da República. A manifestação do Ministério Público Federal, da lavra do Dr. Édson Oliveira de Almeida, propunha a concessão da ordem para diminuir a pena fixada por três fundamentos:

(1) embora a lei preveja a possibilidade de majorar a pena-base em razão da conduta do acusado, mesmo que posterior ao delito, isso não inclui seu comportamento durante o curso do processo;

(2) o dispositivo constitucional do art. 5º, inc. LVIII compreende o direito do réu de não dizer a verdade e, de acordo com a teoria do Direito Penal, tal como propugnada por Hans-Heinrich Jescheck, o tribunal não pode utilizar contra o acusado o fato de ele ter exercido um direito que a lei lhe assegura; e,

(3) o réu não pode ser responsabilizado pelo comportamento das testemunhas que, se mentirosas, devem ser processadas criminalmente, não sendo lícito punir o réu em seu lugar.

Sem nenhuma manifestação em separado, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (Ministros Octávio Gallotti, Celso de Mello, Ilmar Galvão e Sydney Sanches) acompanhou integralmente o voto do Relator e Presidente Moreira Alves. Vale frisar que sequer citou-se o precedente do Plenário de 28 de

junho de 1991, em que ficaram vencidos dois dos cinco Ministros da Primeira Turma (Moreira Alves e Octávio Gallotti).

Esse acórdão merece destaque porque busca fundamento na doutrina penal estrangeira para asseverar que o gozo de um direito garantido por lei não pode gerar conseqüências gravosas para aquele que o exerce. Essa postura do Supremo Tribunal Federal indica claramente uma contrariedade à antiga parte final do art. 186, do Código de Processo Penal, ainda vigente na época do julgamento, embora esse tema não tenha sequer sido suscitado. Por outro lado, a associação entre direito de calar e direito de mentir não é explorada pelo relator, como também não fora no *leading case* de 1991.

Menos de dois anos depois desse julgamento, em 17 de junho de 1997, será novamente a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal que enfrentará o tema, agora trazido pelo Habeas Corpus nº 75.257-8/RJ (DJ de 29/08/1997). Mais uma vez sob a presidência e relatoria do Ministro Moreira Alves, o Tribunal depara-se com o seguinte caso: no curso de um inquérito em que figurava como indiciado, um indivíduo afirmara, falsamente, não ter assinado anteriormente um determinado termo de declarações que lhe foi apresentado.

O juiz de primeiro grau entendera que, ao negar ser sua a assinatura aposta ao termo para modificar sua versão dos fatos, o indivíduo teria praticado o crime de falsidade ideológica²⁵, razão pela qual fora condenado à pena de três anos e nove meses de reclusão.

Novamente acolhendo integralmente a manifestação do Ministério Público Federal, dessa vez em parecer subscrito pelo Dr. Wagner Natal Batista, e proferindo voto de apenas uma folha, o Ministro Moreira Alves foi acompanhado à unanimidade pelos demais integrantes da Turma, composta pelos Ministros Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Os argumentos constantes do parecer são concisos. Na condição de indiciado no inquérito policial, o paciente “*tinha o direito de permanecer calado e até mesmo de mentir, já que ninguém é obrigado a constituir prova contra si mesmo. Sua conduta não se encaixou, portanto, no tipo do artigo 299, do Código*

²⁵ Art. 299, Código Penal (Falsidade ideológica): Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular

Penal". Outro argumento constante do parecer são os vários julgamentos proferidos pelos Tribunais de Justiça e de Alçada Criminal de São Paulo sobre o tema, além do precedente do próprio Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 68.472-3/DF) em que se afirma o direito de negar falsamente o crime.

No caso concreto, a condenação criminal não recaía propriamente sobre o fato da negativa do crime (constante do segundo depoimento do acusado), mas sobre o fato de renegar como sua a assinatura constante no termo anterior, em que constava a confissão. A diferença é pertinente porquanto se entendia, até então, que se a falsidade recai sobre a identidade do réu, e não sobre os fatos, não é hipótese de garantia contra a auto-incriminação, e sim hipótese de falsidade ideológica.

Essa sutileza não passou despercebida para o Ministro Moreira Alves que, no entanto, considerou que o caso concreto não configurava uma negativa de identidade, mas uma negativa do teor das declarações levada a efeito por meio da alegação de falsidade da assinatura aposta no termo.

No mês seguinte, outubro de 1997, a Primeira Turma enfrentaria mais um caso em que se reclamava a aplicabilidade do direito ao silêncio. No julgamento do Habeas Corpus nº 75.616-6/SP (DJ de 14/11/1997), a discussão versava sobre um indivíduo preso por resistência e lesão corporal praticada contra policiais militares. A defesa impugnava o acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo afirmando que a condenação se baseava na recusa do acusado de prestar declarações (interpretando portanto o exercício do direito ao silêncio em desfavor do indivíduo).

Por sua vez, a autoridade coatora prolatora do acórdão atacado sustentava que fundamentação da condenação derivava de depoimentos de vítimas e testemunhas, e não apenas na recusa em colaborar com as investigações, o que foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no voto do Ministro Ilmar Galvão:

“Sucedem que, no caso dos autos, essa circunstância não parece acarretar prejuízo algum que mereça reparo, tendo em vista que o silêncio do acusado não constituiu a base da condenação, que se arrimou no conjunto probatório, tido por suficiente”.

Todavia, cumpre destacar que ao reproduzir, no corpo de seu voto, o acórdão impugnado, o Ministro Ilmar Galvão não censurou expressamente uma relevante passagem da decisão do Tribunal de Alçada Criminal, abaixo transcrita:

“Com efeito, quando interrogado por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, o inconformado 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 increpado 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”

Parafraseando o Tribunal de Alçada, é muito sintomático que esse fato tenha sido levado em consideração, ainda que ao lado de depoimentos de vítimas e testemunhas. Se o arcabouço probatório é verdadeiramente suficiente para ensejar uma decisão condenatória, a referência ao comportamento do acusado é absolutamente desnecessária.

O Ministro Ilmar Galvão, em seu voto, fez expressa menção ao *leading case* do Habeas Corpus nº 68.742-3DF a fim de proclamar que o que o Supremo Tribunal Federal entendera ser inconstitucional fora tão somente a majoração da pena-base a partir de circunstâncias não previstas no art. 59 do Código Penal. Ou, mais especificamente, que as condutas do acusado de silenciar e mentir não se incluem no rol das circunstâncias do art. 59.

Ao final, a Primeira Turma decidiu, por unanimidade – e sem manifestações de votos –, indeferir o Habeas Corpus, participando da votação os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Octávio Gallotti e Sepúlveda Pertence, além do relator.

Até esse momento o Supremo Tribunal Federal decidira apenas três causas envolvendo o alcance do dispositivo legal do art. 5º, inc. LXIII: na primeira e na segunda, refutara a possibilidade de que a mentira do acusado fosse considerada para efeito de majoração de pena. Na terceira, afastara a própria tipicidade da conduta de renegar a autoria de uma assinatura.

Todavia, no julgamento do Habeas Corpus nº 75.616-6/SP, o Supremo Tribunal Federal optou por uma postura minimalista, reafirmando o teor de seu *leading case* e deixando de censurar uma passagem do julgamento impugnado, ao que parece, em razão de haver outros elementos que justificassem a manutenção da condenação. Com isso, contudo, agasalhou a legalidade da utilização do

silêncio como fato de convencimento do julgador (prevista na parte final do art. 186, Código de Processo Penal), em contradição com o conteúdo das manifestações de alguns Ministros por ocasião dos julgamentos anteriores.

Menos de um ano depois desse julgamento, em 08 de setembro de 1998, o Ministro Ilmar Galvão defrontar-se-ia com nova questão, trazida ao Supremo Tribunal Federal no bojo do Habeas Corpus nº 77.135-8/SP (DJ de 06/11/1998).

Dessa vez, a Primeira Turma enfrentava a seguinte hipótese: um investigado fora intimado a comparecer perante a autoridade policial e lá chegando foi instado a fornecer padrões gráficos do próprio punho para realização de exame grafotécnico, visando a instruir procedimento investigatório do crime de falsificação de documentos.

A recusa do investigado em fornecer material para a realização do exame gerou a instauração de um procedimento criminal autônomo, no curso do qual foi oferecida denúncia em seu desfavor, imputando-lhe o crime de desobediência. A inicial acusatória do Ministério Público do Estado não foi recebida pelo juiz de primeiro grau justamente ao argumento de que não se poderia exigir de alguém a cooperação destinada à sua incriminação. Porém, em sede de recurso do *Parquet*, a denúncia foi recebida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

A fundamentação do Tribunal de Justiça principia por afirmar que a Constituição assegura que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Passando, então, à legislação infraconstitucional, chega ao art. 174, do Código de Processo Penal, onde está prevista uma forma própria para obtenção desse material²⁶. *Legem habemus*, exclama o Tribunal Paulista, concluindo:

²⁶ Art. 174, Código de Processo Penal: No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:

I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;

II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;

III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;

IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

“A ordem emanada pela autoridade policial para fornecer em autos próprios, padrões gráficos do próprio punho do apelado, visando a instruir procedimento investigatório é perfeitamente legal e sua recusa tipifica desobediência. (...) Tem, portanto, o réu, a obrigação de fornecer o material gráfico à autoridade policial. Não o fazendo está sujeito a ser processado por desobediência”.

Contra a decisão do Tribunal, impetrou-se Habeas Corpus perante o Supremo Tribunal Federal alegando a atipicidade do comportamento, já que o investigado atendera à ordem de comparecimento perante a autoridade, recusando-se, tão somente, a fornecer material gráfico.

Essa recusa, por sua vez, não constituiria crime na medida em que o Código de Processo Penal, no mesmo art. 174, prevê outras formas de obtenção do material, que não foram observadas pela autoridade policial, não sendo lícito, no entender do impetrante, que se passasse diretamente à previsão do inc. IV, sem que esgotadas antes as possibilidades anteriores.

Em seu voto condutor, seguido à unanimidade pelos demais Ministros, Ilmar Galvão principia por reafirmar que o dispositivo legal do art. 5º, inc. LXIII incorpora o postulado do *nemo tenetur se detegere*, deixando fora de dúvida que o inc. IV do art. 174, Código de Processo Penal não tem o condão de compelir o indiciado a fornecer padrões gráficos para a realização do exame, mas apenas autoriza que a autoridade policial o intime para fazê-lo, ou não, ao seu alvedrio.

“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”

Nesse passo, é importante destacar que o Ministério Público Federal manifestara-se, em parecer, pela atipicidade da conduta por ausência de elemento subjetivo. A tese da Procuradoria-Geral da República foi construída sob o conceito de que o crime de desobediência pressupõe a legalidade da ordem aliada à vontade livre e consciente de desacatar a ordem legal.

No caso, o paciente reconheceu a legalidade da ordem, como proveniente do pedido da autoridade, mas não sua obrigatoriedade de acatá-la, eis que não explicitamente descrito na lei o dever do indivíduo de colaborar.

Assim, ante a ausência de uma determinação expressa de colaboração e em face de “*uma consciência, hoje universal, de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si próprio*” (trecho do parecer, transcrito no voto do

Ministro Ilmar Galvão), o paciente não agira com a vontade livre e consciente de desobedecer uma ordem legal da autoridade.

Há, portanto, ao longo do caso, três caminhos jurídicos distintos:

(1) o primeiro, refletido na decisão do juiz de primeiro grau e do Supremo Tribunal Federal, consistente na interpretação das normas processuais penais à luz das modificações introduzidas pela Constituição;

(2) o segundo, no qual se construiu a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, fazendo o caminho inverso, querendo delimitar o alcance da norma constitucional a partir das previsões normativas infra-constitucionais; e,

(3) o terceiro, propugnado pelo Ministério Público Federal, que envereda pela dogmática penal, buscando verificar a existência do elemento subjetivo, mas que carrega consigo dois graves erros:

(3a) seria ilógico que a lei desse poderes ao funcionário público para dar uma ordem que não precisasse obedecida, pois não seria ordem, mas pedido;

(3b) o conceito de consciência universal é absolutamente inconsistente juridicamente, eis que cada nação (ou tribunal) construiu sua própria concepção acerca da garantia contra a auto-incriminação.

Embora o primeiro caminho, trilhado pelos Ministros Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Octávio Gallotti e Sydney Sanches – integrantes da Primeira Turma – e baseado na hierarquia das normas jurídicas, seja claramente o mais consentâneo do ponto de vista da teoria positiva do direito, a extensão do alcance da garantia constante no inc. LXIII do art. 5º para além do direito de calar não foi objeto de fundamentação específica.

Cumprido observar que, desde o primeiro julgamento sobre o tema, em 28 de junho de 1991, o Plenário não fora instado a se manifestar novamente sobre o alcance da garantia de auto-incriminação para além do direito de calar. Desde então, todas as decisões a respeito do tema foram debatidas e prolatadas exclusivamente pela Primeira Turma.

O caso seguinte envolvendo o alcance da garantia individual de não se auto-incriminar para além do “direito do preso de permanecer calado”, ou de mentir, ou de negar falsamente fato ou documento, sem que isso pudesse legitimamente repercutir na sua esfera de liberdade individual, estaria submetido à Segunda Turma, no bojo do Habeas Corpus nº 80.616-3/SP.

Composta pelos Ministros Néri da Silveira, Carlos Velloso (vencidos quando do julgamento do *leading case* de 1991 Habeas Corpus nº 68.743-3/DF), Celso de Mello, Maurício Corrêa e Nelson Jobim (os dois últimos não integravam o Supremo Tribunal Federal naquela oportunidade, assumindo suas funções em 15/12/1994 e 15/04/1997, respectivamente), a Segunda Turma examinaria, pela primeira vez, a necessidade de estabelecer o significado da garantia individual de não se auto-incriminar²⁷.

O relator, Ministro Marco Aurélio não compunha a Segunda Turma na data do julgamento, 18 de setembro de 2001, porque fora eleito presidente do Supremo Tribunal Federal. Não obstante, continuava vinculado ao Habeas Corpus nº 80.616-3/SP, como relator.

O caso concreto versava sobre um acidente automobilístico com vítima fatal, em razão do qual fora acusado por homicídio culposo Marcelo Zacharias Afif Cury. O juiz de primeiro grau absolvera o acusado porque não fora possível ao magistrado definir quem, de fato, conduzia o veículo.

Em sede de apelação, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo reformara a sentença, condenando o acusado pelo crime imputado à pena de dois anos e quatro meses de reclusão. Apesar da autorização legal constante do art. 44²⁸, do Código Penal, o Tribunal de Alçada Criminal rejeitara a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao argumento de que o acusado, ora paciente, prestara falso depoimento, tentando excluir a própria culpabilidade.

Impetrado Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça objetivando, dentre outras questões, a substituição do regime de cumprimento de pena, foi o mesmo indeferido, mantendo-se integralmente o julgamento do tribunal estadual. Este, por sua vez, continha a seguinte passagem:

²⁷ O único julgamento anterior da Segunda Turma sobre o direito de permanecer em silêncio ocorrera no exame do Recurso Ordinário de Habeas Corpus nº 79.973-6/MG, em que se abordara a questão sob outro ângulo, completamente diferente. Esse caso é examinado no item 4.3, adiante, que trata do desdobramento do direito de não se auto-incriminar em outras formas de atuação da defesa técnica.

²⁸ Art. 44, Código Penal: As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente

“Outrossim, ainda considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis, não se mostra aconselhável nem admissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas (sic) de direito. Basta considerar que o réu estava em rota de fuga por crime gravíssimo, praticado naquele mesmo dia, continuando sua temerária e irresponsável conduta com o capotamento do veículo na mais grosseira imprudência, resultando na morte de seu fiel e inocente empregado. De resto, não teve a dignidade de assumir as conseqüências da verdadeira tragédia que sua irresponsabilidade levou-o a consumir, já que não satisfeito em causar a morte de seu fiel seguidor, ainda o injuriou da forma mais covarde e abjeta, atribuindo à infeliz vítima, já então no silêncio dos mortos, de onde não mais poderia defender-se, a própria autoria do acidente automobilístico que o infelicitou.

Por conseguinte, quem demonstra tal deformação de personalidade e de caráter, assim como tamanha falta de solidariedade humana e de sensibilidade moral, como restou evidenciado na pessoa do réu, não pode fazer jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas (sic) de direito. Tal substituição tem o evidente caráter de benefício e de mitigação do apenamento criminal; e, de tal benefício, como mencionado, ele não se mostrou de modo algum merecedor (folhas 97 e 98)”.

Reafirmando os exatos limites do precedente de junho de 1991, o Ministro Marco Aurélio manifestou-se pela impossibilidade de considerar prejudicial ao indivíduo o fato de não assumir a autoria do delito que lhe é imputado.

O silêncio no que tange à responsabilidade sobre a prática da conduta criminosa que lhe é imputada não se diferencia, na visão do Supremo Tribunal Federal, da falsa negativa, ou seja, da mentira quando inquirido acerca da autoria de crime.

Por fim, na mesma linha, sustenta o Ministro Marco Aurélio que o fato de imputar a autoria de crime, falsamente, a outra pessoa – que se encontra morta, e portanto além de qualquer eventual responsabilização criminal injusta – tampouco pode ser considerada incompatível com a garantia de não se auto-incriminar, tal como construída, até então, pelo Supremo Tribunal Federal.

Apesar de dois breves apartes dos Ministros Nelson Jobim e Maurício Corrêa, em que parecem transparecer discordâncias com o caminho jurídico pelo qual o relator construíra sua decisão, a decisão foi unânime (não participou do julgamento o Ministro Carlos Velloso).

Embora acompanhando o relator, as manifestações dos Ministros que não participaram do julgamento do *leading case* de 1991 são claramente reticentes na incorporação desses argumentos, ao contrário do que sucedera com os Ministros Octávio Gallotti e Sydney Sanches na Primeira Turma que, vencidos em

Plenário, não manifestaram, no âmbito do órgão fracionário, qualquer divergência em votações.

Coube à Segunda Turma, agora já com sua composição bastante alterada em virtude da posse dos Ministros Ellen Gracie (em 24/11/2000) e Gilmar Mendes (em 20/06/2002), ambos compondo esse órgão fracionário, e da entrada na Turma do Ministro Celso de Mello²⁹, completando-se a composição com os Ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim, que participaram do julgamento do Habeas Corpus nº 80.616-3/SP, avançar ainda mais na delimitação dos contornos da garantia contra a auto-incriminação.

Julgado pela Segunda Turma em 18 de novembro de 2003, o Habeas Corpus nº 83.096-0/RJ (DJ de 12/12/2003) versava sobre a recusa do nacional Jayme Barbosa Caccavo em fornecer os padrões vocais necessários à realização de perícia de confronto de voz nos autos de uma ação penal em que era acusado do crime de associação para a prática de tráfico de drogas (art. 14, da Lei nº 6.368/1976).

Inicialmente, a diligência fora determinada pelo juízo de primeiro grau em atendimento a requerimento feito pela própria defesa técnica do acusado. O objetivo era comparar os padrões vocais do acusado com outros padrões constantes de gravação telefônica.

Posteriormente, a defesa requereu a desistência da diligência, no que não foi atendida pelo juízo. Impetrado Habeas Corpus perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi o indeferimento mantido ao argumento de que ao juiz é lícito determinar a produção de provas independente da solicitação das partes, na forma dos arts. 156 e 502, do Código de Processo Penal³⁰.

Nova irresignação foi manifestada perante o Superior Tribunal de Justiça, novamente no bojo de uma ação de Habeas Corpus, cuja ordem foi indeferida sob o mesmo fundamento.

Perante o Supremo Tribunal Federal, a defesa do acusado sustentava que não se poderia exigir do acusado que colaborasse fornecendo padrões vocais para

²⁹ Nessa ocasião, já integravam o Supremo Tribunal Federal, compondo a Primeira Turma, os Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa (todos empossados em 25/06/2003).

³⁰ Art. 156, Código de Processo Penal: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 502, Código de Processo Penal: Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro em 5 (cinco) dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.

confronto, eis que sua recusa seria lícita manifestação do direito de permanecer calado inserto no dispositivo do art. 5º, inc. LXIII, da Constituição, bem como da garantia contra a auto-incriminação, constitucionalmente assegurada pelo mesmo dispositivo e garantida, na legislação infraconstitucional pelo art. 8º, inc. 2, alínea “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos³¹, incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto Legislativo nº 678/1992.

Esta a primeira vez em que a garantia de não se auto-incriminar foi trazida perante o Supremo Tribunal Federal com fundamento em dispositivo de lei diferente da cláusula constitucional.

Todavia, o caso não ensejou nenhuma discussão, eis que o voto da Ministra Ellen Gracie afirmava que em momento algum fora negado ao paciente do direito de recusar-se a fornecer padrões vocais. Ao contrário, segundo a relatora, tal direito fora expressamente afirmado tanto na decisão do Tribunal de Justiça, como na do Superior Tribunal de Justiça, muito embora isso não desobrigasse o acusado de comparecer em juízo quando intimado para responder pessoalmente se desejava participar ou não do exame pericial.

O último julgado da série que examina a ampliação da garantia de não se auto-incriminar tratou, uma vez mais, de aumento de pena fixado em virtude do comportamento do réu durante o processo, considerando-se negativamente a opção de não colaborar com a própria incriminação.

O Habeas Corpus nº 83.960-6/RS foi examinado pela Primeira Turma em 14 de junho de 2005, agora com composição majoritariamente. Desde o último julgamento da Primeira Turma sobre o tema, tomaram posse no Supremo Tribunal Federal os Ministros Cezar Peluso e Carlos Britto (ambos em 25/06/2003) e Eros Grau (posse em 30/06/2004), todos integrando esse órgão fracionário juntamente com os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, este último o relator do Habeas Corpus.

A inicial narrava que o paciente fora intimado, no curso do processo penal instaurado contra si por estelionato, para fornecer padrões gráficos destinados à comparação com aqueles constantes em documentos inquinados

³¹ “Artigo 8º - Garantias judiciais: (...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

como falsos. Ao invés de manifestar sua recusa em participar, acedera ao chamado judicial e escreveu aquilo que lhe foi solicitado.

Todavia, verificou-se que o paciente fornecera padrões deliberadamente falsos, com a finalidade de que o trabalho pericial atestasse que a escrita nos documentos falsos não partira de seu punho, o que acabou não ocorrendo eis que os peritos foram capazes de apontar as convergências gráficas, bem como a intenção de disfarçá-los.

Considerando ser o paciente portador de “personalidade desviada” aferida a partir da “malícia” em fornecer deliberadamente padrões falsos, o tribunal fixara pena base acima do mínimo. O Superior Tribunal de Justiça manteve a majoração relativa à personalidade do agente.

Entretanto, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, acolher o pedido para desconsiderar o aumento fundamentado na recusa do paciente de se auto-incriminar, garantia fundamental que compreende tanto a recusa em fornecer padrões (equivalente ao silêncio) como o fornecimento falso (correspondente à mentira).

O voto do relator foi breve, mas não deixou de consignar toda a série de julgados do Supremo Tribunal Federal, apontando, principalmente, para o *leading case* da Turma, o Habeas Corpus nº 72.815-4/MS, primeiro a asseverar o direito de mentir em defesa própria do indivíduo processado criminalmente.

Assim, encerrado o exame desses nove casos levados a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, tanto no Pleno (o primeiro caso) como nas Turmas (seis casos na Primeira Turma e dois casos na Segunda Turma), é possível afirmar que, à exceção do julgamento ocorrido no primeiro caso, em que ficaram vencidos quatro Ministros (Moreira Alves, Octávio Gallotti, Néri da Silveira e Célio Borja), as decisões foram sempre unânimes no âmbito das Turmas. Mesmo tendo divergido no primeiro julgamento, o Ministro Moreira Alves passou a adotar a posição do Plenário e relatou dois casos, que fixaram limites muito além da simples inatividade do acusado no processo.

7.2.3

Desdobramento do direito de não se auto-incriminar em outras formas de atuação da defesa técnica

Como já frisado anteriormente, a garantia contra a auto-incriminação está indissociavelmente ligada à proteção do indivíduo contra eventuais abusos das autoridades públicas na condução de uma investigação criminal ou instrução penal, com a finalidade de obter informações fazendo uso de ameaças ou coações ou engodos que levem o indivíduo a abrir mão de seu direito de defesa.

Nesse contexto, representa o reconhecimento de que o direito de autodefesa do indivíduo é um valor em si, cujo desrespeito invalida qualquer decisão condenatória, independente da responsabilidade criminal do agente estar provada.

Todavia, em determinadas situações, a efetividade da autodefesa em sua modalidade de vedação da auto-incriminação pressupõe que sejam levadas a efeito outras medidas judiciais ou de autoridades administrativas, sem as quais a garantia não terá eficácia.

O terceiro eixo temático de análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal buscou identificar situações em que a garantia de vedação de auto-incriminação estivesse diretamente relacionada com alguma outras forma de atuação da defesa técnica. O estudo dos julgados apontou quatro diferentes situações:

- (a) o direito de assistência de advogado ao preso, acusado ou indiciado;
- (b) o direito do preso, acusado ou indiciado de ser informado acerca da existência de seu direito de permanecer calado e de não se auto-incriminar;
- (c) o direito de que nenhuma medida cautelar restritiva de liberdade seja imposta em razão do exercício desse direito constitucional; e,
- (d) o direito de conhecer o inteiro teor da investigação ou acusação no bojo da qual figura como indiciado ou réu.

Esses quatro temas podem ser divididos em dois grupos. O direito de assistência de advogado e o direito ser informado da garantia de não se auto-incriminar podem ser reunidos por ter em comum o fato de retratarem questões já

suscitadas no âmbito de julgados realizados pela Suprema Corte dos EUA e das Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos.

Por outro lado, a conexão entre a inexistência do dever de prestar qualquer colaboração com a investigação e o direito de conhecer o inteiro teor da investigação ou acusação no bojo da qual figura como indiciado ou réu, enquanto derivações do direito ao silêncio, constituem inovações protagonizadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao analisar-se a cronologia dos julgamentos, verifica-se que somente depois de consolidada uma posição mais liberal relativamente ao primeiro grupo de situações é que os temas do segundo grupo passaram a ser suscitados perante o Supremo Tribunal Federal.

Com relação ao primeiro grupo de situações, tem-se que no caso *Miranda v. Arizona*, por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que o suspeito deveria ser formalmente comunicado de seus direitos, a fim de que o Estado não se valesse oportunamente do desconhecimento da lei por parte de alguns cidadãos.

Afinal, trata-se de uma garantia fundamental do indivíduo e as autoridades públicas encarregadas de realizar uma investigação criminal não devem agir propositalmente (mediante uma omissão no dever de informar) para que o indivíduo não exercite seus direitos.

O *leading case* da Suprema Corte dos Estados Unidos estabelece ainda como garantias mínimas a prévia entrevista com advogado antes do interrogatório e sua presença por ocasião do ato em si, além da comunicação de que o Estado indicará um advogado àqueles que não tiverem condições próprias de arcar com os custos da contratação de defesa privada.

No âmbito do direito internacional, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos assegura ao indivíduo o direito de ter presente no julgamento um defensor de sua escolha e de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo (art. 14, III, “d”).

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos considera ser direito do indivíduo ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor (art. 8º, II, “d”) e de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado caso não possa ou não queira contratar

uma defesa privada (art. 8º, II, “e”), unicamente na fase processual. A defesa em juízo é considerada, inclusive, um direito irrenunciável.

Em nenhum dos dois textos internacionais é mencionado que o direito aplica-se igualmente aos depoimentos prestados em sede policial, mas tampouco há qualquer reserva ou diferenciação nesse ponto.

Por sua vez, a Constituição brasileira transformou em dever do Estado a comunicação ao preso de seus direitos, mencionando especificamente o de permanecer calado e de assistência da família e de advogado. A partir da leitura do dispositivo, é possível formular diversas indagações, todas de extrema relevância para definir os limites de aplicação dessa garantia, tais como:

- (1) se a assistência da família e do advogado é exigível na fase policial, na fase judicial ou em ambas;
- (2) se essa assistência é devida ao preso somente ou a qualquer indivíduo que se veja indiciado ou acusado criminalmente;
- (3) se essa assistência é devida antes do interrogatório, ou somente após;
- (4) se tal direito é renunciável ou não; e, por fim,
- (5) em que momento surge o dever do Estado de providenciar assistência jurídica gratuita ao indivíduo.

O primeiro caso levado a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal em que essas questões foram debatidas foi o Habeas Corpus nº 67.609-0/SP (DJ de 15/09/1989), distribuído à Segunda Turma sob a relatoria do Ministro Francisco Rezek e julgado em 28 de agosto de 1989, menos de um ano depois da promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988.

O caso concreto versava sobre um condenado por roubo a banco que fora interrogado sem a presença de um advogado e confessara o crime. O Habeas Corpus desse paciente não fora escrito por um advogado, mas sim pelo próprio indivíduo que sofrera o apontado constrangimento ilegal.

Ao manifestar-se em parecer perante o Supremo Tribunal Federal, a Procuradoria-Geral da República defendeu três teses a fim de rejeitar o pedido formulado na inicial:

- (1) a presença do advogado por ocasião do interrogatório não é expressamente determinada em lei;

(2) o réu poderia ter se retratado da confissão na forma do art. 198, do Código de Processo Penal³²; e,

(3) não houve prejuízo para o réu em razão da confissão uma vez que a condenação também se apoiara em outros elementos de convicção.

A decisão judicial foi extremamente tímida para um possível precedente judicial decidindo uma questão de garantia individual em matéria processual penal logo após a promulgação de uma nova Constituição: aprovou-se por unanimidade (votaram com o relator os Ministros Aldir Passarinho, Carlos Madeira, Célio Borja e Paulo Brossard) o voto do Ministro Francisco Rezek que se limitou a uma folha na qual o enfrentamento do tema consumia apenas um parágrafo, acolhendo acriticamente a manifestação do Ministério Público Federal:

“No que tange à confissão que agora pretende o impetrante anular, igualmente assiste razão ao parquet. Com efeito, o Código de Processo não obriga à presença de defensor no interrogatório, salvo na hipótese de menor. Desnecessária a intimação da defesa, a ausência de patrono do interrogatório só vicia o processo se houver a demonstração hábil de prejuízo ulterior – aspecto que não se faz caracterizar nos autos em exame”

Dos cinco ministros que votaram nesse julgamento, todos já compunham o Supremo Tribunal Federal desde antes da promulgação da Constituição, com exceção do Ministro Paulo Brossard (posse em 05/04/1989). Dois deles (Ministros Aldir Passarinho e Francisco Rezek) tinham sido nomeados por João Figueiredo (durante a ditadura militar) e os outros três por José Sarney, empossado em razão da morte de Tancredo Neves, presidente eleito indiretamente pelo colégio eleitoral, em cenário ainda fortemente marcado pela pressão das forças armadas sobre os atores políticos.

Esses dados mostram que, ao menos naquele primeiro momento, a promulgação da Constituição de 1988 não exerceu nenhum tipo de influência sobre os integrantes da mais alta corte judicial brasileira, ainda atados ao paradigma autoritário que precedeu a inauguração da nova ordem constitucional.

O Supremo Tribunal Federal ainda ignorava o caráter revolucionário das modificações introduzidas na Constituição, sobretudo no ponto em que elevava as

³² Embora conste do acórdão que a referência ao Art. 198 “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”, provavelmente quis o Ministério Público Federal apontar o Art. 200 “A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”, ambos do Código de Processo Penal, sendo que o último é que trata da retratação.

garantias processuais penais do indivíduo à condição de direitos fundamentais, reestruturando o sistema punitivo e tornando incompatíveis com a nova ordem inúmeras normas infraconstitucionais, especialmente determinadas regras constantes no Código de Processo Penal, outorgado por uma ditadura.

O caso seguinte foi o Habeas Corpus nº 68.697-4/SP (DJ de 04/10/1991), distribuído novamente à Segunda Turma, mas cuja composição alterara-se majoritariamente com a entrada dos Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Néri da Silveira no lugar dos Ministros Ministro Aldir Passarinho, Carlos Madeira e Francisco Rezek³³.

Enquanto os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio foram empossados após a promulgação da nova Constituição, o Ministro Néri da Silveira compunha o tribunal desde 1º de setembro de 1981, indicado na época da ditadura por João Figueiredo.

Mais uma vez, tratava-se de Habeas Corpus impetrado em causa própria por um indivíduo condenado por roubo que sustentava a nulidade de sua condenação porque decidida no curso de um processo em que não lhe fora assegurada a presença de seu advogado no ato de interrogatório judicial. A defesa técnica foi realizada por defensor dativo nomeado depois de realizado o interrogatório.

Em seu parecer, a Procuradoria-Geral da República apresentou a tese de que a presença do advogado no ato do interrogatório não era obrigatória, e mesmo dispensável, visto que ele não poderia intervir na audiência, como prescrevia, à época, o art. 187, do Código de Processo Penal³⁴. Por outro lado, essa presença seria inócua, já que o acusado negara a autoria do crime, o que demonstra a

³³ Entre agosto de 1989, quando foi julgado o precedente do Habeas Corpus nº 67.909-0/SP e agosto de 1991, quando foi julgado o caso seguinte, Habeas Corpus nº 68.697-4/SP, tomaram posse os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio (ambos em 13 de junho de 1990) e Ilmar Galvão (empossado em 26 de junho de 1991), o primeiro indicado por José Sarney e os demais indicados por Presidente Fernando Collor de Mello. Deixaram o tribunal os Ministros Aldir Passarinho, Carlos Madeira e Francisco Rezek (este renunciou ao cargo para se tornar Ministro de Estado das Relações Exteriores do Brasil, função que exerceu até 13 de abril de 1992, quando foi novamente indicado para integrar o Supremo Tribunal Federal, sendo empossado Ministro pela segunda vez em 04 de maio de 1992).

³⁴ O Código de Processo Penal foi modificado na parte que regulava o interrogatório. A redação antiga previa, no Art 187, Código de Processo Penal: “O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas”. A nova redação dada aos artigos trouxe a seguinte previsão: “Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”.

inexistência de qualquer prejuízo para o réu. Não havendo prejuízo, não há que se falar em nulidade.

A relatoria do Habeas Corpus coube ao Ministro Carlos Velloso, que tal como o Ministro Francisco Rezek, decide o caso em apenas um parágrafo:

“Está correto o parecer. O Código de Processo Penal não impõe a presença de defensor no interrogatório, mesmo porque impede, no art. 187, a intervenção deste, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas. Neste sentido o decidido nos HHCC nºs 62.206-SP e 67.609-SP, Relator Min. F. Rezek, em DJ de 01.02.85 e RTJ 129/803”.

É interessante realizar uma análise comparativa desses dois primeiros casos. Enquanto no Habeas Corpus relatado pelo Ministro Francisco Rezek foi definido que não houve prejuízo apesar do réu ter reconhecido a prática do crime, no Habeas Corpus relatado pelo Ministro Carlos Velloso foi definido que não houve prejuízo apesar do réu ter negado a prática do crime.

A contradição entre as decisões é insofismável, já que por esse critério nunca haveria prejuízo na realização de um interrogatório judicial sem advogado. Por outro lado, em ambas as decisões aventa-se a potencialidade de que essa ausência gere prejuízo, caso em que se constituiria uma nulidade.

Outro dado relevante é que a presença do advogado durante o interrogatório é entendida a todo momento como unicamente justificável se ele pudesse participar ativamente da audiência, interferindo nas perguntas e respostas.

Não se argumenta sobre a possibilidade de que uma entrevista prévia do acusado com seu defensor ou sua presença no ato de interrogatório corresponda, de alguma forma, ao exercício do direito de defesa, ou mais especificamente de autodefesa, do acusado. Tampouco se aventa a possibilidade de que o acusado precise de orientação técnica a fim de decidir se exercerá, ou não, seu direito de não se auto-incriminar.

Em determinadas circunstâncias – em que não há provas, ou elas são insuficientes para uma condenação – pode ser estrategicamente mais vantajoso ao acusado não oferecer qualquer espécie de refutação fática da imputação (caso em que se obrigaria a comprová-la); em outras circunstâncias – quando a autoria e materialidade estão cabalmente comprovadas – a confissão e outras medidas processuais como a reparação do dano podem constituir as estratégias jurídicas

mais adequadas à defesa. Contudo, essa avaliação somente pode ser realizada pelo advogado, que possui conhecimento técnico para realizar esse tipo de análise.

Nos dois casos examinados, os pacientes nos Habeas Corpus peticionavam em causa própria perante o Supremo Tribunal Federal e, ao menos no segundo caso, o acusado fora defendido, durante o processo, por defensor dativo, o qual só assumiu a defesa posteriormente ao interrogatório, o que indica a inexistência de qualquer assistência de advogado até aquele momento, muito embora a Constituição assegure não somente o direito de não se auto-incriminar, mas também a assistência de advogado.

Hoje, é possível vislumbrar que o Supremo Tribunal Federal esteve diante de um caso cujas premissas fáticas eram extremamente parecidas com aquelas presentes nos famosos casos *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963) e *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Não obstante, ao contrário da Corte progressista e ativista de Warren e ao contrário do que já fizera relativamente à extensão da garantia para além do preso e para além da postura inerte do silêncio, o Supremo Tribunal Federal optou por uma postura legalista e passiva.

Além dessas questões, é importante destacar que no Habeas Corpus nº 68.697-4/SP, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, é feita expressa referência a um precedente: Habeas Corpus nº 62.206-2/SP (DJ de 01/02/1985), julgado em 11 de dezembro de 1984 (antes, portanto, da promulgação da nova ordem constitucional), cujo relator era justamente o Ministro Francisco Rezek (também relator do primeiro caso sobre o tema pós-1988, o Habeas Corpus nº 67.609-0/SP).

Porém, diferentemente do que acontecera com o Habeas Corpus nº 67.609-0/SP, o Habeas Corpus nº 68.697-4/SP não foi denegado por unanimidade. Integrando a mesma Segunda Turma estava o Ministro Marco Aurélio (único Ministro indicado por um presidente eleito pelo povo brasileiro), que divergiu isoladamente da maioria (composta ainda pelos Ministros Célio Borja, Paulo Brossard, Néri da Silveira e Carlos Velloso) a fim de conceder a ordem afirmando ser obrigação do Estado garantir que os atos judiciais criminais sejam praticados com a presença de um defensor.

O Ministro Marco Aurélio constrói seu argumento a partir do art. 261, do Código de Processo Penal (“*Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor*”), afirmando que o interrogatório é o

primeiro ato do processo razão pela qual deve contar com a participação da defesa técnica, sendo irrelevante, na concepção do Ministro a ocorrência ou não de prejuízo para que se declare a constatada nulidade.

Embora empreste grande importância à defesa, o Ministro Marco Aurélio não associa a presença do advogado ao direito de não se auto-incriminar, como se fez, por exemplo, no caso *Miranda*, e como está na literalidade do próprio dispositivo constitucional.

Seis meses depois, mais um caso era levado ao Supremo Tribunal Federal questionando o tema. Foi o Habeas Corpus nº 68.929-9/SP, agora distribuído à Primeira Turma, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello e julgado em 22 de outubro de 1991³⁵.

Mais uma vez, tratava-se de Habeas Corpus impetrado em causa própria. Dessa vez o paciente fora condenado em primeiro e segundo graus pela prática de estelionato (art. 171, do Código Penal) e alegava violação ao contraditório e à ampla defesa, na medida em que não fora assistido por advogado durante seu interrogatório judicial, apesar de possuir advogado constituído.

O voto do Ministro Celso de Mello, acompanhado à unanimidade pelos Ministros Moreira Alves, Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão, principia por estabelecer a diferença entre o direito de não se auto-incriminar – o qual introduzira realmente modificações na ordem infraconstitucional em razão de sua petrificação como garantia fundamental – e o direito de assistência técnica de advogado por ocasião do interrogatório judicial, o qual não sofrera qualquer modificação pela promulgação da nova ordem constitucional, *in verbis*:

“Com efeito, a superveniência da nova ordem constitucional não desqualificou o interrogatório como ato pessoal do magistrado processante (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, ‘Processo Penal’, vol. 3/248, 11ª ed., 1989, Saraiva; JULIO FABRINI MIRABETE, ‘Processo Penal’, p. 256, 1991, Atlas) e nem impôs ao Estado o dever de assegurar, quando da efetivação desse ato processual, a presença de defensor técnico.

A legislação processual penal, ao disciplinar a realização do interrogatório judicial, não torna obrigatória a presença do defensor do acusado, mesmo porque lhe é vedado – tanto quanto ao órgão da acusação –, sem ofensa qualquer ao princípio do contraditório e da plenitude de defesa, intervir ou influir na formulação das perguntas e na enunciação das respostas (CPP, art. 187)”.

³⁵ - Esse acórdão foi parcialmente examinado no tópico 4.1, que tratou da extensão do direito ao silêncio para outros sujeitos além do preso.

No que tange à doutrina brasileira citada pelo Ministro Celso de Mello, a escolha de autores foi, certamente, infeliz. Afinal, como se viu anteriormente, quando das discussões para a reforma do Código de Processo Penal em 1976, Tourinho Filho já se manifestara expressamente pela descaracterização do interrogatório como autodefesa, afirmando que “*é óbvio que o silêncio impressiona desfavoravelmente*”³⁶.

Tourinho ainda não compreendera³⁷ a centralidade do silêncio na conformação de um sistema processual penal democrático, oposto àquele existente desde 1941, de nítida orientação totalitária e outorgado durante a ditadura do Estado Novo.

O mesmo se dava com Julio Mirabete, para quem “... [nada] obriga a presença do defensor no interrogatório, ato personalíssimo, com característica da judicialidade e do princípio da não intervenção da acusação ou da defesa adotado pela nossa legislação” (trecho constante do voto), daí concluindo que a presença do advogado é meramente facultativa.

Portanto, fica claro que os autores selecionados pelo Ministro Celso de Mello para servirem de referência teórica ainda não tinham se descolado da ordem constitucional anterior.

No que tange à jurisprudência brasileira, são citados quatro casos do Supremo Tribunal Federal, divididos em duas grandes linhas argumentativas: a primeira linha é representada pelo Habeas Corpus nº 68.742-3/DF (examinado anteriormente no item que tratou da extensão do direito ao silêncio para além do direito de calar), e que reforça a afirmativa de que o réu tem o direito de negar falsamente a acusação sem que isso represente qualquer possibilidade de prejuízo à defesa.

A segunda linha é construída sobre três precedentes: o Habeas Corpus nº 62.206-2/SP, relatado pelo Ministro Francisco Rezek, na Segunda Turma, porém *julgado anteriormente à promulgação da nova ordem constitucional* (em 11 de dezembro de 1984), onde se afirma que a ausência de advogado no interrogatório

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini: *Interrogatório do réu e direito ao silêncio*. Ciência Penal, nº 3. São Paulo, 1976, p. 26.

³⁷ Como se viu anteriormente, Tourinho modificaria seu entendimento algum tempo depois: “Sempre pensamos, em face da sua posição topográfica, fosse o interrogatório, também, meio de prova. E como tal era e é considerado. Meditando sobre o assunto – principalmente agora que a Constituição, no art. 5º, inc. LXIII, reconheceu o direito ao silêncio – chegamos a conclusão de ser ele, apenas, um meio de defesa”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa: *Processo Penal – Volume 2*. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 264).

do réu só vicia o ato se demonstrada a ocorrência de prejuízo para a defesa; o Habeas Corpus nº 67.909-0/SP, examinado acima; e, por fim, o Habeas Corpus nº 68.697-4/SP, também analisado acima, e que adota a mesma linha dos demais.

O grande argumento que perpassa o voto do Ministro Celso de Mello é o de que a presença do advogado por ocasião do interrogatório judicial é um direito do réu, mas não um dever do Estado. Essa linha de raciocínio levaria à conclusão de que o indivíduo poderia exigir a nomeação de um defensor para o ato, mas que a nomeação independentemente de manifestação do acusado não seria obrigação do magistrado processante.

Em outras palavras, a garantia individual, ao invés de ser entendida como proteção do indivíduo contra o Estado, instituída e aplicada pelo próprio Estado, passa a mera faculdade que o cidadão poderá ou não exercer, ingenuamente ancorada na expectativa da formação cidadã dos brasileiros, como se o Brasil do final século XX não fosse um país de analfabetos, cuja cultura de cidadania fora fortemente prejudicada por sucessivas ditaduras (vale lembrar que o país saía de uma ditadura que durara vinte e cinco anos, que a Constituição fora promulgada havia apenas três anos e que se elegera um presidente pelo voto direto há apenas dois anos).

Ademais, os precedentes citados advogavam a tese de que mesmo a exigência da presença de um advogado por parte do réu, caso descumprida, não representaria nulidade absoluta, exigindo a demonstração de prejuízo para que se anulasse o ato.

Afirmou o Ministro Celso de Mello que, no caso concreto, o impetrante (então acusado) respondera às perguntas estabelecendo uma linha de defesa que pretendia exculpá-lo da imputação. Posteriormente, seu advogado produziu uma boa defesa técnica, de que eram exemplos as alegações finais e as razões de apelação.

Veja-se que essa decisão complementa perfeitamente os precedentes em que ficou estabelecido que a nulidade depende da demonstração de prejuízo para a defesa: **não há prejuízo quando o réu confessa** (Habeas Corpus nº 67.609-0/SP), **nem quando nega o crime** (Habeas Corpus nº 68.697-4/SP) e **nem quando apresenta causa exculpante** (Habeas Corpus nº 68.929-9/SP).

O acórdão revive o argumento da impossibilidade de que o advogado intervenha no ato de interrogatório a partir da limitação imposta pelo Código de

Processo Penal de proibição da formulação de perguntas ou influência na enunciação das respostas. Esse argumento foge ao ponto da preparação do indivíduo para o exercício da autodefesa, como se a importância da presença do advogado estivesse limitada à eventual necessidade de protestar e impugnar atos eventualmente abusivos.

Assim, embora o Supremo Tribunal Federal assegure ao indivíduo que ele possa calar-se, falar a verdade ou mentir, não lhe garante discutir essas possibilidades previamente, ou durante o ato, com seu advogado.

Cria-se uma verdadeira cisão entre autodefesa e defesa técnica, gerando grande prejuízo ao indivíduo, sobretudo aqueles que não compreendem minimamente a lógica jurídica ou desconhecem o método de aplicação da lei³⁸.

Em outras palavras, os cidadãos que tiverem condições financeiras de arcar com os custos de uma defesa privada, poderão estar acompanhados de advogado em seus interrogatórios depois de entrevista pessoal e reservada com o mesmo, ao passo que os brasileiros que não puderem pagar advogados particulares e dependerem do Estado para exercerem sua autodefesa não poderão fazê-lo.

Em 07 de abril de 1992, a Primeira Turma examinaria novamente a questão da necessidade de assistência do advogado durante o interrogatório, agora no âmbito do Recurso Extraordinário nº 136.239-1/SP (DJ de 14/08/1992). Mas, ao contrário dos casos precedentes, a hipótese dos autos versava sobre a ausência de defensor técnico durante interrogatório em sede **policial**.

Cláudio Guilherme da Silva fora preso e acusado de homicídio doloso qualificado, tendo confessado o crime ao prestar depoimento em sede policial. Fora denunciado, processado e pronunciado por homicídio qualificado, tendo sido porém condenado pelo Tribunal do Júri pelo crime de homicídio doloso simples.

Inconformado com a decisão condenatória, apelou ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que negara provimento ao recurso, mas admitira o Recurso Extraordinário interposto, no qual o recorrente alegava violação das garantias constitucionais previstas no art. 5º, incisos LXIII (vedação de auto-incriminação), LVI (“*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”) e XL

³⁸ “A presença de um advogado contribui para que o incriminado utilize devidamente sua liberdade de depoimento, potencializando assim a sua possibilidade de influenciar nos rumos de seu caso” (NETO, Theodomiro Dias: *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 19. São Paulo: RT, 1997, p. 189).

(“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”), além do art. 133, também da Constituição (“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”).

O recorrente afirmava que a condenação pelo Tribunal do Júri fundara-se exclusivamente no interrogatório policial (que fora, segundo o recorrente, obtido mediante coação, daí a alegação de ilicitude da prova colhida, inc. LVI), sem qualquer informação sobre seus direitos (violação ao inc. LXIII) e sem assistência de advogado (violação ao art. 133), considerado indispensável à administração da justiça.

Por fim, embora os fatos tivessem ocorrido anteriormente à promulgação da Constituição (mais precisamente no ano de 1980), a regra atual deveria retroagir para invalidar a prova produzida sob o âmbito da Constituição precedente, eis que incompatível com a nova ordem jurídica (daí porque se apontava violação ao inc. XL).

No seu extenso voto, o relator Ministro Celso de Mello principia por afirmar que as constituições não têm retroeficácia, isto é, não se aplicam aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, exceto nas hipóteses em que o próprio texto constitucional assim o especifique: “*Incogitável, pois, admitir-se a projeção retroativa das normas inscritas no art. 5º, LVIII, e no art. 133 da Constituição*”.

Esse argumento, associado ao fato de que não restou comprovada a coação alegada pelo recorrente, seria suficiente para afastar todas as teses recursais. Contudo, o Ministro Celso de Mello não optou pela via minimalista em sua manifestação.

Assumindo postura nitidamente ativista, Celso de Mello faz afirmações bastantes contundentes nesse caso, ainda não apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, transformando-o em verdadeiro precedente com o objetivo de estabelecer o alcance da garantia constitucional da vedação de auto-incriminação. O relator estabelece como questão central a ser debatida a seguinte indagação: “*É imprescindível, na fase investigatória – e quando do interrogatório policial – a assistência de defensor técnico ao indiciado?*” (grifos do original)

Embora já tivesse examinado o alcance de art. 5º, inc. LXIII no âmbito do interrogatório judicial anteriormente, a Primeira Turma (Ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão, Octávio Gallotti e Sepúlveda Pertence, além do relator) não

o fizera em sede de interrogatório policial, nem enfrentara a questão do interrogatório de indivíduos presos. Vale lembrar que a hipótese do sempre citado caso *Miranda v. Arizona* tratava dos limites do Estado na condução de um interrogatório de pessoa presa – e submetida a uma natural situação de coação por parte dos agentes públicos.

Ao contrário do que fora decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro estabeleceu que, no tocante ao direito de assistência do advogado no interrogatório em sede policial:

“(...) as normas constitucionais em questão [art. 5º, LVIII e art. 133] 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 se nelas objetivou foi, simplesmente, assegurar ao indiciado a **possibilidade** de fazer-se assistir, especialmente quando preso, por defensor técnico. A Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial **providenciasse** assistência profissional, ministrada por Advogado legalmente habilitado, ao indiciado preso” (grifos do original).

A fundamentação dessa conclusão apóia-se sobre dois pilares. O primeiro pilar reside na impossibilidade de que os indícios colhidos na fase policial possam embasar um decreto condenatório. O Ministro Celso de Mello é taxativo ao negar qualquer valor probatório aos elementos obtidos na fase policial que não tenham sido reproduzidos sob o crivo do contraditório, em sede judicial.

Por se tratar de um procedimento administrativo de “*caráter inquisitivo*”, orientado pela “*unilateralidade das investigações*” e cuja finalidade é “*subsidiar a atuação do Ministério Público*”, não se reconhece ao inquérito policial nenhum valor probatório, nem mesmo em face do princípio do livre convencimento do juiz.

Segue daí que não há qualquer prejuízo ao acusado, já que nenhuma conclusão válida pode ser feita com base no que consta daquela investigação, cabendo ao acusador o ônus de provar, em juízo, as imputações que fizer na inicial da ação penal. Tais afirmativas são rigorosamente orientadas pela nova ordem constitucional e, especialmente, pela garantia da presunção de inocência.

Embora os indícios colhidos em sede policial exerçam inegável influência sobre o ânimo do juiz que desenvolve a instrução criminal e que julgará

o réu³⁹, é razoável a tese de que cabe ao juiz fazer um exercício de auto constrição a fim de não se deixar convencer pelas provas colhidas fora do regime do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, o controle dessa influência poderá ser realizado pelas partes, advogados e pelo tribunal *ad quem* por meio da análise da fundamentação da sentença. Assim, a diretriz traçada pelo Ministro Celso de Mello nesse voto seria passível de ser exigida de todos os juízes togados do país.

Todavia, o mesmo não ocorre no caso de um julgamento pelo Tribunal do Júri, formado por pessoas sem formação jurídica, que não têm o dever de fundamentar suas decisões e cuja deliberação é soberana, por expressa determinação constitucional. Assim, embora a prova inquisitorial não permita que o juiz nela fundamente a sentença condenatória, o mesmo não ocorre no veredicto do tribunal popular. No caso concreto, é bom lembrar, a imputação era de homicídio doloso, crime da competência do Tribunal do Júri.

Se, por um lado, não se considera o interrogatório em sede policial prova válida para a fundamentação de um decreto condenatório, o mesmo vale para a decisão dos jurados. Contudo, como essa decisão prescinde da demonstração dos seus fundamentos, a única forma de impedir sua apreciação pelos jurados seria mediante sua supressão dos autos sob a rubrica de prova ilícita. Ocorre que relativamente à ilicitude da confissão obtida em sede policial o Ministro Celso de Mello assim se manifestou:

“(...) nada justifica a assertiva de que a realização do interrogatório policial, sem que ao ato esteja presente o defensor técnico do indiciado, caracterize comportamento ilícito do órgão incumbido, na fase pré-processual, da persecução e da investigação penais.
(...)

³⁹ Razão pela qual já há proposta legislativa de alteração do rito processual para eliminar essa “contaminação” (PL nº 4.207/2001). Consta do projeto sua justificativa e sugestão de redação do novo dispositivo legal: *Justificativa*: Finda a investigação policial, a denúncia será recebida pelo juiz que atuou durante o inquérito policial e que deferiu eventuais medidas cautelares. Recebida a inicial, os autos do processo serão instruídos apenas com as provas cautelares já realizadas, incluindo as periciais, bem como aquelas que não puderem ser repetidas em juízo, desapensando-se as demais, a fim de que o juiz que procederá à instrução e prolatará a sentença não seja indevidamente influenciado pelo material produzido em fase policial. *Nova redação proposta para o Código de Processo Penal*: “Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa os autos da investigação policial serão desapensados do processo e devolvidos ao Ministério Público, remetendo-se uma cópia ao defensor e outra ao querelante.

§ 1º. O processo, instruído com as provas antecipadas, as cautelares as irrepetíveis, será encaminhado ao juiz de instrução e julgamento, necessariamente diverso do juiz do recebimento da denúncia ou queixa e das medidas cautelares até então concedidas”.

A confissão policial feita por indiciado desassistido de defensor não ostenta, por si mesma, natureza ilícita. Impõe-se registrar, neste ponto, que, até mesmo no que concerne ao próprio interrogatório **judicial**, esta Suprema Corte já salientou, em precedentes diversos – mais recentemente no HC nº 68.929, rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 22/10/91 – que ‘A ausência do defensor no interrogatório judicial não anula o processo, eis que o Código de Processo Penal não reclama a presença da defesa’ (HC nº 67.609-0, rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, DJU 15/09/89). Na realidade, ‘A ausência de advogado no interrogatório do réu só vicia o ato se demonstrada a ocorrência de prejuízo para a defesa’ (HC nº 62.206-1/SP, rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, DJU de 1º/02/85)” (grifo do original)”.

Vê-se, portanto, que embora a Constituição fale claramente que ao preso será assegurada a assistência de um advogado, o Supremo Tribunal Federal dissociou a necessidade dessa assistência do ato de interrogatório policial, como já fizera no caso do interrogatório judicial. Esse o segundo pilar sobre o qual se apóia a idéia da dispensabilidade do advogado para o exercício da autodefesa do indivíduo.

A força dos precedentes no Supremo Tribunal Federal revela-se na constante referência que se faz, a cada novo caso, dos anteriores. Os precedentes vão sendo colocados como tijolos sobrepostos, cimentados pela falta da indispensável análise comparativa crítica acerca do panorama fático em que os casos ocorreram, formando, com o passar do tempo, uma barreira que retém a própria incorporação do texto constitucional às práticas judiciais.

Essa afirmação decorre da constatação de que o alcance de uma garantia fundamental foi limitado para aquém da interpretação literal com base em dois julgados: (1) um acórdão cujo voto condutor tem uma única folha, com apenas um parágrafo de fundamentação (Habeas Corpus nº 67.609-0/SP) e (2) um acórdão julgado anteriormente à promulgação da nova ordem constitucional (Habeas Corpus nº 62.206-1/SP), ambos versando sobre momento processual completamente diferente.

A constatação é ainda mais surpreendente porquanto inegável a incorporação do espírito garantista da Constituição pelo Ministro Celso de Mello – o primeiro Ministro a adotar novas formas de interpretação da lei infraconstitucional a partir das garantias fundamentais dispostas no art. 5º, referindo-se aos princípios que orientaram sua positivação e ampliando os horizontes da construção judicial do direito por meio do uso do direito estrangeiro

e internacional – mas cujos votos acolheram os precedentes nos quais o direito ao silêncio não era reconhecido como uma garantia fundamental do indivíduo.

Sete anos passariam até que o Supremo Tribunal Federal modificasse, em parte, a tese construída nesses quatro acórdãos julgados entre agosto de 1989 e abril de 1992. O Habeas Corpus nº 78.708-1/SP (DJ de 16/04/1999), julgado em 09 de março de 1999, seria apreciado pela Primeira Turma, cuja composição ainda era formada pelos mesmos Ministros que a integravam em 1992 (Moreira Alves, Octávio Gallotti, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence) à exceção do Ministro Celso de Mello, que assumira a presidência do Supremo Tribunal Federal e fora substituído no órgão fracionário pelo Ministro Sydney Sanches.

A situação fática apresentada ao Supremo Tribunal Federal era a seguinte: Álvaro Brandão Giometti fora preso por policiais civis que investigavam o crime de tráfico de drogas portando quatro micropontos da substância entorpecente L.S.D., caracterizando o crime previsto (na época) no art. 12, da Lei nº 6.368/1976, posto que a substância se destinava à comercialização.

Em conversa informal com os policiais, Álvaro confessara espontaneamente a posse de determinada quantidade de maconha (de existência ignorada pelos policiais), indicando aos policiais o local em que se encontrava escondida a substância proibida (guardada no edifício onde residia), a qual também foi apreendida.

Álvaro ainda conduziu os policiais ao apartamento de Ricardo Murilo Silva Avancini, que residia no mesmo prédio, tendo os policiais entrado no apartamento e localizado mais uma determinada quantidade de maconha, também apreendida. Por fim, Álvaro relatara aos policiais que adquirira tais produtos de Paulo Peltier de Quiroz Neto, residente na mesma rua de Álvaro, tendo os policiais se dirigido ao local e apreendido mais uma quantidade de maconha, bem como surpreendido Paulo consumindo a substância proibida juntamente com Marcus Bitencout Kolaniam e o adolescente, M.B.K., seu irmão.

Denunciado por tráfico de drogas, Álvaro fora condenado em primeiro grau, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, agora objeto de reexame pelo Supremo Tribunal Federal. O pedido formulado no Habeas Corpus era o reconhecimento da ilicitude da prova em razão de Álvaro não ter sido informado, no momento de sua prisão, acerca do direito de permanecer calado.

O subscritor do Habeas Corpus sustentava que a comunicação formal dos direitos do preso deve ser feita no momento da prisão e não apenas na ocasião em que vier a ser lavrado o auto de prisão em flagrante, o que é significativo para o desenlace do caso concreto, uma vez que Álvaro fora preso em flagrante às 12h40min, mas o auto respectivo só fora lavrado às 23h25min do mesmo dia.

De acordo com a tese apresentada pela defesa técnica de Álvaro, a diligência policial apresentou três etapas (prisão de Álvaro no bar, prisão de Ricardo em sua residência e prisão de Paulo em sua residência) sendo certo que somente após o término da diligência e a condução do paciente para a delegacia é que lhe foi informado que a Constituição assegurava-lhe o direito de não se auto-incriminar. Por outro lado, desde o início da diligência (momento de sua prisão) Álvaro já vinha sendo interrogado, fato confirmado em juízo pelos próprios policiais que realizaram sua prisão.

A inicial de Habeas Corpus destaca, ainda, que o juiz de primeiro grau motivara a sentença condenatória com base na confissão do paciente aos policiais e que até então, a falta das informações fora considerada mera irregularidade, incapaz de tornar nula qualquer prova produzida em razão de sua inobservância.

O relator do caso, Ministro Sepúlveda Pertence, principia a leitura de seu voto com a seguinte observação:

“As questões suscitadas com brilho na impetração são de iniludível relevância constitucional e a principal delas – a do direito do preso à informação do seu direito ao silêncio – ainda não foi encarada de frente pelo Tribunal, ao menos depois de ganhar alçada constitucional com o art. 5º, LXIII, da Lei Fundamental de 1988”.

A partir daí, define a garantia da vedação de auto-incriminação – que não se aplica exclusivamente ao preso, mas a qualquer acusado – como “corolário inevitável” do devido processo legal, da presunção de não-culpabilidade e do processo acusatório, alertando para o fato de que o tema vinha sendo tratado apenas de forma incidental pelo Supremo Tribunal Federal.

Relaciona, então diversos precedentes que trataram de estender o direito de não produzir prova contra si para além do direito de calar (Habeas Corpus nº 68.929-9/SP, 69.818-2/SP, 75.257-8/RJ, 75.616-6/SP e 77.135-8/SP, todos já comentados nesse trabalho) para afirmar o ineditismo do caso apresentado à Corte naquele momento.

Retoma, então, as lições do caso *Miranda v. Arizona*, o qual classifica como a “*mais eloqüente afirmação contemporânea*” do direito à informação da faculdade de se manter calado e também de exemplo da “*persistência planetária dos abusos policiais*”, para afirmar que, no caso concreto, a caracterização da conduta do paciente como tráfico de entorpecentes dependeu necessariamente das provas coligidas posteriormente a sua prisão, cuja descoberta foi fruto de sua colaboração.

Sepúlveda Pertence afirma que o Supremo Tribunal Federal não pode “*se atrelar a abstrações procedimentais*” para fixar como momento inicial da obrigação de comunicação do direito de não se auto-incriminar o início do interrogatório formal. Citando a doutrina nacional⁴⁰, o Ministro repudia a tese de que a não-informação do direito de permanecer calado se constitua em mera irregularidade:

“Tenho assim, que, em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso de seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente colhidas, assim como das provas deles derivadas”.

Não obstante, o Habeas Corpus foi indeferido, à unanimidade. Mesmo que a confissão informal seja inválida no tocante ao preso, não se estende a terceiros (tal como fixado no Habeas Corpus nº 69.818-2/SP, examinado acima) e, ainda que subtraídas da apreciação todas as provas obtidas contra o réu antes de que este fosse informado do direito de não se auto-incriminar, a condenação por tráfico manter-se-ia em razão de outros elementos dos autos.

Assim, embora a confissão informal e as provas dela derivadas tenham sido consideradas inválidas, no caso concreto o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que não houvera prejuízo ao paciente. É que ao ser lavrado o auto de prisão flagrante em sede policial, ocasião em que lhe foi informado do direito de permanecer em silêncio, o paciente reservara-se calado.

⁴⁰ São citados Theodomiro Dias Neto (*O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 19. São Paulo: RT, 1997), David Teixeira de Araújo (*O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*. Revista dos Tribunais, nº 682. São Paulo: RT, 1992) e Nagib Slaibi Filho (*Anotações à constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1989) e Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (*Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Malheiros, 1992).

Diz o relator que se assim permanecesse, nenhum daqueles elementos colhidos até então poderia ser utilizado contra si. Porém, afirma ainda que: “*Em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, estou em que a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo*”.

Apontou, então, o relator que o paciente optara, durante a fase judicial, em seu interrogatório, em oferecer versão própria dos fatos, afirmando que a maconha encontrada nos locais que indicara não lhe pertenceria, mas teria sido “plantada” pelos policiais. Afirmara o paciente, ainda, que não indicara a casa de seus amigos aos policiais, mas fora por eles conduzido aos locais e instado a tocar as respectivas campainhas.

Assim agindo – o que significou a opção pela intervenção ativa na produção da prova – o paciente permitira que a contraposição de sua versão à dos policiais – a qual fora despida da força da confissão – fosse avaliada pelo juiz à luz do princípio da livre apreciação da prova, razão pela qual o Ministro Sepúlveda Pertence mantinha a condenação criminal, tal como determinada pelas instâncias inferiores.

Em que pese o resultado do julgamento não ter sido favorável ao paciente do Habeas Corpus, a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence avançou consideravelmente na definição da importância da garantia de não se auto-incriminar. A construção de uma definição mais ampla dessa garantia foi resultado de uma linha argumentativa que incorporou elementos da doutrina e jurisprudência estrangeira e da doutrina nacional.

O argumento que melhor simboliza o caminho trilhado por Sepúlveda Pertence para dar nova forma à garantia é a reprodução de um trecho do julgamento realizado pela Suprema Corte dos EUA em *Escobedo v. Illinois* 378 US 478 (1964):

“Nenhum sistema de justiça criminal pode, ou deveria, sobreviver se a sua continuada eficácia depender de abdicarem os cidadãos, por ignorá-los, de seus direitos constitucionais (...). Se o exercício dos direitos constitucionais prejudica a eficácia de um sistema de execução da lei, então há algo de errado com esse sistema”.

Ao exigir que o indivíduo fosse cientificado expressamente de seu direito de permanecer calado no momento da prisão – e não apenas se conduzido a

uma delegacia de polícia ou tampouco quando da formalização do depoimento policial – Sepúlveda Pertence incorpora conteúdo inegavelmente garantista ao direito de permanecer calado.

Assume como marco teórico um conceito de sistema punitivo garantista (embora não utilize essas palavras), segundo o qual a finalidade do processo penal é proteger indivíduos contra ações arbitrárias ou abusivas e, a partir daí, investigar, processar e punir criminosos. Antes de serem criminosos, são todos cidadãos dos quais não se podem suprimir direitos.

Por outro lado, o Habeas Corpus nº 78.708-1/SP não rompe com a jurisprudência anterior em um ponto fundamental: a necessidade de demonstração de prejuízo para que se declare a nulidade. A doutrina brasileira já avançava ao exigir que

“o ato processual praticado em infringência à norma ou princípio constitucional de garantia poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo; não há espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas”⁴¹.

A exigência de demonstração de prejuízo está ancorada, como se viu, em julgados anteriores à nova ordem constitucional, época em que a vedação da auto-incriminação sequer poderia ser considerada um direito (visto que o silêncio poderia ser interpretado em desfavor da defesa).

No caso concreto, o Ministro Sepúlveda Pertence avançou ao rejeitar a afirmação de que a falta de informação sobre a existência dessa garantia antes da realização de um depoimento prestado em sede policial era mera irregularidade; porém, perdeu grande oportunidade de superar a tese conservadora (pré-1988) de que se trata de nulidade relativa, portanto passível de demonstração de prejuízo no caso concreto (sobretudo porque essa caracterização nunca é considerada demonstrada pelo Supremo Tribunal Federal).

Por fim, esse julgamento indica um grande retrocesso na jurisprudência da Corte. Com efeito, ao afirmar que as mentiras contadas por Álvaro durante seu interrogatório judicial dão margem à utilização de suas declarações em sede policial, o Ministro Sepúlveda Pertence aproxima-se de características constantes

⁴¹ Trecho do livro de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho “*Nulidades no Processo Penal*” (São Paulo: Malheiros, 1992), transcrito no Habeas Corpus nº 78.708-1/SP, como constante do memorial apresentado pelos impetrantes.

no *leading case Miranda v. Arizona* anteriormente rejeitadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

“Punir” a mentira de Álvaro por meio da validação de suas declarações em sede policial (feitas sem qualquer respeito ao direito de não se auto-incriminar) diverge do espírito das decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal sobre a liberdade de atuação estratégica do acusado no Processo Penal (liberdade de calar, falar ou mentir).

O julgamento afigura-se, portanto, paradoxal. Por um lado, o Supremo Tribunal Federal reconhece que a garantia de não se auto-incriminar é um direito fundamental, constitucionalizado por cláusula pétrea, e que define um modelo de sistema processual penal focado na liberdade individual e nos direitos humanos em detrimento de uma maior valorização da persecução penal e do poder punitivo do Estado.

Contudo, ao deixar de afirmar a plena efetividade dessa proteção por meio da decretação da invalidade do ato que a desrespeita ao exigir uma demonstração de prejuízo – demonstração que parece ser impossível, eis que sequer a condenação criminal é considerada um prejuízo para o réu – o Supremo Tribunal Federal manteve esvaziado o potencial transformador do direito ao silêncio.

E, ainda por cima, recua nos avanços já estabelecidos anteriormente acerca da impossibilidade de que qualquer prejuízo adviesse do fato do acusado mentir em seu depoimento judicial, restringindo o alcance da garantia para além do direito de calar.

Felizmente, esse recuo permaneceria esquecido (como se viu anteriormente, até hoje o Supremo Tribunal Federal considera ser um direito do acusado mentir em juízo de modo a não se auto-incriminar) e o primeiro passo dado pelo Ministro Sepúlveda Pertence na afirmação de que a falta de aviso não é mera irregularidade e sim nulidade relativa frutificaria.

Todavia, a modificação não ocorreria imediatamente. Cerca de um ano depois do julgamento do Habeas Corpus nº 78.708-1/SP, o tema voltaria à pauta do Supremo Tribunal Federal, dessa vez perante a Segunda Turma (composta, então, pelos Ministros Néri da Silveira, Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Nelson Jobim e Celso de Mello) por ocasião do exame do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.973-6/MG (DJ de 13/10/2000), julgado em 23 de maio de 2000.

A situação era parecida com aquela do Habeas Corpus nº 78.708-1/SP porque o réu não fora informado, no momento de seu interrogatório em sede policial, do direito de não se auto-incriminar, mas com uma importante diferença: nesse novo caso o depoimento policial não fora prestado em razão de prisão em flagrante, ou seja, o paciente não se encontrava preso.

De toda forma, assim como nos casos anteriores, o fundamento da decisão ficou circunscrito à demonstração de eventual prejuízo decorrente da falta de informação, como se verifica do voto do Ministro Nelson Jobim, relator do Recurso Ordinário em Habeas Corpus:

“Verifico se ocorreu prejuízo ao recorrente.

No termo do interrogatório policial não consta registro de que ele tenha sido informado de seus direitos constitucionais (fls. 35). Confessou a autoria do delito. Houve testemunha que assistiu suas declarações (fls. 36). A presença de advogado, na fase policial, não é obrigatória. Nem mesmo em interrogatório judicial. Precedente: HC 68.929, CELSO DE MELLO.

É no interrogatório que o juiz consulta o réu se tem advogado. Se não tiver, nomear-lhe-á um defensor dativo. No interrogatório judicial, o recorrente, assistido por advogado constituído, confirmou integralmente as declarações prestadas no inquérito policial (fls. 51).

Nada reclamou acerca da nulidade pretendida. Convalidou, assim, suas declarações anteriores. Ofereceu defesa prévia, onde alegou ser inocente e arrolou testemunhas (fls. 52/53).

É na defesa prévia que as nulidades ocorridas até o interrogatório judicial devem ser argüidas. Não o sendo, precluem”.

O julgamento não contou com a presença do Ministro Celso de Mello, e foi decidido por unanimidade pela denegação da ordem.

O dever de informar o indivíduo de que ele não está obrigado a produzir prova contra si mesmo e que do exercício desse direito não pode advir nenhum prejuízo voltaria ao Supremo Tribunal Federal novamente em 30 de outubro de 2001, no Habeas Corpus nº 80.949-9/RJ (DJ de 14/12/2001), julgado pela Primeira Turma. A composição praticamente não se alterara, sendo a Turma integrada agora pelos Ministros Moreira Alves (presidente), Ilmar Galvão, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, este o relator do Habeas Corpus, e Ellen Gracie, que ingressara na Turma (e no Supremo Tribunal Federal) em substituição ao Ministro Octávio Gallotti, que se aposentara em 1º de novembro de 2000).

Francisco Agathos Trivelas estava sendo investigado pela Polícia Civil do Rio de Janeiro por envolvimento com o tráfico internacional de entorpecentes e o contrabando de armas exclusivas para uso militar. Segundo os investigadores de

polícia, Francisco fornecia armas e munições para traficantes de diversos morros da cidade do Rio de Janeiro, principalmente os morros do Complexo do Alemão, Jacarezinho, Mangueira e Rocinha.

Com a prisão de uma cúmplice de Francisco, os policiais encontraram papéis contendo a contabilização das encomendas de armas pelos traficantes, tabela de preços e nomes de armas e respectiva quantidade de munição. Com base nas declarações dessa cúmplice – confessando a participação na quadrilha – e especialmente na informação de que ela se encontraria com seu cúmplice naquele mesmo dia às 14hs, os policiais localizaram Francisco no ponto de encontro (a estação de metrô Copacabana) e o detiveram, conduzindo-o a delegacia.

Lá chegando, Francisco foi ouvido informalmente pelos policiais, ocasião em que teria revelado integrar uma quadrilha internacional de comércio de armas, fornecendo material bélico para vários traficantes de drogas no Rio de Janeiro. Essa conversa informal foi gravada em fita magnética pelos policiais e instruiu a representação do Delegado de Polícia ao Juiz pela decretação da prisão temporária do investigado (e de outras pessoas) por trinta dias, a qual foi deferida. Posteriormente, o Delegado de Polícia informou que Francisco autorizara a gravação ambiental de sua conversa com os policiais, sendo certo que o gravador estivera o tempo todo sobre a mesa, diante de seus olhos.

A partir daí, foram impetrados diversos Habeas Corpus com objetivo de que fosse desentranhada dos autos – por ilícita – a prova obtida por meio da gravação de conversa informal do indivíduo com os policiais.

Primeiramente distribuído a um juiz estadual, foi negado o pedido do *writ*. Com a declinação de competência para a justiça federal, os Habeas Corpus foram seguidamente negados por um juiz federal, pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região e pelo Superior Tribunal de Justiça. Em todas essas oportunidades, afirmava-se que o cidadão encontrava-se ilegalmente preso e que não fornecera autorização para que se fizesse a gravação.

Perante o Supremo Tribunal Federal, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem, muito embora tenha questionado determinadas práticas narradas nos autos, como a suposta autorização do paciente para gravação ambiental.

Para o Ministério Público Federal, a autorização deveria ser colhida em termo escrito, não havendo espaço para informalidade nesse procedimento.

Argumentava que o ônus da falta de autorização é do Estado, pois não se poderia exigir do paciente que fizesse um termo a ser assinado pelo Delegado de Polícia no qual constasse sua não-autorização para a gravação.

Após abordar questões sobre o cabimento do Habeas Corpus e da extensão da proibição de utilização de provas ilícitas em processo penal, o Ministro Sepúlveda Pertence detém-se inicialmente na análise da legalidade da prova que a Polícia Civil do Rio de Janeiro denominara de “*conversa informal na sede desta DRE, gravada em fita K-7*” e que conteria a confissão da participação do paciente na quadrilha internacional de contrabando de armas. Inicialmente, o Ministro Sepúlveda Pertence rejeita a tese de que o paciente autorizara a gravação.

Porém, mesmo que a tivesse autorizado, não seria válida a gravação. Para o relator, não se reveste de nenhuma validade a prova colhida, sob qualquer forma, em virtude de prisão ilegal (cita, a propósito, o Habeas Corpus nº 70.277-5/MG, 1ª Turma, DJ de 18/13/1994). Assim, tendo em vista que a prisão temporária só foi autorizada pelo Poder Judiciário posteriormente à realização da gravação (aliás, justamente em virtude dela) e que não houvera prisão em flagrante (o paciente fora detido e conduzido à delegacia, mas não preso em flagrante), a custódia de Francisco pela Polícia Civil do Rio de Janeiro era ilegal. Afirma o Ministro:

“O interrogatório é a única forma legal de tomada, no inquérito policial, de declarações do indiciado: nele, não há espaço para acolher como declarações do indiciado – e menos ainda para validar eventual confissão nele contida – o registro, gravado ou não, de ‘conversa informal’ dele com policiais”.

Ao lado do respeito às formas procedimentais previstas no Código de Processo Penal para a tomada de depoimento do indiciado, Sepúlveda Pertence é taxativo ao exigir, agora por determinação constitucional, o aviso ao depoente de seu direito de não se auto-incriminar. Citando, mais uma vez, os precedentes da Corte Suprema dos EUA, *Miranda v. Arizona* e *Escobedo v. Illinois*, os quais se fazem presentes em várias manifestações do Supremo Tribunal Federal, o relator conclui que:

“A falta de advertência – e, como é óbvio, da sua **documentação formal** – faz **ilícita** a prova que, contra si mesmo, forneça o acusado, ainda quando observadas as formalidades procedimentais do interrogatório” (grifos do original).

Vê-se, portanto, que o Sepúlveda Pertence que julga o Habeas Corpus nº 80.949-9/RJ é distinto do Sepúlveda Pertence que julgou o Habeas Corpus nº 78.708-1/SP dois anos e meio antes. Enquanto em 1999, o Ministro exigia a demonstração de prejuízo (tomando a violação das garantias constitucionais por nulidade relativa), em 2001 Sepúlveda Pertence é enfático ao estabelecer que “(...) *à luz da garantia do art. 5º, LXIII, basta, à caracterização da ilicitude da prova, a manifesta ausência da advertência do direito de ficar calado, que a Constituição ordena*”. Por essa razão o relator vota favoravelmente ao pedido de desentranhamento da fita magnética e das transcrições de seu conteúdo constantes de laudo pericial, sendo acompanhado à unanimidade.

É preciso deixar claro que, apesar da ilicitude da prova derivar da prisão ilegal a que estava submetido o paciente no momento em que foi colhida a confissão, os fundamentos do voto do relator – acompanhados sem ressalvas por todos os demais Ministros, com exceção da Ministra Ellen Gracie, que expressamente limitou-se à ilicitude da prova em razão da prisão ilegal – não deixam dúvida acerca da modificação de seu posicionamento sobre a exigência legal de que o preso seja informado de seu direito de permanecer em silêncio, sob pena nulidade dos atos que daí se seguirem, independente de demonstração de prejuízo.

Contudo, não há, em parte alguma do voto, a demonstração de que se rompia com o paradigma da nulidade relativa e se inaugurava uma nova era no Supremo Tribunal Federal, em que a violação de garantias constitucionais tornava, por si só, imprestáveis as provas obtidas em razão dessa inobservância. Em outras palavras, não são comparadas as hipóteses fáticas e as diferentes respostas jurídicas dadas pelo Supremo Tribunal Federal e o conteúdo do precedente que ora se descartava não foi sequer analisado. Era como se o Supremo Tribunal Federal nunca antes houvera julgado um caso semelhante.

Depois desse julgamento, a obrigatoriedade da informação do direito de não se auto-incriminar seria reforçada mais uma vez pela Primeira Turma, em 05 de novembro de 2002. Ao julgarem o Habeas Corpus nº 82.463-3/MG (DJ de 19/12/2002), os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie (esta relatora do caso)⁴² decidiram que mesmo um depoimento

⁴² Estava ausente do julgamento o Ministro Ilmar Galvão.

judicial no qual o indivíduo esteja acompanhado de advogado é nulo, caso não observado o dever de informação.

O quadro fático do Habeas Corpus era bastante singelo. Sebastião da Silva era investigado em inquérito que apurava a prática da contravenção penal “jogo do bicho”⁴³. Intimado para audiência preliminar⁴⁴ perante o juizado especial criminal da comarca de Carandaí, Minas Gerais, Sebastião compareceu acompanhado de advogado. Embora a lei não preveja a realização de interrogatório nesse momento, Sebastião prestou declarações e confessou a prática do crime. Diante desse quadro, o Promotor de Justiça requereu o retorno do inquérito à Delegacia para a realização de novas diligências.

Em decisão unânime, acompanhando o voto da relatora, a Primeira Turma determinou que o referido termo de declarações fosse desentranhado dos autos, desconsiderando-se o seu teor, a fim de que fosse renovada a audiência preliminar prevista no art. 72, da Lei nº 9.099/1995, porque “*Antes de prestar as declarações, o paciente não foi advertido pelo Juízo do seu direito ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII), o que nulifica a audiência realizada, que se restringiu a oitiva do paciente*”.

O panorama da exigibilidade da presença do advogado no momento do interrogatório do acusado, assim como do dever de informá-lo da existência desse direito, sofreria grande mudança em dezembro de 2003, quando foi promulgada a Lei nº 10.792/2003, que reformou todo o capítulo do Código de Processo Penal que tratava do interrogatório do acusado.

Ao dar nova redação especialmente ao art. 185, do Código de Processo Penal, a Lei nº 10.792/2003 promoveu a adequação entre a Constituição e a legislação infraconstitucional, incorporando alguns dos postulados já fixados pelo Supremo Tribunal Federal (como a impossibilidade de que o silêncio pudesse ser interpretado de forma desfavorável ao interrogando), deixando de explicitar outros (como a impossibilidade de que a falsa negativa do crime pudesse ser interpretada em desfavor do indivíduo) mas, fundamentalmente, avançou no ponto em que o

⁴³ Art. 58, Decreto-Lei nº 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais): “Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração: Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis”.

⁴⁴ Art. 72, Lei nº 9.099/1995: “Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade”.

Supremo Tribunal Federal fora mais conservador: a exigibilidade da presença do advogado no momento do interrogatório do acusado.

Além de registrar, expressamente, que o interrogatório seria feito na presença do advogado (constituído ou nomeado), a lei assegurou o direito de entrevista prévia e reservada do acusado com seu advogado⁴⁵.

Nesse contexto, é especialmente relevante o julgamento realizado em 15 de dezembro de 2005, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 87.172-1/GO (DJ de 03/02/2006), pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Eliene de Souza Ramos fora processada juntamente com outros acusados pela prática de roubo qualificado (art. 157, § 3º, 2ª parte, do Código Penal⁴⁶), na comarca de Alexânia, em Goiás. Seu interrogatório foi marcado para o dia 02 de dezembro de 2003, justamente a data da publicação da Lei nº 10.792/2003.

Não obstante a modificação da previsão legal, o ato foi realizado sem a presença de advogado (a acusada afirmara não ter condições de arcar com sua defesa) e, ao final da instrução, o juiz de primeiro grau decidiu pela condenação de Eliene de Souza Ramos tomando como razão de seu convencimento, dentre outros fatores, o interrogatório da acusada.

A defesa apelou, mas nada falou acerca da ausência de advogado no interrogatório. Coube ao membro do Ministério Público, em suas contra-razões, argüir a nulidade de todo o processo desde o interrogatório por ausência de *curador* presente ao ato (já que a ré era menor de 21 anos). O Tribunal de Justiça de Goiás, verificando que a exigibilidade da presença de curador fora revogada justamente no dia do interrogatório, pela Lei nº 10.792/2003, declarou não haver nulidade alguma e manteve a sentença de primeiro grau.

Ocorre que o fato que até então passara despercebido – ausência de advogado no ato de interrogatório – foi constatado por um novo defensor

⁴⁵ **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”. Há tabela comparativa dos textos legais vigente e revogado anexa ao trabalho.

⁴⁶ “Art. 157. Subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena – reclusão de quatro a dez anos, e multa. (...) § 3º. Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; [2ª parte] se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa”.

constituído para tomar ciência do acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás, o qual opôs embargos de declaração.

Os embargos foram improvidos, dando ensejo à impetração de Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual foi indeferido com os seguintes fundamentos:

“Processual penal. Habeas corpus. Interrogatório do réu realizado na data da publicação da lei 10.792/2003. Ato processual realizado sem a presença de defensor constituído ou nomeado. Nomeação para apresentação da defesa prévia. Curso regular da ação penal até o julgamento da apelação de embargos de declaração. Nulidade relativa. Preclusão. Liminar indeferida. Agravo regimental prejudicado. Ordem Denegada.

1. A paciente foi interrogada no dia 2/12/2003, data em que foi publicada a Lei 10.792/2003, sem que tenha sido observada a necessidade da presença de defensor constituído ou nomeado para a prática do referido ato processual, o que constituiu inegável ilegalidade, nos termos do art. 185 do Código de Processo Penal, com a redação dada pelo diploma legal acima referido.

2. Contudo, essa ilegalidade configura nulidade relativa, passível de convalidação, nos termos do art. 572 do Estatuto Processual, que a considera sanada quando não argüida em tempo oportuno, de acordo com o disposto no art. 571 do mencionado Código de Processo Penal, ou seja, no prazo para as alegações finais.

3. No caso, ao final do interrogatório da paciente, diante de sua afirmação de que não tinha advogado e nem condições de constituir um, o Juízo de Direito da Comarca de Alexânia/GO nomeou defensor para patrocinar a sua defesa, determinando, inclusive, a intimação deste para apresentar a defesa prévia no prazo legal, tendo a respectiva ação penal curso regular até o julgamento da apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, oportunidade em que, por meio de embargos de declaração, foi suscitada pela primeira vez, extemporaneamente, a aludida ilegalidade, já convalidada pela preclusão.

4. Se é certo que a intenção do legislador, ao proceder a alterações no Código de Processo Penal, na parte relativa ao interrogatório do réu, foi assegurar maior amplitude à defesa, permitindo a participação do defensor antes e depois do interrogatório (CPP, arts. 185 e 188, com a redação dada pela Lei 10.792/2003), em homenagem aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, certo é, também, que não foi seu propósito elevar à categoria de nulidade absoluta as eventuais irregularidades verificadas no referido ato processual, pois, do contrário, teria alterado a redação do art. 572 do referido estatuto processual.

5. Ademais, conforme consignado na respectiva Exposição de Motivos, o Código de Processo Penal, ‘...é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. (...). Se a parte interessada não argüi a irregularidade ou com esta implicitamente se conforma, aceitando-se os efeitos, nada mais natural que se entenda haver renunciado ao direito de argüi-la. Se toda formalidade processual visa um determinado fim, e este fim é alcançado, apesar de sua irregularidade, evidentemente carece esta de importância. Decidir de outro modo será incidir no despropósito de considerar-se a formalidade um fim em si mesma’.

6. Agravo regimental interposto contra o indeferimento da liminar reclamada inicialmente prejudicado.

7. Ordem denegada por restar convalidada a nulidade relativa suscitada nesta impetração (...)

O relator, Ministro Cezar Peluso, bem identificou a questão: saber se a ausência de defensor no ato de interrogatório constitui nulidade relativa (passível, portanto, de convalidação) ou absoluta (cujo reconhecimento pode, e deve, ser feito a qualquer momento em que se dela tome conhecimento). Sem precisar aprofundar o exame teórico sobre a questão, o Ministro Peluso declarou tratar-se de nulidade absoluta, posto que se a lei previu a presença do advogado antes e durante o interrogatório foi para dar a maior amplitude possível à defesa.

No caso, restou bem demonstrado que essa defesa, ao se iniciar posteriormente ao interrogatório acabou comprometida. O prejuízo fica ainda mais evidente quando a condenação se vale de trechos do próprio interrogatório para fundamentar a condenação. A Primeira Turma – composta pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Carlos Britto e Eros Grau – acompanhou o voto do relator, anulando o processo desde o interrogatório, inclusive, e concedendo a extensão da decisão ao co-réu.

Observa-se, contudo, que em momento algum do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (não houve declaração de votos dos ministros que acompanharam o relator), ou daquele realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi suscitada a questão da garantia de não se auto-incriminar. O fundamento jurídico da decisão – além das regras infraconstitucionais sobre nulidades – foi a garantia de ampla defesa e do contraditório, violadas pela ausência do advogado nos casos que a lei a impõe.

O julgamento, nesse aspecto, fragiliza a possível construção da extensão das regras atinentes ao interrogatório judicial ao interrogatório policial. Pois, se é verdade que há lei afirmando que o interrogatório em sede policial deve observar as mesmas regras que aquele realizado em juízo, por força do art. 6º, inciso V, do Código de Processo Penal⁴⁷ e, portanto, seria de se esperar que a mudança legislativa alcançasse as delegacias de polícia espalhadas por todo o país; sabe-se ser igualmente verdade que a espera será em vão.

Em 10 de agosto de 2004, uma situação completamente nova era trazida ao Supremo Tribunal Federal. O Habeas Corpus nº 82.354-8/PR (DJ de

⁴⁷ “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”.

24/09/2004), distribuído à Primeira Turma, pleiteava o reconhecimento de constrangimento ilegal em comportamento de Delegado da Polícia Federal que se recusava a permitir o acesso de advogado regularmente constituído aos autos de inquérito policial.

Os fatos ocorreram naquele mesmo ano de 2004. Os advogados constituídos por Augusto Rangel Larrabure requereram vista dos autos do inquérito policial nº 523/97, da Delegacia de Polícia Federal de Foz do Iguaçu/PR, com a finalidade de obter cópia reprográfica de seu inteiro teor. O pedido fora negado pelo Delegado da Polícia Federal ao argumento de que o art. 20, do Código de Processo Penal, assegurava o direito de preservação do sigilo do inquérito⁴⁸.

Inconformados, os advogados renovaram o pedido, dessa vez perante o Juiz Federal competente alegando que a Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), que estabelece os direitos e deveres dos advogados, veda expressamente aquele tipo de restrição imposta pela autoridade policial: *“Art. 7º São direitos do advogado: (...) XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”*.

Indeferido o pedido, impetrou-se mandado de segurança no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ocasião em que foi denegada a segurança, dando ensejo à interposição de Recurso em Mandado de Segurança perante o Superior Tribunal de Justiça, também negado.

Todas as decisões denegatórias destacaram que o inquérito policial não pressupõe o contraditório nem a ampla defesa porquanto se trata de investigação inquisitiva destinada a subsidiar a acusação pública. Por conseguinte, a restrição do direito de acesso do advogado aos autos não constituía violação de nenhum direito fundamental do indivíduo.

Embora a Lei nº 8.906/1994 seja taxativa ao estabelecer o acesso irrestrito (porque não limitado pelo texto da lei, que o fez em outras hipóteses) do advogado ao inquérito, prevalecera até aquele momento o entendimento de que a lei deveria ser interpretada levando em consideração a supremacia do interesse

⁴⁸ Art. 20, Código de Processo Penal: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

público sobre o privado⁴⁹. No caso concreto, o primeiro seria o sigilo das investigações considerado indispensável para a apuração do ilícito penal e de sua autoria.

Já o interesse privado em conflito estaria representado pelo direito de defesa do indivíduo, vulnerado em três aspectos: (1) na limitação ao livre exercício da profissão do advogado; (2) na violação às garantias da ampla defesa e do contraditório, que se aplicam inclusive aos procedimentos administrativos (de que o inquérito policial seria um exemplo); e, (3) na impossibilidade de o advogado tomar conhecimento dos fatos e das provas existentes, providência indispensável para a adoção de medidas judiciais cabíveis e orientação do seu constituinte nas declarações que prestará em sede policial, onde inclusive poderá permanecer calado.

Ao deliberar sobre o equilíbrio entre esses interesses em conflito, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região classifica o inquérito policial como “*um dos poucos poderes de autodefesa próprio do Estado no combate ao crime*” para concluir:

“(...) a regra insculpida no inc. XIV do artigo 7º da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) que permite o acesso amplo e irrestrito do advogado aos autos do inquérito policial, deve ser interpretada levando em consideração a supremacia do interesse público sobre o privado, devendo ser restringida a publicidade nos casos em que o sigilo das investigações seja imprescindível para a apuração do ilícito penal e sua autoria, sob pena do procedimento investigatório tornar-se inócuo, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.
(...) mormente nos tempos atuais onde se expande a macrocriminalidade (tráfico ilícito de entorpecentes, crimes contra o sistema financeiro nacional, delitos praticados por organizações criminosas, lavagem de ativos provenientes de crimes, etc.) onde, em muitos casos, o sigilo nas investigações é vital para o esclarecimento dos fatos”.

O Superior Tribunal de Justiça mantém a essência da decisão, bem como o principal argumento jurídico:

“(1) O art. 20 do CPP, ao permitir sigilo nas investigações não vulnera o Estatuto da OAB, ou infringe a Constituição Federal. (2) Em nome do interesse público, podem as investigações policiais revestirem-se de caráter sigiloso, quando não atingirem o direito subjetivo do investigado. (3) Somente em relação às autoridades judiciárias e ao Ministério Público é que inexistente sigilo”.

⁴⁹ Perante o Superior Tribunal de Justiça, conforme consta no relatório do Habeas Corpus ora examinado, o advogado criminalista Alberto Zacharias Toron afirmava não haver verdadeiro confronto entre interesse público e privado. Afinal, a observância dos direitos fundamentais do indivíduo é matéria de indiscutível interesse público, ainda que esse indivíduo seja investigado em inquérito policial.

Ao exarar parecer perante o Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público Federal, por meio do Procurador-Geral da República, manifestou-se pela concessão parcial da ordem de Habeas Corpus. Reconheceu que o direito de acesso do advogado aos autos do inquérito constitui uma previsão legal específica estabelecida em lei de mesma hierarquia que o Código de Processo Penal, porém posterior.

Todavia, afirmava ainda o *Parquet* que, não obstante o critério tradicional de solução do conflito normativo orientasse à aplicação da máxima *lex posteriori derogat legi priori*, seria possível ao Poder Judiciário superar a taxatividade da lei, exercendo sua função de adequar o direito à justiça e realizando uma ponderação.

Assim, nenhum dos interesses em conflito (sigilo *versus* publicidade da investigação) seriam atingidos por completo. Afirma o Ministério Público Federal que o caso exige a aplicação do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, para encontrar um ponto de equilíbrio, assim sugerido:

“(a) mesmo que sob o timbre do sigilo, os advogados têm direito de examinar, copiar e tomar apontamentos de peças do inquérito que digam respeito, **exclusivamente**, à pessoa do investigado, quais sejam: depoimentos do investigado; auto de acareação; auto de reconstituição a que tenha comparecido o investigado; auto de reconhecimento, auto de busca e apreensão domiciliar e pessoal e nota de culpa;

(b) os advogados não têm acesso a documentos; depoimentos testemunhais; laudos periciais; e demais peças de investigação que não envolvam diretamente a pessoa do investigado, quando presente o sigilo nas investigações;

(c) quanto ao auto de prisão em flagrante, mesmo que sob o timbre do sigilo, os advogados têm direito a examiná-lo para, querendo, copiar e tomar apontamentos restritos às peças que o compõem, e que estão definidas no artigo 304, do C.P.P.;

(d) deferida judicialmente a interceptação telefônica em autos do inquérito policial, com ou sem sigilo, os advogados só podem ter acesso ao auto circunstanciado (artigo 7º, Lei 9296), “imediatamente antes do relatório da autoridade policial” (primeira parte, do parágrafo único artigo 8º, da Lei 9296/96)”.

Relator do caso, o Ministro Sepúlveda Pertence rejeita o ativismo judicial sugerido pelo Ministério Público Federal – e que até então permitira que os diversos órgãos do Poder Judiciário restringissem a aplicação da Lei nº 8.906/1994, em nome de temperamentos que a proporcionalidade imporia à amplitude do dispositivo legal (o qual assegura acesso irrestrito do advogado aos autos do inquérito). Assevera o relator que:

“O conflito aparente de interesses contrapostos, de que partem tais raciocínios, no entanto, mais que aparente, é falso, na medida em que a lei mesma o resolve, em favor da prerrogativa do defensor e contra a oponibilidade ao advogado do sigilo decretado do inquérito”.

Embora solucionado mediante a simples subsunção do fato à regra mais recente que trata do tema – rejeitando a possibilidade de ponderação de interesses em situações nas quais há lei expressa sobre o tema – o caso mereceu maiores deliberações por parte dos Ministros que integravam a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (naquela oportunidade integrada pelos Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau).

O relator constatou que o tratamento jurídico da situação fora conturbado pela “*intromissão indevida*” das garantias do devido processo legal e da ampla defesa na discussão, interferindo na avaliação sobre a amplitude dos poderes de atuação do advogado no curso de um inquérito policial.

Com efeito, é possível vislumbrar que a exigência do contraditório nessa fase traria risco à eficiência de diversas medidas cautelares assecuratórias. Da mesma forma, permitir a ampla defesa nesse momento significaria transformar o inquérito em instrução criminal – conduzida por um delegado de polícia ao invés de um juiz.

O Ministro afirmou, ainda, que tais direitos fundamentais não atingem o inquérito policial, visto que é procedimento administrativo, em que não há litigantes e no curso do qual não haverá nenhuma espécie de decisão da autoridade que o preside (delegado de polícia). Por conseguinte, se não há partes em litígio não há que se falar em contraditório; da mesma forma, não se exige ampla defesa em procedimento no qual não há possibilidade de decisão contrária a direitos do indivíduo.

Por outro lado, ressaltou que a inaplicabilidade desses direitos ao inquérito policial não têm o condão de “*reduzir o indiciado, no curso do inquérito, a mero objeto ou sujeito inerte de investigações administrativas*”.

A Constituição assegura ao indiciado outros direitos fundamentais, como a assistência de advogado e o direito de não se auto-incriminar, ambos previstos no art. 5º, inc. LXIII. A assistência do advogado não é emocional, mas técnica – afirma o Ministro Sepúlveda Pertence – e pressupõe, portanto, o conhecimento dos fatos acerca dos quais deva orientar seu cliente.

“Em outras palavras: é só para poder assistir ao cliente que os autos do inquérito se hão de abrir ao advogado; o que tornaria paradoxal que ao defensor fosse vedado desvelar ao próprio constituinte a ciência que tivesse do que, no inquérito, lhe interessasse saber para orientar-se”.

A decisão deferindo o Habeas Corpus para que os advogados constituídos pelo paciente consultem os autos e obtenham as cópias pertinentes, antes da data designada para a inquirição de seu cliente, foi unânime, valendo registrar, apenas, que o Ministro Eros Grau acrescentou em seu voto como argumento a indispensabilidade do advogado (mesmo em inquéritos policiais) para a realização da justiça, tal como preconizado no art. 133, da Constituição.

Essa decisão seria repetida em outros três julgamentos, sempre com a mesma fundamentação, consolidando o direito ao silêncio como fundamento para a participação do advogado – e, principalmente, o exame dos autos – durante o inquérito policial: 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 Cezar Peluso, 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).

A série de julgados analisados acima encerra a trajetória do Supremo Tribunal Federal na definição do direito de assistência do advogado nos interrogatórios policial e judicial e de ser alertado do direito de permanecer calado. Esses dois direitos são desdobramentos indissociáveis da garantia de não se auto-incriminar, não obstante a interpretação que o Supremo Tribunal Federal lhes conferiu.

Por outro lado, outros direitos não diretamente vinculados à vedação de auto-incriminação seriam deduzidos pelo Supremo Tribunal Federal dessa garantia. A segunda série de julgados, cuja análise se inicia abaixo, trata da ilegalidade da imposição de medidas cautelares decorrentes do exercício do direito ao silêncio⁵⁰.

⁵⁰ Embora a análise desses julgados pudesse ser realizada no segundo item – que tratou da ampliação da garantia para além do direito de calar – quando se examinou a ilegalidade da ampliação da pena pelo fato do acusado ter negado falsamente o crime que lhe era imputado, optou-se por fazer a análise separadamente. Com efeito, o grau de certeza que se presta como fundamento das medidas cautelares é radicalmente diferente daquele exigível para imposição de uma pena. Ademais, as prisões temporária e preventiva têm, em sua previsão legal, termos pouco

O tema viria à baila perante o Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, em 18 de abril de 2000. O Ministro Sepúlveda Pertence foi sorteado relator do Habeas Corpus nº 79.781-4/SP (DJ de 09/06/2000), distribuído à Primeira Turma, impetrado em favor de um assessor de vereador da Câmara Municipal de São Paulo acusado de participar de uma quadrilha orientada à cobrança de propinas de vendedores ambulantes e outros cidadãos sujeitos à fiscalização de uma determinada repartição pública da prefeitura, comandada pelos integrantes do suposto bando.

No curso das investigações, foi decretada a prisão preventiva de alguns dos integrantes do suposto grupo criminoso, dentre eles o paciente, com os seguintes fundamentos: (1) que o paciente fugira depois de decretada sua prisão temporária, ficando livre para manipular testemunhas e ocultar provas; (2) que o fato em apuração, imputado ao paciente, causou forte clamor popular; (3) que o paciente demonstrou claramente não possuir nenhum interesse em colaborar com a justiça, respondendo as perguntas de seu interrogatório de forma desdenhosa e evasiva, dificultando a apuração.

A decisão judicial de primeiro grau foi mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em pelo menos duas oportunidades (foram impetradas duas ações de Habeas Corpus), assim como pela unanimidade dos Ministros da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Dentre as três teses que sustentam a decisão, apenas a última se relaciona diretamente com a garantia de vedação da auto-incriminação. Cumpria à Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal avaliar se a recusa desdenhosa de colaborar com as investigações (e, eventualmente, a intenção deliberada de dificultá-las) estava compreendida no conceito de direito contra a auto-incriminação, tal como enunciado no dispositivo legal do art. 5º, inc. LXIII.

Embora, até então, todas as decisões judiciais prolatadas nesse caso concreto tivessem considerado que a hipótese não se encontrava sob a incidência da garantia constitucional, o Ministro Sepúlveda Pertence é incisivo em sua afirmação:

taxativos (ou que são assim interpretados), como “imprescindibilidade para as investigações” e “garantia da ordem pública”, que muitas vezes se prestaram a encobrir a “indignação” do juiz com o fato do suspeito decidir não colaborar com a produção de prova contra si mesmo.

“Dispenso-me da custosa demonstração do óbvio de que ao indiciado não cabe o ônus de colaborar de qualquer modo com a apuração dos fatos que o possam incriminar – que é todo dos organismos estatais de repressão – e que, ao contrário, o que lhe assegura a Constituição é o direito ao silêncio, quando não à própria mentira (HC 75257, 1ª T., Moreira, 17.06.97, DJ 29.08.97; HC 68929, 1ª T., Celso, 22.11.91, RTJ 149/494).”

As duas primeiras teses que fundamentaram a decretação da prisão pelo juiz de primeiro grau demandaram do Supremo Tribunal Federal minuciosa análise dos autos – inclusive com exame de peças – para que os Ministros decidissem refutá-las por ausência de demonstração concreta dos fatos alegados para a decretação da prisão, importância representada nas oito laudas a elas dedicadas no voto do relator.

Por outro lado, a garantia ao silêncio e sua equiparação à possibilidade do indiciado de mentir mereceram apenas o parágrafo acima transcrito, sedimentando a tese de que o indivíduo não possui nenhum dever de colaboração com a autoridade policial no curso de uma investigação e que seu interrogatório é ato estritamente de defesa, podendo calar-se ou negar falsamente a verdade, ainda que com isso pareça desdenhar do órgão encarregado de julgamento devido à incompatibilidade com os demais elementos existentes nos autos.

Mais uma vez, a decisão da Primeira Turma foi unânime, tendo votado, além do relator Ministro Sepúlveda Pertence, os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Octávio Gallotti e Ilmar Galvão.

Vários anos depois, a discussão voltaria ao Supremo Tribunal Federal, dessa vez perante a Segunda Turma, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 89.503-4/RS (DJ de 08/06/2007), em 03 de abril de 2007.

O Habeas Corpus fora impetrado em favor de Eduardo Gerson Muller Júnior, acusado de homicídio qualificado e já pronunciado quando do exame do *writ* pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Ainda durante as investigações policiais, Eduardo Júnior fora intimado para prestar declarações na Delegacia, tendo deixado de comparecer, o que motivou a decretação de sua prisão temporária, nos seguintes termos:

“Sônia Teixeira foi encontrada morta, com o corpo parcialmente queimado, na localidade interiorana de Arroio da Madeira, e as primeiras investigações já corporificam suspeita razoável de participação do investigado Eduardo Gerson Müller Júnior na prática do delito. Sem embrenhar-me em análise mais aprofundada a respeito da prova já produzida, eis que desnecessário e, sobretudo, inoportuno, ressalto que o investigado for o último a ser visto na

companhia da vítima, possui um Celta cor prata, o mesmo veículo avistado nas imediações do local onde o corpo dela fora encontrado à distância, ainda em chamas, as quais, pan arrematar, tenham sido provavelmente propagadas por meio da incineração de um exemplar do jornal Panorama do dia 02- 12-2005, que circula no município de Taquara, onde coincidentemente reside.

Somem-se estes elementos, já característicos do crime com as tintas da hediondez, o fato de o investigado não ter comparecido à delegacia de polícia para prestar informações e a evidente necessidade de ser instado a permanecer à disposição da polícia judiciária para o imediato aprofundamento das investigações, o que, nestas circunstâncias, será evidentemente facilitado com o seu recolhimento, pois ver-se-á, outrossim, sem condições de ocultar provas ou influenciar no ânimo das testemunhas com as quais se relacionava”.

Aceita a denúncia oferecida em desfavor de Eduardo Júnior, foi decretada sua prisão preventiva pelos mesmos fundamentos, acrescida da hediondez do crime que lhe era imputado. O decreto de prisão preventiva foi mantido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e, posteriormente, pelo Superior Tribunal de Justiça. Em face desta última decisão impetrou-se o Habeas Corpus nº 89.503-4/RS.

O Ministro Cezar Peluso, relator do Habeas Corpus, vota no sentido da concessão da ordem sob fundamentos concorrentes. Em primeiro lugar, refuta a tese de que a hediondez do crime, por si só, permitiria que fosse decretada a prisão preventiva do acusado, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência. Ainda sob esse argumento, afirma que a preventiva também não se presta a antecipar a pena que lhe seria eventualmente imposta após o trânsito em julgado de eventual decisão condenatória, de modo que a necessidade cautelar há de ser claramente demonstrada.

Por fim, Cezar Peluso adentra no tema do exercício do direito ao silêncio como fundamento do decreto de prisão cautelar, afirmando que a decisão do juiz de primeiro grau é inconstitucional no ponto em que afirma a necessidade da prisão devido ao não-comparecimento injustificado à Delegacia de Polícia, como se fora obrigação do acusado permanecer à disposição para as investigações.

Ao decretar a prisão temporária, o magistrado sustentou que o paciente não teria comparecido à delegacia de polícia para prestar depoimento, e o seu encarceramento facilitaria, então, a colheita de provas. (...) O fato de o ora paciente não ter atendido ao chamamento do delegado de polícia, para prestar depoimento, não basta à justificação da prisão processual, em razão da garantia constitucional da não auto-incriminação, que assiste também ao suspeito. (...) Ademais, o magistrado apontou que a prisão seria medida necessária à produção de provas. Aceitar o argumento fora, todavia, transformar a pessoa do acusado em objeto, enquanto simples meio de obtenção de prova, em dano da própria liberdade, o que lhe afrontaria a dignidade pessoal e, por conseguinte,

não pode jamais tomar-se como fundamento válido para decretação de prisão processual”.

O relator ainda citaria como fundamento de sua decisão a manifestação da Procuradoria Geral da República, no ponto em que o parecer rememora o julgamento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 79.781-4/SP, acima examinado. O acórdão foi unânime, tendo participado do julgamento apenas o Ministro Celso de Mello (presidente) e Eros Grau, em virtude da ausência, nesse julgamento, dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Por fim, merece referência a medida cautelar decidida nos autos do Habeas Corpus nº 91.514-1/BA (DJ de 06/06/2007). Embora o Habeas Corpus não tenha sido julgado até o encerramento dos trabalhos de pesquisa, em 31 de dezembro de 2007, a decisão monocrática do relator, Ministro Gilmar Mendes enfrentou situação semelhante a dos Habeas Corpus nº 79.781-4/SP e 89.503-4/RS, embora mais delicada.

Zuleido Soares Veras, engenheiro civil e sócio-diretor da empresa de construção civil GAUTAMA teve sua prisão preventiva decretada no curso de um inquérito conduzido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. O rumoroso caso, que foi constantemente veiculado nos jornais e televisões de todo o país sob o *nomen* “Operação Navalha”, investigava o pagamento de vantagens indevidas a funcionários públicos para que a empresa recebesse o pagamento por obras não executadas. Os crimes imputados aos investigados variavam entre fraude a licitação, peculato, corrupção de servidores públicos, tráfico de influência, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha e organização criminosa.

A decretação da prisão fora fundamentada na garantia da ordem pública, eis que o relatório das investigações afirmava que Zuleido Soares Veras e seus empregados de confiança na empresa GAUTAMA infiltram-se em diversos órgãos públicos, desenvolvendo conexões criminosas com os Chefes do Poder Executivo Estadual e Municipal, auxiliados por empresários e servidores públicos.

Veja-se que, no momento em que o Ministro Gilmar Mendes apreciava o pedido de concessão da medida liminar, a própria relatora do inquérito determinara a colocação em liberdade de todos os envolvidos presos, com exceção de Zuleido Veras, coincidentemente, o único que se recusara a prestar depoimento.

Inicialmente, antes mesmo de adentrar no exame da decisão no ponto em que fundamenta a presença dos requisitos á decretação da prisão preventiva, o Ministro relator discorre sobre o direito ao silêncio a partir dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, citando inclusive um outro caso rumoroso (Habeas Corpus nº 79.244-8/DF, em que era paciente o ex-presidente do Banco Central Francisco Lopes), destacando a incompreensão dos veículos de comunicação de massa do papel do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos individuais.

“Essa orientação, amplamente consolidada na jurisprudência da Corte (dentre outros: HC nº 83.357-DF, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 26.03.2004; HC nº 79.244-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.03.2000), tem sido objeto de críticas da sociedade e dos meios de comunicação, no sentido de se conferir um *bill of indemnity* ao depoente para que ele se exima de fornecer informações imprescindíveis à regular instrução”.

A partir daí, o Ministro Gilmar Mendes desenvolve longa argumentação acerca do papel central desempenhado pelos direitos fundamentais na estruturação de um Estado democrático de direito e, *mutatis mutandis*, da garantia de não se auto-incriminar na estruturação de um sistema punitivo adequado a um Estado democrático de direito⁵¹.

Ao final, embora a decisão atacada não afirmasse, em ponto algum, que a motivação para a manutenção do decreto de prisão preventiva fosse o fato do paciente recusar-se a prestar declarações, esse fato foi demonstrado de forma incontestável pelo Ministro relator:

“Na espécie, tomo por decisiva a circunstância de que, com relação a todos os demais investigados, a autoridade apontada como coatora, após a inquirição de cada uma das pessoas envolvidas, revogou a prisão preventiva decretada nos autos do INQ nº 544/BA.

(...)

Por essa razão, não faz sentido a manutenção da prisão para a mera finalidade de obtenção de depoimento. A prisão preventiva é medida excepcional que, exatamente por isso, demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (CF, art.93,IX e art. 5º, XLVI).

(...)

Ora, causa estranheza o fato de que outros co-réus, apesar de ostentarem importante papel na empresa, terem sido libertados pela própria relatora do inquérito.

(...)

Além dessa premissa de efetivação do princípio constitucional da isonomia, afigurar-se-ia inequívoco, pelo menos nesta sede de juízo cautelar, que a manutenção da custódia cautelar em razão do não reconhecimento do direito de

⁵¹ Várias passagens dessa decisão foram citadas ao longo do trabalho, nos capítulos anteriores.

o paciente isentar-se de responder às perguntas, cujas respostas possam vir a incriminá-lo, acarreta graves e irreversíveis prejuízos a direito fundamental do paciente”.

Com o exame dessa decisão cautelar – a única examinada ao longo da pesquisa – encerra-se o exame dos julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a garantia prevista no art. 5º, inc. LVIII, da Constituição.

7.3

Conclusões parciais

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal precisou definir os limites e significados da norma constante no art. 5º, inc. LVIII a partir da promulgação da Constituição. Examinando todos os julgados relevantes, considerou-se apropriado agrupar os casos a partir de três eixos de análise: (1) a extensão da garantia de vedação de auto-incriminação para outros sujeitos além do preso; (2) a ampliação da garantia para além do direito de calar; e, (3) o desdobramento dessa garantia em outras formas de atuação da defesa técnica em inquéritos ou processos de natureza criminal.

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) de estatura constitucional de aplicabilidade absoluta, sendo portanto plenamente oponível ao Estado (Habeas Corpus nº 68.929-9/SP, Primeira Turma) e constituindo uma das mais expressivas conseqüências derivadas da cláusula do devido processo legal (Habeas Corpus nº 69.026-2/DF, Primeira Turma), não obstante a tese sustentada pelo Ministro Marco Aurélio (mas não sufragada em Plenário, nem expressamente pelas Turmas) de que se trata de um direito natural (Habeas Corpus nº 80.616-3/SP, Segunda Turma).

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 amplia ainda mais o alcance da garantia aplicando-a quando a testemunha compromissada deixa de dizer a verdade (Habeas Corpus nº 73.035-3/DF, Pleno).

Todavia, é importante registrar que nesse julgamento o Ministro Carlos Velloso, relator, considerou atípica a conduta com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa, considerada causa excludente de culpabilidade. É somente no voto concorrente do Ministro Celso de Mello nesse mesmo julgamento que a garantia da vedação de auto-incriminação surgirá como fundamento para se afirmar a ilegalidade da prisão em flagrante da testemunha que mentiu para não se incriminar:

“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. Mn. 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”.

Além de afirmar que a garantia “assiste à generalidade das pessoas” (Habeas Corpus nº 73.035-3/DF, Pleno), o Supremo Tribunal Federal amplia 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 79.589-7/DF, Pleno).

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 quatro julgamentos que, paulatinamente, consolidaram a

extensão da garantia para além do preso: 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.

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).

Por fim, embora o Ministro Octávio Gallotti tenha redigido o voto condutor no quarto julgamento (Habeas Corpus nº 79.589-7/DF, Pleno) que encerra a consolidação desse eixo de ampliação, o Ministro Celso de Mello proferiu extenso voto sobre o tema (vinte e três folhas, muito mais longo e trabalhado que o voto de três folhas do Ministro Octávio Gallotti e o de duas folhas do Ministro Marco Aurélio).

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/SP 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, Ilmar Galvão e Celso de Mello), salvo a substituição de Sepúlveda Pertence por Sydney Sanches. Porém, os Ministro Ilmar 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 estavam 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 qualificam-se em lícitas e ilícitas pelo uso que se lhes dá à prova ou pela forma com que são obtidas? Não há dúvida 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 transformação 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 reconstituição 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 77.135-8/SP, Primeira Turma), ou padrões vocais (Habeas Corpus nº 83.096-0/RJ, Segunda Turma) 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; e, nº 79.781-4/SP, Primeira Turma), ou ainda imputar falsamente a autoria a outrem, cuja punibilidade esteja extinta (Habeas Corpus nº 80.616-3/SP, Segunda Turma), bem como renegar como falsa a assinatura verdadeira aposta em documento (Habeas Corpus nº 75.257-8/RJ, Primeira Turma) ou mesmo utilizar malícia ao fornecer material gráfico visando a prejudicar as conclusões do exame pericial (Habeas Corpus nº 83.960-6/RS, Segunda Turma).

Assim, 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 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 constranger o acusado a participar do ato de reconstituição do crime, constituindo efetivo precedente que seria invocado nas demais ocasiões em que se examinou a obrigatoriedade do acusado de colaborar com a investigação.

Os casos seguintes, Habeas Corpus nº 72.815-4/MS e 75.257-8/RJ, ambos da Primeira Turma, foram relatados pelo Ministro Moreira Alves, que se limitou, nos dois casos, a acompanhar o parecer do Ministério Público Federal (o qual, no último caso, fez expressa referência ao Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, Pleno, onde consta 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 tratou do tema (Habeas Corpus nº 75.616-6/SP, Primeira Turma), 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 do réu ter permanecido em silêncio, o acórdão merecia reprovação nesse trecho, tendo em vista o posicionamento que se estabelecera até então no Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Ilmar Galvão, contudo, “redimiou-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 atípica 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 e Ilmar Galvão, também o Ministro Marco Aurélio contribuiu decisivamente para a ampliação da garantia, ao proferir voto condutor no julgamento do Habeas Corpus nº 80.616-3/SP, Segunda Turma, no qual afirmou-se que o direito ao silêncio compreende a imputação de crime a outra pessoa, cuja punibilidade esteja extinta. Veja-se que todos os três Ministros passaram a integrar o Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição de 1988.

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 do indiciado recusar-se a fornecer padrões para realização de exame pericial (no caso, padrões vocais) e no segundo afirmou-se 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 Britto (posses 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 assegurar 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, e não com a produção legislativa anterior à Constituição e vinculada a um paradigma de Estado Autoritário

Embora expressamente garantido pela Suprema Corte dos EUA nos *leading cases Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963) e *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964) – tratando respectivamente da assistência de advogado no interrogatório judicial e policial – bem como no famoso *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), referências constantes nos votos dos Ministros, 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 do acusado não infirma a validade jurídica desse ato processual. A legislação processual penal, ao disciplinar a realização do interrogatório judicial, não 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; Habeas Corpus nº 68.697-4/SP, 2ª Turma; 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 Penal⁵²).

⁵² “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

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), 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?*”, afirmou Celso de Mello:

“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 preso, por defensor técnico. A Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial providenciasse 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).

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*”⁵³, 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 caso, 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 conseqüência, 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. E não coube ao Supremo Tribunal Federal dar o passo mais significativo para promover a adequação da legislação processual aos novos princípios constitucionais que balizam a atividade persecutória do Estado, mas ao Congresso Nacional.

A Lei nº 10.792/2003 deu nova redação ao art. 185, do Código de Processo Penal⁵⁴, aplicável ao interrogatório em sede policial por força do art. 6º, inciso V, do mesmo Código⁵⁵, assegurando o direito de entrevista prévia e reservada do acusado (ou indiciado) com seu advogado.

No entanto, embora não tivesse deduzido a necessidade da presença do advogado no interrogatório da garantia de vedação de auto-incriminação, o

⁵³ “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

⁵⁴ **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”.

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”.

Supremo Tribunal Federal foi firme na proteção desse direito. Com efeito, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 87.172-1/GO, os Ministros da Primeira Turma sustentaram que a ausência de defensor no ato de interrogatório constitui nulidade absoluta, cujo reconhecimento pode, e deve, ser feito a qualquer momento em que se dela tome conhecimento, reformando a decisão do Superior Tribunal de Justiça (que, por sua vez, mantivera idênticas decisões do Tribunal de Justiça de Goiás e do juízo da comarca de Alexânia).

É preciso reconhecer, contudo, que nessa decisão não foi suscitada a incidência garantia de não se auto-incriminar. O fundamento jurídico da decisão foi a regra 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 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 juízo⁵⁶ 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 Pública⁵⁷, sabe-se que o Estado brasileiro não assegura aos indivíduos pobres que sejam presos assistência jurídica 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 (além da assistência do advogado no momento do interrogatório).

O descumprimento do dever de informar foi inicialmente considerado como mera irregularidade (Habeas Corpus nº 78.708-1/SP, Primeira Turma), repetindo a tese da nulidade relativa já aplicada relativamente ao dever de assegurar a assistência de um advogado, nulidade cujo reconhecimento dependeria

⁵⁶ “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”.

⁵⁷ “Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre 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 oitivas 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.

da demonstração de um prejuízo (o qual raramente é identificado nos casos concretos). A tese da nulidade relativa foi reforçada com o julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.973-6/MG, Segunda Turma, 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 manifesta ausência da advertência do direito de ficar calado, que a Constituição ordena” (Habeas Corpus nº 80.949-9/RJ, Primeira Turma).

É especialmente interessante observar os dois julgamentos realizados no âmbito da Primeira Turma (Habeas Corpus nº 78.708-1/SP e Habeas Corpus nº 80.949-9/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.

Afinal, 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 sua nulidade absoluta a falta de comunicação ao preso de seu direito de não se auto-incriminar. 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.

Ora, nesse contexto, a modificação da composição do órgão colegiado pode desencadear a 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 da ditadura militar), por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 80.949-9/RJ, no âmbito da mesma turma, a proporção inverteu-se, sendo três os nomeados sob a nova égide constitucional e apenas dois remanescentes do período ditatorial, como se vê no quadro abaixo:

Ministro	Indicação	Posse	Composição da 1ª Turma	Composição da 1ª Turma
Otavio Gallotti	Figueiredo	20/11/1984	Prevalece a tese da nulidade relativa.	Prevalece a tese da nulidade absoluta.
Sydney Sanches	Figueiredo	13/08/1984		
Moreira Alves	Geisel	20/06/1975		
Sepúlveda	Sarney	17/05/1989		
Pertence				
Ilmar Galvão	Collor	12/06/1991		
Ellen Gracie	FHC	14/12/2000		

Trata-se, portanto, de verdadeira evolução da posição do Supremo Tribunal Federal pelos mesmos Ministros que inicialmente restringiram o alcance da garantia constitucional com base em precedentes anteriores à Constituição de 1988.

O novo paradigma seria reforçado em 2002, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.463-3/MG, Segunda Turma, 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, 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 inteiro teor do inquérito no bojo do qual seu cliente prestará depoimento como indiciado.

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 Cezar Peluso, 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 conduz 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 uma atuação protagonista 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 crêem que o advogado “atrapalha” 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.

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 considerado negativamente como presunção de culpabilidade. Naquela oportunidade, indeferiu-se o Habeas Corpus por outros 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 inconformado 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 increpado 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 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).

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 conservadora, ao contrário dos eixos anteriormente examinados, somente adequando-se ao novo paradigma de um sistema punitivo adequado ao Estado democrático de direito na primeira década do século XXI.

Nas hipóteses de 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, ainda no início da década de 1990, logo após a grande mudança ocorrida no Supremo Tribunal Federal entre 1989 e 1991, com a substituição de cinco Ministros empossados antes da promulgação da Constituição e, em sua maioria, indicados pelos chefes da ditadura militar.

Já no terceiro eixo de exame, que examinou o desdobramento do direito ao silêncio em outras formas de atuação da defesa, 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 reduzir o alcance da norma.

A “tradição” inquisitiva do inquérito – abertamente propagandeada nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal – não foi considerada incompatível com a nova ordem constitucional, que privilegiou um novo paradigma de processo penal. Dessa forma, ao afastar o contraditório e a ampla defesa da fase inquisitorial policial, afetou-se o próprio direito de não se auto-incriminar.

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, são ambas 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.