REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.177.984 SÃO PAULO

RELATOR	**: MIN. EDSON FACHIN**
RECTE.(S)	: MARLI RODRIGUES BRAGHETTO
RECTE.(S)	: MARCIO ANTONIO RODRIGUES BRAGHETTO
ADV.(A/S)	: ALBERTO ZACHARIAS TORON
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: CENTRO DE PESQUISA E EXTENSÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
ADV.(A/S)	: MAURÍCIO STEGEMANN DIETER
ADV.(A/S)	: DÉBORA NACHMANOWICZ DE LIMA
ADV.(A/S)	: JESSICA GOMES DA MATA
AM. CURIAE.	: GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES - GAETS
PROC.(A/S)(ES)	: FERNANDO FIGUEIREDO SEREJO MESTRINHO
PROC.(A/S)(ES)	: THIAGO PILONI
PROC.(A/S)(ES)	: ADRIANA PATRICIA CAMPOS PEREIRA
PROC.(A/S)(ES)	: ANELYSE SANTOS DE FREITAS
PROC.(A/S)(ES)	: ANNA WALLERYA RUFINO E SILVA
PROC.(A/S)(ES)	: CARLA GERHARDT
PROC.(A/S)(ES)	: DOMINGOS BARROSO DA COSTA
PROC.(A/S)(ES)	: EDNA REGINA BATISTA NUNES DA CUNHA
PROC.(A/S)(ES)	: EDUARDO ABRAÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ERALDO SILVEIRA FILHO
PROC.(A/S)(ES)	: FERNANDO ANTONIO CALMON REIS
PROC.(A/S)(ES)	: FERNANDO RODOLFO DE MERCÊS MORIS
PROC.(A/S)(ES)	: FLÁVIO AURÉLIO WANDECK FILHO
PROC.(A/S)(ES)	: HÉLIO SOARES JUNIOR
PROC.(A/S)(ES)	: ISABELLA SORAYA LUNA JERÔNIMO ZULIANI
PROC.(A/S)(ES)	: JOÃO LUÍS SISMEIRO DE OLIVEIRA
PROC.(A/S)(ES)	: LEILAMAR DUARTE
PROC.(A/S)(ES)	: MARCO T. PAIVA SILVA
PROC.(A/S)(ES)	: MARCUS EDSON DE LIMA
PROC.(A/S)(ES)	: MARIA DO CARMO COTA

PROC.(A/S)(ES)	: MÔNICA BARROSO
PROC.(A/S)(ES)	: PATRÍCIA DE SÁ LEITÃO E LEÃO
PROC.(A/S)(ES)	: PAULO ROBERTO DA SILVA MARQUEZINE
PROC.(A/S)(ES)	: PEDRO PAULO LOURIVAL CARRIELLO
PROC.(A/S)(ES)	: RAFAEL RAMIA MUNERATI
PROC.(A/S)(ES)	: RAFAEL RAPHAELLI
PROC.(A/S)(ES)	: RAFAEL VINHEIRO MONTEIRO BARBOSA
PROC.(A/S)(ES)	: RICARDO MORARI PEREIRA
PROC.(A/S)(ES)	: THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS
PROC.(A/S)(ES)	: ZELIANA LUZIA DELARISSA SABALA
AM. CURIAE.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE.	: ISTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL (IBRASPP)
ADV.(A/S)	: GUSTAVO MASCARENHAS LACERDA PEDRINA
ADV.(A/S)	: VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS
AM. CURIAE.	: PROGRAMA DE EXTENSÃO LIBERTAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S)	: FELIPE MARTINS PINTO
ADV.(A/S)	: PAULA ROCHA GOUVEA BRENER

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Senhora Ministra, senhores Ministros, como relatado, o presente caso discute se o direito ao silêncio está garantido ao indivíduo no momento da abordagem policial em caso de prisão ou de cumprimento de medida cautelar. O Tribunal de Justiça local entendeu que a garantia do direito ao silêncio aplica-se

somente no momento do interrogatório do acusado, ainda que ele tenha sido indagado sobre os fatos no momento da diligência policial.

O presente voto está dividido em quatro partes. Na primeira, trato do conceito do direito ao silêncio e de sua evolução no direito comparado e no direito internacional. Na segunda parte, abordo a evolução do direito ao silêncio no ordenamento jurídico brasileiro. Na terceira examino o tema da dimensão subjetiva do direito ao silêncio e seu momento de incidência na persecução penal, assim como discorro sobre a problemática referente à ausência de comunicação pelo Estado sobre o direito ao silêncio no momento adequado e a higidez da prova produzida nessa situação. Na quarta, e última parte do voto, analiso o caso concreto submetido à julgamento perante esta Corte, para, ao final, propor a tese de julgamento para o Tema n. 1185, em repercussão geral.

1. O CONCEITO E A EVOLUÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO NO DIREITO COMPARADO

O direito ao silêncio consiste em uma garantia conferida ao indivíduo de se negar a responder perguntas formuladas por agentes do Estado diante de uma suspeita existente contra si. Trata-se de um direito fundamental que visa a proteção da liberdade e da autodeterminação do indivíduo contra o Estado no exercício do poder de punir.

O direito ao silêncio possui uma dimensão material e uma processual. Em sentido material, o direito ao silêncio protege a liberdade individual porque assegura ao ser humano o direito de falar ou de permanecer calado quando indagado por agentes públicos. Igualmente, o direito ao silêncio ampara o direito à intimidade e à integridade física e psíquica do indivíduo, na medida em que proíbe que o ser humano seja submetido à violência ou coação para o fim de prestar declarações contra sua vontade. Coíbe, assim, que a autoridade constituída ingresse no campo da consciência humana para extrair declarações contra a vontade daquele que declara.

Serrano Neves, em obra clássica denominada “O Direito de Calar”, enfatiza a importância do terreno indevassável da consciência humana e destaca a proteção que direito ao silêncio confere àquela:

> "Há, no homem, um território indevassável que se chama consciência. Desta, só ele, apenas ele pode dispor. Sua invasão, portanto, ainda que pela autoridade constituída, seja a que pretexto for e por que processo for, é sempre atentado, é sempre ignomínia, é torpe sacrilégio" (Serrano Neves. O Direito de Calar. São Paulo, Freitas Bastos, 1960, p. 151).

Por sua vez, em sentido processual, o direito ao silêncio insere-se dentro das garantias do devido processo legal e representa uma forma de exercício do contraditório e da ampla defesa, ao estabelecer que compete exclusivamente ao indivíduo deliberar se deseja ou não esclarecer os fatos que lhe são imputados, sem que a ausência de declarações acarrete-lhe consequências processuais negativas. Trata-se, nesse sentido, de uma garantia processual essencial para o exercício correto e legítimo da persecução e da jurisdição estatal.

O direito ao silêncio traduz, portanto, uma limitação do poder do Estado que tem como escopo proteger a personalidade e a integridade física e psíquica do indivíduo para que este não fique à mercê de intervenções estatais. Além disso, o direito de calar representa uma forma de controle da atividade judicante, porquanto impede que se construam certezas judiciais com base exclusivamente na atuação passiva do sujeito (OLIVEIRA; Eugênio de. A Constitucionalização do Processo Penal com a Constituição Federal de 1988. 30 anos da Constituição Federal e o Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018).

Cesare Beccaria, na obra “Dos delitos e das Penas”, ao pontuar o direito ao silêncio como uma limitação do absolutismo estatal, afirma que: “[uma] contradição entre as leis e os sentimentos naturais é exigir de um acusado o juramento de dizer a verdade, quando ele tem o maior

interesse em calá-la. Como se o homem pudesse jurar de boa-fé que vai contribuir para sua própria destruição! Como se, o mais das vezes, a voz do interesse não abafasse no coração humano a da religião!" (BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Edição Ridendo Castigat Mores, 1764, p. 21)

Dessa forma, ao considerar tanto as matizes conceituais materiais como as matizes processuais, pode-se concluir que o direito ao silêncio representa uma garantia estruturante de um sistema processual que almeja ser democrático, dado que ele compreende: 1) o reconhecimento de conteúdos substanciais mínimos indissociáveis da organização um Estado de Direito democrático, como a liberdade individual, a dignidade humana, a autodeterminação, a proibição da tortura; 2) bem como, o reconhecimento de regras processuais essenciais para a estruturação de um sistema punitivo justo, como o direito de defesa, de presunção de não culpabilidade, de proibição de produção de prova contra si mesmo (BOTTINO, Thiago. Direito ao silêncio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 33-49).

Em sua origem, o direito ao silêncio advém do princípio latino do *nemo tenetur se detegere* que, em sentido literal, significa "ninguém está obrigado a se descobrir". O brocado expressa-se, igualmente, pelas formulações *nemo tenetur se ipsum accusare* (ninguém está obrigado a se autoacusar), *nemo tenetur contra se facere* (ninguém é obrigado a agir contra si mesmo), *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém está obrigado a revelar a sua torpeza).

Atribui-se a máxima a São João Crisóstomo, patriarca da Igreja de Constantinopla, que, no final do século IV e início do século V, ao comentar a carta de São Paulo aos Hebreus, preconizou que nenhuma pessoa é obrigada a trair-se em público, mas somente a revelar suas ações perante Deus (MELO, Bernardo Carvalho de. Princípio *nemo tenetur se detegere*. Vedação à autoincriminação e direito ao silêncio na ordem processual penal constitucional, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 95; QUEIJO, Maria Elizabeth. O Direito de não produzir prova contra si

mesmo. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 28).

Na Idade Média o direito ao silêncio foi mencionado no Manual Processual do *ius commune* europeu, o *Speculum Judiciale*, compilado por William Durantis, em 1296. Segundo a previsão do referido Manual, ninguém era obrigado a se colocar em posição de se autoincriminar. O princípio foi acolhido por diversos comentadores do período e adotado por manuais da Europa continental nos séculos XVI e XVII (QUEIJO, Maria Elizabeth. 2012, p.36; MELO, Bernardo Carvalho de. 2019, p. 95)

Contudo, nada obstante a presença no medievo, as práticas relativas ao direito ao silêncio não tiveram êxito nesse período. Isso porque o direito ao silêncio tinha como pano de fundo o sistema penal inquisitivo — que enxergava a confissão como a "rainha" das provas, colocava o suspeito como objeto do processo e permitia a tortura como prática estatal — adotado pelo direito canônico e que encontrou eco nas diversas legislações laicas da Europa Continental.

Na Itália, no século XIV, o processo inquisitivo estava difundido. O interrogatório era feito na presença do juiz e a tortura estava era autorizada antes ou depois do ato processual. Permitia-se igualmente que fossem feitas promessas pelo inquiridor como forma de estimular a confissão. Na Espanha, de igual modo, a *Ley de Las Siete Partidas*, de 1263, autorizava o emprego da tortura para obtenção da verdade pelo julgador. Na Alemanha, a tortura para a confissão foi aquiescida pela *Lex Carolina* de 1503. Por sua vez, na França, a *Ordonnance sur la procédure criminelle*, de 1670, ao consagrar um sistema inquisitivo penal, previu que o interrogatório era obrigatório e que a tortura estava autorizada no caso de forte suspeita da prática de crime punido com a pena de morte (MELO, Bernardo Carvalho de. 2019, p. 98-99).

Somente com as Revoluções Iluministas e a adoção de um sistema de matiz acusatória — em que o indivíduo passa a participar ativamente do desenvolvimento e conformação do processo como sujeito de direitos e não mais como objeto do processo — que o direito ao silêncio ganha destaque ao se caracterizar como uma marca indelével do processo penal

de estrutura acusatória, como destaca Manuel da Costa Andrade na obra "Sobre as proibições de prova em processo penal":

> O princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* ganha, assim, o significado de uma decisiva pedra de toque, imprimindo carácter e extremando entre si os modelos concretos de estrutura processual. Bem podendo, por isso, figurar como critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório. Não devendo, pois, estranhar-se que as grandes linhas de clivagem e de afrontamento que marcaram a evolução histórica das instituições processuais penais se tenham invariavelmente repercutido neste tópico. Resumidamente, se a consagração mais ou menos explícita do princípio configura uma das marcas irrenunciáveis do processo penal de estrutura acusatória, já a sua denegação anda incidivelmente associada às históricas do processo inquisitório" (ANDRADE, Manuel da Costa: Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 122).

Assim, com passagem do processo penal inquisitório para o processo penal acusatório, o direito ao silêncio começa a ganhar espaço nas legislações estrangeiras.

Na Espanha, por exemplo, o direito ao silêncio está previsto expressamente na Constituição espanhola que, no art. 17.3, assegura: "Toda pessoa detida deve ser informada imediatamente e de forma compreensível dos seus direitos e dos motivos da sua detenção, não podendo ser obrigada a prestar declarações." (sem grifos no original)

Na mesma linha, o art. 24, 2, da Constituição espanhola prevê que:

> "[...] Todos têm direito a um juiz predeterminado por lei, à defesa e à assistência de um advogado, a ser informados das acusações contra eles formuladas, a um julgamento público sem

> demora injustificada e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a não depor contra si próprios, a não se confessar culpados e à presunção de inocência." (tradução livre)

No plano infraconstitucional, o Código de Processo Penal espanhol dispõe que toda pessoa a que se atribua um fato punível ou que haja sido objeto de detenção ou de qualquer outra medida cautelar poderá exercitar o direito de não prestar declarações ou de não responder a todas ou parte das perguntas formuladas, assim como de não declarar contra si mesmo (art. 118, 1, "g" e "h"). Confira-se:

> Artigo 118.
>
> 1. Toda pessoa a quem se atribua um fato punível poderá exercer o direito de defesa, intervindo nos atos processuais, desde que lhe seja comunicada a existência do processo, tenha sido objeto de detenção ou de qualquer outra medida cautelar, ou tenha sido decretado o seu indiciamento, devendo, para tanto, ser informada, sem demora injustificada, dos seguintes direitos:
>
> [...]
>
> g) Direito de permanecer em silêncio e de não prestar declaração caso não deseje fazê-lo, bem como de não responder a uma ou algumas das perguntas que lhe forem formuladas.
>
> h) Direito de não depor contra si mesma e de não se declarar culpada. (livre tradução)

O Código de Processo Penal da Espanha ainda prevê de forma expressa que toda pessoa detida ou presa será notificada por escrito, em linguagem simples e acessível, em idioma que compreenda e de maneira imediata, dentre outros, do direito de permanecer em silêncio, do direito

de constituir advogado ou de solicitar assistência jurídica gratuita caso não possua recursos próprios:

> Artigo 520.
>
> Toda pessoa detida ou presa será informada por escrito, em linguagem simples e acessível, em idioma que compreenda e de forma imediata, sobre os fatos que lhe são imputados e os motivos que justificam sua privação de liberdade, assim como sobre os direitos que lhe assistem, especialmente os seguintes:
>
> a) Direito de permanecer em silêncio, de não prestar declaração caso não deseje, de não responder a uma ou algumas das perguntas que lhe forem formuladas ou de manifestar que só prestará declaração perante o juiz.
>
> b) Direito de não depor contra si mesmo e de não se declarar culpado.
>
> c) Direito de nomear advogado, sem prejuízo do disposto no item 1.a) do artigo 527, e de ser assistido por ele sem demora injustificada. No caso de que, por motivo de distância geográfica, não seja possível a assistência imediata do advogado, será facultada ao detido a comunicação telefônica ou por videoconferência com este, salvo se tal comunicação for impossível.
>
> d) Direito de acessar os elementos dos autos que sejam essenciais para impugnar a legalidade da detenção ou privação de liberdade.
>
> e) Direito de que um familiar ou pessoa indicada por ele seja informado, sem demora injustificada, sobre sua privação de liberdade e o local de custódia em que se encontra. Os estrangeiros terão o direito de que tais circunstâncias sejam comunicadas ao consulado de seu país.
>
> f) Direito de comunicar-se por telefone, sem demora

> injustificada, com um terceiro de sua escolha. Essa comunicação será realizada na presença de um agente policial ou, se for o caso, de um funcionário designado pelo juiz ou pelo promotor, sem prejuízo do disposto no artigo 527.
>
> g) Direito de ser visitado pelas autoridades consulares de seu país, de comunicar-se com elas e de manter correspondência.
>
> h) Direito de ser assistido gratuitamente por um intérprete, quando se tratar de estrangeiro que não compreenda ou não fale o espanhol ou o idioma oficial da atuação correspondente, bem como no caso de pessoas surdas ou com deficiência auditiva, ou de outras pessoas com dificuldades de linguagem.
>
> i) Direito de ser examinado por médico legista ou por seu substituto legal e, na falta deste, por profissional da instituição em que se encontre, ou por outro vinculado ao Estado ou a outras Administrações Públicas.
>
> j) Direito de solicitar assistência jurídica gratuita, incluindo o procedimento para tanto e as condições para obtê-la.

Na Itália, embora o direito ao silêncio não esteja previsto de forma expressa na Constituição, a Corte Constitucional reconheceu sua estatura constitucional derivada do direito de defesa previsto art. 24 da Constituição italiana. A seu turno, o direito ao silêncio encontra previsão em lei infraconstitucional. O Código de Processo Penal italiano, em seu artigo 64, prevê que qualquer pessoa sujeita à investigação ou detida por qualquer motivo pode exercer o direito de não ser interrogada.

Ademais, segundo a lei processual penal italiana, mesmo com o consentimento da pessoa interrogada, não podem ser utilizadas técnicas capazes de influenciar sua liberdade de autodeterminação ou de alterar

sua capacidade de recordar ou de avaliar os fatos. A lei italiana também dispõe que, antes de iniciar o interrogatório, o interrogando deve ser cientificado da faculdade de não responder a qualquer pergunta e que a falta de comunicação do direito ao silêncio implica a inutilização das declarações da pessoa interrogada.

Sobre o tema, a Corte Constitucional Italiana reconheceu que a proteção eficaz do direito ao silêncio somente ocorre quando o arguido é advertido explicitamente do direito de não responder perguntas:

> "A Constituição e as normas internacionais de proteção aos direitos humanos permitem [...] que se possa impor a uma pessoa suspeita de ter cometido um crime o dever de indicar à autoridade persecutória os seus dados pessoais (nome, sobrenome, local e data de nascimento), mas não a obrigação de fornecer informações adicionais de carácter pessoal, uma vez que não existe qualquer obrigação de o suspeito ou acusado cooperar com a investigação e a ação penal. Para garantir uma proteção eficaz deste direito, é, portanto, necessário advertir explicitamente o suspeito ou arguido do direito de não responder também a estas perguntas; e é igualmente necessário excluir a sua punibilidade no caso de respondê-las falsamente, quando não tiver sido devidamente advertido dessa faculdade." (*Ufficio Comunicazione e Stampa della Corte costituzionale*. Palazzo della Consulta. Sentença n. 111, de 6 de abril de 2023, Redator Francesco Viganò) (livre tradução).

Na França, o direito ao silêncio também está garantido nos artigos 114 e seguintes do Código de Processo Penal francês. A lei processual dispõe que toda pessoa suspeita de ter cometido uma infração penal tem o direito de permanecer em silêncio e que suas declarações nunca serão feitas sob o compromisso de dizer a verdade. Ademais, o interrogatório não pode se realizar sem a presença de um advogado, ainda que o interrogado disponha desse direito.

Em Portugal, o direito ao silêncio não está previsto expressamente na Constituição. Entretanto, o Tribunal Constitucional Português compreende que o direito ao silêncio integra as garantias do direito de defesa no processo criminal previsto no art. 31.1 da Constituição de Portugal (Cf. Acórdãos 155/2007, 181/2005).

Por seu turno, o direito ao silêncio está previsto de forma expressa na lei processual penal portuguesa. O art. 61.1 do Código de Processo Penal prevê que o arguido, em qualquer fase do processo, goza dos direitos de "ser informado dos factos que lhe são imputados antes de prestar declarações perante qualquer entidade"; "não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar"; "constituir advogado ou solicitar a nomeação de um defensor; "ser assistido por defensor em todos os actos processuais em que participar e, quando detido, comunicar, mesmo em privado, com ele".

Em acréscimo, o Código de Processo Penal português prevê que o arguido tem o direito "de ser informado, pela autoridade judiciária ou pelo órgão de polícia criminal perante os quais seja obrigado a comparecer, dos direitos que lhe assistem". (art. 61.1. h)

A Lei Processual Penal de Portugal considera arguido "todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal" (ar.t 57. 1). Ainda segundo a legislação portuguesa é obrigatória a constituição de arguido logo que: a) "correndo inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja suspeita fundada da prática de crime, esta prestar declarações perante qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal"; b) "tenha de ser aplicada a qualquer pessoa uma medida de coação ou de garantia patrimonial [...].º; c) "um suspeito for detido, nos termos e para os efeitos previstos nos artigos 254.º a 261.º [prisão em flagrante ou preventiva]; ou d) "for levantado auto de notícia que dê uma pessoa como agente de um crime e aquele lhe for comunicado, salvo se a notícia for manifestamente infundada" (art. 58.1).

Além disso, o Código de Processo Penal de Portugal determina que

"a constituição de arguido implica a entrega, sempre que possível no próprio ato ou sem demora injustificada, de documento de que constem a identificação do processo e do defensor, se este tiver sido nomeado, e os direitos e deveres processuais referidos no artigo 61.º [dentre eles, o direito ao silêncio]."

Por sua vez, nos Estados Unidos, o direito ao silêncio está previsto expressamente na 5ª Emenda à Constituição estadunidense, segundo a qual nenhuma pessoa "será obrigada, em qualquer processo criminal, a testemunhar contra si próprio, nem será privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal".

Ainda que seja uma garantia constitucional de 1791, o direito ao silêncio não recebeu muita atenção nos Estados Unidos até o movimento pelos direitos civis dos anos 60. Nesse período, em 1694, no caso Escobedo v. Illinois, a Suprema Corte dos Estados Unidos, compreendeu que a Constituição do país não adotou um sistema de justiça criminal que depende da confissão do suspeito, sobretudo quando não há a observância dos direitos constitucionais. Segunda a Corte, a confissão extraída de qualquer pessoa considerada suspeita da prática de um crime, ainda que não tenha sido formalmente indiciada ou acusada, não é admissível, sem que antes tenha sido avisada do seu direito constitucional de guardar silêncio ou que tenha tido oportunidade para consultar com um advogado:

> "nenhum sistema de justiça penal pode, ou deve, sobreviver se depender, para a sua eficácia contínua, da abdicação dos cidadãos, por desconhecimento, dos seus direitos constitucionais. Nenhum sistema que valha a pena preservar deverá ter de recear que, se for permitido a um arguido consultar um advogado, este venha a conhecer e a exercer esses direitos. [...] Se o exercício dos direitos constitucionais comprometer a eficácia de um sistema de aplicação da lei, então há algo de muito errado com esse sistema." (Suprema Corte dos Estados Unidos. Caso Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478,

1964)

Posteriormente, em 1966, no caso Miranda v. Arizona, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu o direito ao silêncio como uma garantia fundamental exigível desde o momento da detenção policial. Para a Corte, devido à natureza coercitiva do interrogatório policial, nenhuma declaração feita pelo detido seria válida se ele não fosse previamente informado sobre o direito de não se autoincriminar e de ter a assistência de um advogado.

A decisão foi construída em assento em três assertivas fundamentais que resultaram nos denominados Avisos de Miranda: 1) a garantia contra a autoincriminação é aplicável tanto em procedimentos judiciais quanto extrajudiciais, e tem por finalidade proteger o indivíduo contra qualquer forma de indução ou coerção que o leve a produzir prova contra si mesmo; 2) quando uma pessoa é colocada sob custódia policial — ou seja, retirada de seu ambiente familiar e mantida sob controle de agentes estatais que representam uma força oposta à sua — estabelece-se, inevitavelmente, um cenário de intimidação e coação, de sorte que, nesse contexto, qualquer declaração obtida deve ser considerada inadmissível, pois presume-se viciada pela pressão inerente à situação; 3) de modo a evitar que tal intimidação leve à autoincriminação, é imprescindível a adoção de procedimentos que assegurem ao suspeito o pleno conhecimento de seus direitos, por meio de avisos expressos de que: 3.1. ele tem o direito de permanecer em silêncio; 3.2. a advertência de que, caso renuncie ao direito ao silêncio, tudo o que disser poderá ser utilizado contra si em processo criminal; 3.3. o direito de consultar um advogado antes do interrogatório e de contar com sua presença durante o ato; 3.4. o direito à assistência de um defensor público, caso não tenha condições de arcar com os custos de um advogado particular. (Cf.: BOTTINO, Thiago. Ob. cit., p. 62)

Nas palavras de Earl Warren:

"Na ausência de outras medidas eficazes, devem ser

> adotados os seguintes procedimentos para salvaguardar o direito contra a autoincriminação previsto na Quinta Emenda: A pessoa detida deve, antes do interrogatório, ser claramente informada de que tem o direito de permanecer em silêncio e que tudo o que disser poderá utilizado contra ela em tribunal; deve ser claramente informada de que tem o direito de consultar um advogado e de o ter consigo durante o interrogatório e que, se não tiver recursos, ser-lhe-á nomeado um advogado para o representar." (Suprema Corte dos Estados Unidos. Caso Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966)

Ainda, segundo a Suprema Corte dos Estados Unidos, "se o detido indicar, antes ou durante o interrogatório, que deseja manter o silêncio, o interrogatório deve ser interrompido ou se a pessoa declarar que quer um advogado, o interrogatório deve cessar até que um advogado esteja presente". Ademais, "quando o indivíduo responde a algumas perguntas durante o interrogatório sob custódia, não renunciou ao seu privilégio e pode invocar o seu direito de permanecer em silêncio posteriormente". (Suprema Corte dos Estados Unidos. Caso Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

A par disso, outro importante apontamento feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos na referida decisão diz com ônus do Estado-acusador em provar que as salvaguardas procedimentais foram observadas na colheita das declarações do arguido. Para o Tribunal, "quando um interrogatório é realizado sem a presença de um advogado e um depoimento é colhido, recai sobre o Estado o pesado ônus de demonstrar que o arguido renunciou consciente e inteligentemente ao seu direito a um advogado." Por fim, "as advertências exigidas e a renúncia necessária são, na ausência de um equivalente totalmente efetivo, pré-requisitos para a admissibilidade de qualquer declaração, inculpatória ou exculpatória, feita por um arguido." (Suprema Corte dos Estados Unidos. Caso Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

O direito ao silêncio também recebeu importância no contexto sul-americano. A Constituição Nacional da Argentina previu em seu art. 18 que "ninguém pode ser obrigado a declarar contra si mesmo". No tocante à garantia do direito ao silêncio, o Código de Processo Penal argentino ainda proíbe que as autoridades policiais tomem declarações do detido e prevê que somente podem ser feitas perguntas para constatar a identidade deste, desde que sejam lidos previamente seus direitos e garantias (art. 184).

Os tribunais argentinos, por sua vez, quando se trata de declarações prestadas à autoridade policial por detidos, ora aceitam a validade dessas, mas atribuindo-lhe um valor probatório inferior ao da confissão judicial, ora rejeitam-nas por violação à lei nacional. Há situações também em que se admitem essas declarações, porém desde que haja prova da espontaneidade.

Sobre declarações prestadas a policiais, no caso Quezada, a Suprema Corte Argentina reformou uma condenação judicial baseada em confissão policial. Para a Corte, não havia tecnicamente prova de uma confissão na forma prevista pela lei processual penal. Além disso, as declarações do acusado não estavam corroboradas por outros elementos de prova. Para a Corte, ainda que se pudesse admitir a validade de declarações prestadas a policiais para fins de investigação, sobretudo no caso de territórios mais distantes e afastados, "as declarações feitas pelos acusados não têm valor de prova de confissão, pois o Código só admite a confissão judicial, e esta só pode ser prestada perante o Juiz competente e com os requisitos por ele indicados. Tais declarações só podem ter valor de indício, desde que concordem com outros elementos de prova." (Suprema Corte Argentina. Caso Quezada, Fallos-CSJN, 185:75)

Por outro lado, no caso "Montenegro", FaZZos-CSJiV; 303:1938, a Corte Suprema Argentina entendeu que declarações prestadas a autoridades policiais não são admissíveis e não possuem sequer valor de prova indiciária. Para a Corte, essas declarações violam a garantia do direito ao silêncio prevista na Constituição Argentina, como também

comprometem a boa administração da justiça ao pretender fundar uma condenação com base em uma prova ilegal.

1.1 O DIREITO AO SILÊNCIO NO DIREITO INTERNACIONAL

No direito internacional, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, assegura a "cada indivíduo acusado de um crime", dentre as garantias processuais mínimas para o exercício do direito de defesa, a de "não ser constrangido a depor contra si mesmo ou a confessar-se culpado" (art. 14, incs. II e III, g).

Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em 22 de novembro de 1969, e em vigor no Brasil desde 25 de setembro de 1992, assegura "a toda pessoa acusada de delito", entre outras garantias mínimas, "o direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada" (art. 8." inc. II, g).

No âmbito jurisprudencial, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar o referido dispositivo, assevera que a observância do direito ao silêncio, da assistência oportuna a um defensor e da informação dos motivos que ensejaram o procedimento policial são indispensáveis para a consolidação do devido processo legal e do Estado de Direito (Caso Tibi Vs. Equador, de 7 de setembro de 2004).

Na mesma direção, a Corte Interamericana assenta que declarações colhidas sem que haja prévia informação sobre o direito de permanecer calado e de não se autoincriminar violam a garantia do direito ao silêncio prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Caso Palamara Iribarne vs. Chile, 2005).

Por sua vez, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconhece que o direito ao silêncio e a garantia da não-autoincriminação são normas internacionais que compõem o cerne do direito a um processo equitativo

e justo, ainda que o direito ao silêncio não esteja mencionado especificamente na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Dessa forma, para o Tribunal Europeu, toda pessoa tem o direito de permanecer em silêncio e de não se autoincriminar (O'Halloran and Francis v. the United Kingdom [GC], 2007, § 45; Funke v. France, 1993, § 44). Além disso, consoante a Corte europeia, o direito ao silêncio, ao proporcionar ao arguido a proteção contra a coação indevida das autoridades, contribui para evitar erros judiciais e para garantir os objetivos de um processo justo e equitativo (John Murray v. Reino Unido [GC], 1996, § 45; Bykov v. Rússia [GC], 2009, § 92).

Ademais, segundo o Tribunal Europeu, o direito de permanecer em silêncio aplica-se a partir do momento em que o suspeito é indagado pela polícia (John Murray v. Reino Unido [GC], 1996, § 45), bem como que a pessoa suspeita tem o direito de ser expressamente notificada dessa garantia. (Ibrahim and Others v. Reino Unido [GC], 2016, § 272). O Tribunal Europeu de Direitos Humanos ainda assegura o direito de a pessoa sob custódia policial ser assistida por um advogado sempre que interrogada (Ibrahim e outros v. Reino Unido [GC], 2016, § 272).

Por fim, consoante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a importância de informar o suspeito do direito de permanecer em silêncio é tamanha que, ainda que ele opte voluntariamente por prestar declarações à polícia após ser advertido de que as suas palavras poderão ser utilizadas como prova contra si, essa escolha não poderá ser considerada plenamente informada se o suspeito não for expressamente notificado do direito de permanecer em silêncio e se a decisão for tomada sem a presença de um advogado (Stojkovic c. França e Bélgica, 2011, § 54).

2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

De maneira similar ao que ocorreu em outros países, o direito ao

silêncio sofreu transformações no sistema normativo-jurídico brasileiro.

No Brasil, as primeiras leis a vigorarem foram as Ordenações Afonsinas de 1446, seguidas pelas Ordenações Manuelinas de 1521, que vigiam em Portugal na época. Embora as Ordenações Manuelinas reconhecessem uma forma de direito ao silêncio ao afirmar que "no feito crime não é a parte obrigada a depor aos artigos que contra ela forem dados", tanto estas quanto as Ordenações Afonsinas contemplavam as chamadas inquirições devassas. Esse sistema de inquirições permitia ao juiz, após ouvir as testemunhas e considerar que a acusação estava provada, submeter o réu a tormentos físicos para obter sua confissão (MELO, Bernardo Carvalho de. Ob. Cit. p. 100).

Em 1603, passaram a vigorar no Brasil as Ordenações Filipinas, as quais também legitimavam o uso da tortura — denominada de "tratos no corpo" — como meio para obter a confissão do acusado. Ela era empregada com maior frequência contra escravizados ou indivíduos desprovidos de nobreza (MELO, Bernardo Carvalho de. Ob. Cit. p. 100).

O Brasil esteve sob a égide da legislação portuguesa até sua independência em 1822. Em 25 de março de 1824, Dom Pedro I outorgou a Constituição do Império, que, inspirada pelo liberalismo e iluminismo, proibiu a prática da tortura. Assim era a redação do art. 179, inciso XIX:

> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
>
> XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis.

As Ordenações Filipinas, contudo, permaneceram em vigor no âmbito processual penal até a promulgação do Código de Processo Criminal do Império de 1832. O interrogatório foi reconhecido como um ato de defesa, na medida em que as perguntas eram limitadas ao previsto

na lei processual e tinham por finalidade provar a inocência do réu. Ensinava José Antônio Pimenta Bueno em análise sobre a Constituição do Império:

> "[...] o juiz de direito não deve por modo algum dirigir perguntas insidiosas ao acusado, deixar entrever promessas de absolvição ou ameaças para seduzi-lo e arrancar confissão porventura falsa; não deve envolvê-lo em contradições ou abusar do seu talento, gerando no júri prevenções nocivas à defesa. Pelo contrário, deve mostrar-se imparcial como a lei, de quem é órgão, e isento de ódio e compaixão. Se nossa legislação quisesse obrigar um homem a acusar a si próprio, falsearia os princípios da sã razão e humanidade, que servem de base às instituições de nossa Pátria. Ela aboliu os tormentos, os tratos do corpo e da alma em toda sua extensão" (BUENO, José Antônio Pimenta. Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 422-423).

Com a Proclamação da República, a Constituição de 1891, a par de ter mantido a proibição da tortura e proscrito pena de morte e de banimento judicial, assegurou o direito de defesa, mas sem tratar de forma específica do direito ao silêncio:

> Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)
>
> [...]
>
> § 16. Aos accusados se assegurara na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a

> nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

Sob égide da Constituição de 1891, os Estados-membros passaram a ter autonomia para legislar sobre direito processual penal. O interrogatório e o direito ao silêncio não receberam tratamento uniforme. Enquanto em estados como Minas Gerais, Ceará e Sergipe, o interrogatório era disciplinado como tópico da "formação da culpa" e nada se falava sobre o direito ao silêncio, em outros, como Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Paraná, o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo do réu (COUCEIRO, João Cláudio. A garantia Constitucional do Direito ao Silêncio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 109).

As Constituições Federais de 1934 e 1937 restauraram a unidade processual. Os diplomas constitucionais não trataram do direito ao silêncio, embora tenham assegurado a ampla defesa aos acusados no processo penal (arts. 113, alínea 24, CF/31 e 122, alínea 11, CF/37 — dispositivo posteriormente suspenso pelo Decreto n. 10.358/42 de Getúlio Vargas).

Em 3 de outubro de 1941, o Decreto-Lei 3.689 instituiu um novo Código de Processo Penal para o Brasil. O art. 186, ao tratar de maneira específica do direito ao silêncio, previu que, conquanto o réu não estivesse obrigado a responder as perguntas formuladas, o seu silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa:

> "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."

O art. 189 do CPP ainda dispôs que "o silêncio do acusado não

importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz."

A exposição de motivos do Código de Processo de Processo Penal de 1941, elaborada por Francisco Campos, foi assim redigida nessa parte:

> "Outra inovação, em matéria de prova, diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o princípio de que *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer se, mas uma franca oportunidade de obtenção de prova. É facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, **e se é certo que o silêncio do réu não importará confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, a formação do convencimento do juiz**." (sem grifo no original)

As Constituições de 1946 e de 1967, bem como a Emenda Constitucional n. 1 de 1969 não abordaram explicitamente o direito ao silêncio. No entanto, previram a defesa plena aos acusados com todos os meios e recursos essenciais a ela (art. 141, §26, CF/46; art. 150, § 15, CF/67; art. 153, § 15, EC/69).

A primeira Constituição a prever de forma expressa o direito ao silêncio foi a de 1988. Em seu art. 5º, inciso LXIII, a Constituição de 1988 dispôs que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". Além disso, a Constituição previu, no inciso LV do art. 5º, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", bem como reforçou o modelo

processual acusatório ao dispor competir privativamente ao Ministério Público a iniciativa da ação penal pública (art. 129, I, CF).

Nas Atas da Assembleia Nacional Constituinte colhe-se manifestação de Cândido Mendes sobre o direito ao silêncio, o qual não pode ser considerado como incriminatório:

> A Comissão de Direitos Humanos e a de Justiça e Paz puderam, muitas vezes, encontrar essa violência continuada, mesmo que tenhamos espancado o problema, ou o horror, do pseudocrime político, que hoje continua nos inquéritos policiais. Como trazer a nossa experiência em alguns princípios, dentro dos quais o problema do direito do preso e o problema, sobretudo – já que não se pode evitar – ao nefando inquérito policial, para que se estabeleçam algumas novas garantias, de modo a poder, efetivamente preservá-lo? Quais são essas garantias? **Primeiro, e essa é a grande lição da Suprema Corte Americana, é presumir-se que o silêncio do detido não é por si mesmo incriminatório. Essa é a maneira de se acabar com o crime do camburão, ou seja: com a pancadaria, para que se possa extrair determinadas frases ou palavras que se transformam, sob coação das mais arbitrárias, em veredicto e em libelo para a efetiva escarmentação de um possível condenado.** Que se identifiquem os interrogadores, que se possa, sobretudo, permitir que o advogado de defesa do preso seja de sua escolha, que se comunique à família o local da detenção e que se inverta a presunção que hoje caracteriza a posição do Estado dentro da limitação dos direitos das pessoas. E qual é? É a de que hoje se presume a culpabilidade, não a inocência. (Cândido Mendes. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (ATAS DE COMISSÕES) (sem grifo no original)

Após o advento da Constituição de 1988, com o reforço do modelo

acusatório, em 1° de dezembro de 2003, a Lei 10.702 alterou a redação do art. 186 do Código de Processo Penal. A modificação explicitou o dever de informar sobre o direito ao silêncio, bem como alterou a disciplina anterior para assentar que o silêncio não pode ser interpretado em prejuízo à defesa do seu titular:

> Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.
>
> Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

No âmbito da jurisdição constitucional, este Supremo Tribunal Federal teve papel importante no desenvolvimento da garantia do direito ao silêncio. Em diversos precedentes, esta Corte decidiu que o exercício do direito ao silencio não autoriza a imposição ou a ameaça de imposição por parte do Estado de qualquer medida restritiva às liberdades públicas daquele que invocou essa garantia constitucional (HC 79.812-SP, rel. min. Celso de Mello, julgado em 08/11/2000; HC 79.859, rel. min. Octavio Gallotti, julgado em 05/04/2020).

Também assentou que, em virtude do princípio constitucional do *nemo tenutur se detegere*, o exercício do direito ao silêncio não implica assunção de culpa por parte do seu titular, bem como que não pode ser extraída qualquer consequência desfavorável do seu exercício pelo detentor. Nessa linha, o Tribunal ressaltou que o declarante possui o direito de não ver interpretado contra si o seu silêncio (HC 84.517, 1ª Turma, julgado em 19/04/2004, rel. min. Sepúlveda Pertence).

De igual modo, esta Corte assentou que a parte final da antiga redação do art. 186 do CPP — que previa que o silêncio do acusado poderia ser interpretado contra seus interesses — não foi recepcionada

pela Constituição Federal (RCrim 199.570, 2ª Turma, rel. min. Marco Aurélio).

Igualmente, em sua contribuição para o reforço da garantia do direito do direito ao silêncio, este Supremo Tribunal Federal deliberou que o acusado possui a prerrogativa processual de negar, ainda que falsamente, a prática do crime e que esse comportamento não pode ser utilizado para agravar a pena em caso de condenação judicial (HC 68.742, Plenário, rel. min. Ilmar Galvão julgado em 28/06/1991; HC 68929, rel. min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 22/10/1991).

Por fim, este Tribunal também decidiu que a recusa do acusado em colaborar com a instrução criminal não é motivo para a decretação de prisão cautelar em razão da garantia constitucional do direito ao silêncio, o qual garante ao réu o direito não produzir prova contra si (HC 79.781, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18/04/2000).

3.1 A DIMENSÃO SUBJETIVA DO DIREITO AO SILÊNCIO E SEU MOMENTO DE INCIDÊNCIA NA PERSECUÇÃO PENAL

A dimensão subjetiva do direito ao silêncio diz com a titularidade do direito ao silêncio. Por sua vez, o momento ou âmbito de incidência tem relação com o momento a partir do qual o direito ao silêncio deve ser garantido na persecução penal, isto é, se desde o momento da abordagem policial em caso de cumprimento de uma medida penal cautelar ou se somente na fase processual em juízo.

Como mencionado, a Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5º, inciso LXIII, dispõe que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado".

Portanto, a Constituição Federal não deixa dúvida de que o preso é titular do direito ao silêncio. Ao fazer uso do vocábulo "preso", a Constituição expressamente protege a pessoa detida, assegurando-lhe o direito ao silêncio desde o momento da prisão por uma autoridade

estatal, mesmo antes ou fora do interrogatório.

Ademais, em vista dos princípios da não autoincriminação e do devido processo legal, o âmbito de proteção da norma constitucional não é somente aquele que esteja formalmente sob a custódia do Estado, mas qualquer pessoa que tenha a sua liberdade restringida, ainda que minimamente, pelo cumprimento de medida penal de natureza cautelar, ou qualquer pessoa que esteja diante de um questionamento para o qual a resposta possa resultar imputação criminal.

Dessa forma, a proteção constitucional conferida ao direito ao silêncio não se restringe ao preso; ao revés, o direito ao silêncio estende-se ao suspeito, ao investigado, ao indiciado, ao acusado ou a qualquer pessoa sobre a qual recaia uma medida cautelar de natureza penal — como a busca e apreensão domiciliar ou pessoal —, ou qualquer pessoa que se encontre privada de sua liberdade de ação, ainda que não incida sobre ela uma imputação formal ou que não esteja formalmente detida.

Além disso, por força do princípio da não autoincriminação, a garantia do direito ao silêncio abrange, inclusive, a testemunha, que, nesse caso, não está obrigada a responder perguntas que possam resultar-lhe em responsabilidade criminal.

A doutrina é firme quanto à ampla abrangência do direito ao silêncio. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, ao discorrer sobre a interpretação do art. 5°, inciso XI, da Constituição Federal, aponta que o texto constitucional, ao fazer referência à pessoa detida, estende-lhe o direito ao silêncio, mesmo fora e antes do interrogatório:

> "A primeira observação é a de que, aludindo ao direito ao silêncio e à assistência do advogado para o preso, a Lei Maior denota simplesmente sua preocupação inicial com a pessoa capturada: a esta, mesmo fora e antes do interrogatório, são asseguradas as mencionadas garantias. Mas isto não pode, nem quer dizer que ao indiciado ou acusado que não esteja preso não seja estendida a mesma proteção, no momento maior da autodefesa, que é o interrogatório." (GRINOVER, Ada

> Pellegrini. O Processo - III Série Estudos e Pareceres de Processo Penal. Gazeta Jurídica: Brasília, 2013, p. 64).

De igual modo, Paulo Mário Canabarro Trois Neto, na obra intitulada "Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio", assinala que a previsão constitucional do direito ao silêncio para pessoas presas não exclui sua titularidade por pessoas em liberdade, nem impede que, com fundamento em outras normas constitucionais, como o devido processo legal e a presunção de inocência, reconheça-se a toda pessoa o direito de não se autoincriminar:

> "A garantia de que o preso será cientificado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, não significa que pessoas livres também não possam titularizá-los, nem limita o intérprete quanto à extensão de direitos cuja base se assenta ou se conecta em diversas outras normas. Deveras, a existência de uma regra destinada a garantir o exercício do direito definitivo de o indivíduo não responder às perguntas que lhe forem feitas, enquanto durar a condição de "preso", não impede que outras normas constitucionais, expressadas em diferentes enunciados normativos, e interpretadas de acordo com uma determinada tradição jurídica, sejam postas em relação umas com as outras, e que delas se extraia o direito prima facie de toda pessoa, mesmo em liberdade, de não contribuir de qualquer forma para sua própria condenação, seja por meio de declarações, seja por outras formas de autoincriminação. A norma que assegura uma posição individual de não colaboração do acusado em face do Estado-persecutor reside na união de diversos enunciados constitucionais, dentre os quais o do art. 1º, III (dignidade humana), do art. 5º, LIV (devido processo legal), do art. 5º, LV (ampla defesa), e do art. 5º, LVII (presunção de inocência)" (TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Direito à não

> autoincriminação e direito ao silêncio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107-111) .

Na mesma direção, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, ao comentar o referido dispositivo constitucional, ressalta que o titular do direito ao silêncio não é somente o preso, mas toda pessoa, ainda que em liberdade, por força dos princípios constitucional da ampla defesa e presunção de inocência:

> "O dispositivo comentado cuida, apenas, do direito ao silêncio do preso, mas tal direito deve ser estendido a todo acusado em processo criminal, por ser uma decorrência dos princípios da ampla defesa e o da presunção de inocência, que impõe que todo o ônus probatório seja do acusador" (CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Comentário ao artigo 5°, LXIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.) et al. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 458).

Em igual teor, João Cláudio Couceiro anota que a garantia constitucional do direito de permanecer calado aplica-se a toda pessoa suspeita da prática de uma infração penal, e não somente ao preso:

> "Embora a Constituição no art. 5º, inciso LXII, fale em 'preso', a garantia deve ser estendida para toda e qualquer pessoa suspeita da prática de infração penal, não apenas àqueles que estão presos. Afinal, em se tratando de uma garantia individual, a aplicação do princípio da isonomia é corolário do próprio espírito da Carta Magna." (COUCEIRO, João Cláudio. A garantia Constitucional do Direito ao Silêncio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 185).

Na mesma linha, Maria Elizabeth Queijo, ao discorrer sobre o direito de não produzir prova contra si, assevera que "todos aqueles que possam autoincriminar-se por meio de declarações prestadas perante a autoridade têm o direito de calar". Para a autora:

> "não é somente o indiciado ou o acusado em processo penal que tem direito ao silêncio. Igualmente, o averiguado ou suspeito, contra o qual ainda não existem indícios convergentes de autoria de infração penal faz jus ao direito ao silêncio. À testemunha também se reconhece esse direito. Entretanto, o suspeito ou indiciado e o acusado, em processo penal, podem exercê-lo com relação a todas as perguntas formuladas. A testemunha, por sua vez, tenho dever de dizer a verdade sob pena de falso testemunho.
>
> Desse modo, quanto a ela, somente incidirá o direito ao silêncio com referência às perguntas cujas respostas conduzam à sua autoincriminação." (QUEIJO, Maria Elizabeth, ob. Cit., p. 239-240).

Por sua vez, no tocante ao seu âmbito de incidência, o direito constitucional ao silêncio incide desde o momento em que o indivíduo é abordado pela autoridade policial em atividade repressiva ou investigativa, e não somente no momento do interrogatório. É justamente no momento da detenção ou abordagem policial que a garantia constitucional assume maior relevância, por se tratar de uma situação em que o poder estatal se intensifica e a vulnerabilidade do indivíduo é acentuada. Tanto é assim que a Constituição Federal assegura o direito ao silêncio expressamente ao "preso", ou seja, ao indivíduo no momento da prisão — e não apenas ao "interrogando", durante o interrogatório.

Além disso, a garantia do direito ao silêncio estende-se por toda a fase inquisitorial e judicial, bem como deve ser renovada sempre que o indivíduo for indagado a respeito das suspeitas que recaem contra si.

Nesse sentido, com relação ao momento de incidência, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Maurício Zanoide de Moraes afirmam que o direito constitucional ao silêncio deve ser conferido ao indivíduo desde o momento da detenção policial:

> "Cremos que, desde o momento da prisão, deve ser conferido e assegurado ao indivíduo o direito ao silêncio, e nada do que vier a dizer, sem que seja alertado de seu direito constitucional, poderá ser utilizado contra si." (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes. In: Revista dos Tribunais: Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 2 - n. 6 - abril-junho – 1994, p. 141.

De igual modo, João Cláudio Couceiro assevera que o imputado deve ser advertido quanto ao direito ao silêncio sempre que for realizada sua oitiva, e não somente no interrogatório pelo Delegado ou pelo Juízo:

> "O direito ao silêncio abrange não só os interrogatórios formais, como também toda a oitiva do imputado realizada informalmente perante qualquer autoridade com atribuição para investigar (delegado de polícia promotor de justiça, ou qualquer outra autoridade administrativa, além do juiz de direito, evidentemente): Sempre que for dada ao imputado a oportunidade de se manifestar, deve ser ele advertido de seu direito ao silêncio." (COUCEIRO, João Cláudio. A garantia Constitucional do Direito ao Silêncio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 192).

Na mesma linha, Maria Elizabeth Queijo afirma que o direito ao silêncio incide em todas as fases procedimentais em que a pessoa é interrogada, sobretudo em interrogatórios realizados na fase inquisitorial em que o indivíduo fica mais vulnerável quer pelo ambiente policial, quer

pela proximidade temporal em relação ao fato supostamente criminoso:

> "para que o princípio nemo tenetur se detegere seja efetivamente tutelado no interrogatório, em dado ordenamento jurídico, mister que se reconheça o direito ao silêncio em todas as fases procedimentais nas quais o acusado for interrogado.
>
> Em todos os interrogatórios deverá ser respeitado o direito ao silêncio, mesmo que, em algum deles, ele tenha respondido às indagações.
>
> Assim, nos interrogatórios a cargo da polícia ou do Judiciário deverá ser observado o direito ao silêncio.
>
> Tal observância impõem se com maior rigor ainda nos interrogatórios realizados pelas autoridades policiais. É que, nas dependências policiais, o indivíduo fica mais vulnerável, quer pelo ambiente, quer pela proximidade temporal em relação ao fato (no caso da prisão em flagrante), quer pela ausência de defensor." (QUEIJO, Maria Elizabeth. Ob. Cit., p. 236-237).

Tal como a doutrina, a compreensão deste Supremo Tribunal Federal, com relação à dimensão subjetiva do direito ao silêncio e seu momento de incidência, é firme no sentido de que a garantia do direito de permanecer calado e de não produzir prova contra si, alcança toda e qualquer pessoa, seja preso, suspeito, indiciado, acusado ou testemunha. Além disso, ela incide desde o momento da abordagem policial, antes ou fora do interrogatório formal.

Já em 1992, este Tribunal, por sua Primeira Turma, em julgado relatado pelo Ministro Celso de Mello, assentou que "qualquer individuo 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." (HC 68929, Relator(a): CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 22-10-1991). Cito trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

> **A nova Lei Fundamental da República, ao delinear o quadro das liberdades públicas relativo às pessoas sujeito 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 notificados 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**.
>
> Sendo ato necessário do processo penal condenatório, o interrogatório judicial está sujeito, quanto à sua validade jurídico-formal, a observância de determinadas formalidades essenciais dentre as quais avulta por seu relevo, advertência de que o réu, regularmente cientificado da acusação, tem o direito de permanecer em silêncio, não estando, em conseqüência, obrigado a responder – sem qualquer restrição daí decorrente – às perguntas que lhe forem

formuladas.

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 seu expresso reconhecimento, constitucionalizou-se uma das expressivas consequências derivadas da cláusula '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 lhes são constitucionalmente asseguradas, o direito 'de permanecer calado'.

Esse direito que se reveste valor absoluto é plenamente oponível ao Estado e a seus 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)." (HC 68929, Relator(a): CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 22-10-1991, DJ 28-08-1992 PP-13453 EMENT VOL-01672-02 PP-00270 RTJ VOL-00141-02 PP-00512). (sem grifos no original).

Posteriormente, no ano 2000, o Tribunal Pleno assentou que o direito ao silêncio tem aplicabilidade ao preso, ao acusado, ao indiciado ou a qualquer pessoa sujeita a prestar depoimentos perante órgãos do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. Ademais, segundo o Ministro Celso de Mello, o direito ao silêncio, "enquanto poder jurídico reconhecido a

qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la *(nemo tenetur se detegere*), impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado". Confira-se:

> COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO - DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA - IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO IMPOR MEDIDAS RESTRITIVAS A QUEM EXERCE, REGULARMENTE, ESSA PRERROGATIVA - PEDIDO DE HABEAS CORPUS DEFERIDO. - **O privilégio contra a auto-incriminação** - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito - **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. Precedentes. O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (nemo tenetur se detegere) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. - Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma

> regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. (HC 79812, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 08-11-2000, DJ) (sem grifo no original)

Na mesma linha, este Tribunal Pleno, em julgado da relatoria do Ministro Octavio Gallotti, afirmou que a garantia do direito ao silêncio pode ser exercida diante de qualquer questionamento feito por autoridade pública para qual a resposta possa resultar imputação criminal contra o declarante. Nesse sentido, destacou o Tribunal que o direito de permanecer em silêncio estende-se "a qualquer indagação por parte de autoridade pública de cuja resposta possa advir a imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos". (HC 79589, Relator(a): OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 05-04-2000, DJ 06-10-2000 PP-00081 EMENT VOL-02007-02 PP-00330)

De igual modo, mais recentemente, no julgamento Recurso Extraordinário 1.158.507, o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, este Tribunal afirmou que "embora a Constituição faça referência expressa a 'preso', tem-se que o escopo da norma é proteger não somente aquele que se encontre custodiado, mas qualquer acusado ou investigado que sofra persecução pelo Estado, tendo em vista o princípio constitucional da não culpabilidade".

Com relação ao momento de incidência, esta Corte, já em 1999, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 78.708, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, afirmou que o direito à informação da faculdade de manter-se silente não se aplica somente ao interrogatório formal, mas também ao momento anterior em que eventualmente são colhidas informações preliminares do indivíduo suspeito. O Ministro Relator pontuou que não exigir o quanto antes do Estado a advertência sobre o

direito ao silêncio poderia dar margem a "indagações preliminares" prolongadas que privassem o suspeito de seus direitos fundamentais em desacordo com a Constituição Federal. Colho trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

> "é certo ainda que, na determinação do momento a partir do qual a informação do direito ao silêncio se faz exigível, não pode o aplicador da Constituição se atrelar a abstrações procedimentais de modo a reclamá-lo ao início do interrogatório formal.
>
> 'O risco a ser evitado – anota Theodomiro Dias Neto (O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e americano, Rev. Br. Ciências criminais, 1997, n. 19/179, 192) à luz da literatura e da jurisprudência alemãs – 'é que a polícia interessada na eficiência da investigação, utilize-se indevidamente do seu poder discricionário, prolongando-se mais do que o necessário na esfera das 'indagações preliminares' para evitar o momento da instrução ponto maiores esclarecimentos são necessários para evitar que as indagações informativas se constituam instrumento de manobra para privar o acusado de seus direitos. À vista disso sustenta Rogal, para que a instrução do direito ao silêncio possa cumprir com os seus objetivos é necessário que esta ocorra o quanto antes.'
>
> Essa mesma preocupação já estava presente em Miranda vs. Arizona, quando prescreveu a suprema corte que as regras então estabelecidas à instrução sobre o direito ao silêncio - a célebres Miranda rules - , aplicam se desde quando o inquirido está em Custódia ou de alguma forma se encontre significativamente privado de sua Liberdade de ação [...]"

Em igual direção, o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 80.949, também relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, reconheceu a

ilicitude de prova resultante de gravação de "conversa informal" havida em delegacia entre o indiciado e agentes polícia, em que aquele teria confessado a prática de crime. A conversa informal, considerada como um interrogatório sub-reptício, foi reputada ilícita, na medida em que realizada em desconformidade com as formalidades e requisitos procedimentais do interrogatório, entre eles, a falta da advertência — e sua documentação formal — do direito de permanecer em silencio. Confira-se a ementa do referido julgado:

> EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. **III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação -**

nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal

> cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido. (HC 80949, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30-10-2001, DJ 14-12-2001 PP-00026 EMENT VOL-02053-06 PP-01145 RTJ VOL-00180-03 PP-01001) (sem grifos no original)

Em igual direção, no julgamento da Reclamação 33.711, relatoria do Ministro Gilmar Mendes, esta Corte concluiu pela nulidade de entrevista "informal" realizada durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão, sem que se tenha advertido formalmente o sujeito passivo da diligência do direito de não produzir prova contra si e o direito de assistência à advogado:

> Reclamação. 2. Alegação de violação ao entendimento firmado nas Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 395 e 444. Cabimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deu sinais de grande evolução no que se refere à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas. No julgamento da questão de ordem em agravo regimental na Rcl 1.880, em 23 de maio de 2002, o Tribunal assentou o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízos resultantes de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à eficácia vinculante erga omnes das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado 3**. Reclamante submetido a "entrevista" durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão. Direito ao silêncio e à não autoincriminação. Há a violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação, estabelecidos nas decisões proferidas nas**

> **ADPFs 395 e 444, com a realização de interrogatório forçado, travestido de "entrevista", formalmente documentado durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão, no qual não se oportunizou ao sujeito da diligência o direito à prévia consulta a seu advogado e nem se certificou, no referido auto, o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo, nos termos da legislação e dos precedentes transcritos** 4. A realização de interrogatório em ambiente intimidatório representa uma diminuição da garantia contra a autoincriminação. O fato de o interrogado responder a determinadas perguntas não significa que ele abriu mão do seu direito. As provas obtidas através de busca e apreensão realizada com violação à Constituição não devem ser admitidas. Precedentes dos casos Miranda v. Arizona e Mapp v. Ohio, julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Necessidade de consolidação de uma jurisprudência brasileira em favor das pessoas investigadas. 5. Reclamação julgada procedente para declarar a nulidade da "entrevista" realizada e das provas derivadas, nos termos do art. 5º, LVI, da CF/88 e do art. 157, §1º, do CPP, determinando ao juízo de origem que proceda ao desentranhamento das peças. (Rcl 33711, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11-06-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 22-08-2019 PUBLIC 23-08-2019)

Mais recentemente, em precedentes também da lavra do Ministro Gilmar Mendes, sobre o momento de incidência do direito ao silêncio, o Tribunal afirmou que "a Constituição Federal impõe ao Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito". Nesse sentido:

> Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravo da PGR. 3. Aviso de Miranda. Direitos e garantias fundamentais. **A Constituição Federal impõe ao Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito.** 4. Inexistência de provas independentes no caso concreto. Nulidade da condenação. 5. Condenação por tráfico de drogas mantida. Absolvição do crime de associação para o tráfico. 6. Agravo improvido. (RHC 192798 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24-02-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 01-03-2021 PUBLIC 02-03-2021) (sem grifo no original)

> Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravo da Procuradoria-Geral da República. 3. Condenação baseada exclusivamente em supostas declarações firmadas perante policiais militares no local da prisão. Impossibilidade. Direito ao silêncio violado. 4. Aviso de Miranda. Direitos e garantias fundamentais. **A Constituição Federal impõe ao Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito.** Precedentes. 5. Agravo a que se nega provimento. (RHC 170843 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04-05-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 31-08-2021 PUBLIC 01-09-2021)

Portanto, não apenas pela ampla doutrina aqui colacionada, mas também a partir dos precedentes desta Corte, pode-se concluir que o direito ao silêncio é oponível frente a qualquer autoridade pública, assim

como não se restringe ao interrogando, mas se estende ao suspeito, ao preso, ao indiciado, ao acusado, à testemunha ou a qualquer outra pessoa cujas respostas às perguntas formuladas possam implicar responsabilização penal.

Além disso, o direito ao silêncio deve ser garantido de forma imediata, no momento da abordagem policial, logo após o cumprimento da prisão ou de outra medida cautelar, como a busca e apreensão, e não somente no interrogatório ocorrido em Delegacia ou na fase judicial. Não impor o quanto antes o dever de o Estado garantir o direito de permanecer calado é fragilizar o direito fundamental de ficar em silêncio e não produzir prova contra si, especialmente quando são formuladas perguntas pelas agentes policiais ao sujeito passivo da medida cautelar.

Por fim, registro que essa compreensão não destoa da noção de direito ao silêncio no direito comparado. Como visto, nos Estados Unidos, a partir do caso Miranda v. Arizona, o direito ao silêncio passou a ser assegurado logo no momento da abordagem policial. De igual modo, a legislação da Espanha prevê que toda pessoa detida ou sujeita a qualquer outra medida cautelar será imediatamente comunicada do direito ao silêncio. No mesmo sentido, a legislação portuguesa assegura o direito ao silêncio sempre que a pessoa for presa ou estiver sujeita a alguma medida de coação ou de garantia patrimonial.

3.2. A FALTA DE COMUNICAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO E A ILICITUDE DA PROVA

A Constituição Federal não assegura apenas a garantia do direito ao silêncio, mas o direito do indivíduo de ser devidamente cientificado sobre a possibilidade de permanecer calado. Assim, é dever do Estado comunicar ao indivíduo sobre o direito de permanecer em silêncio imediatamente após o cumprimento de prisão ou de outra medida de natureza cautelar, bem como previamente ao interrogatório ou a qualquer

outro ato inquisitorial ou processual em que lhe sejam formuladas perguntas cujas respostas possam incriminá-lo ou produzir provas contra si.

O direito ao silêncio somente é efetivo, quando o seu titular é devidamente informado sobre sua existência e sobre as consequências de seu exercício no momento adequado. Sem a obrigação de a autoridade informar sobre o direito ao silêncio ao seu titular, a garantia perderia a eficácia, na medida em que o indivíduo se encontraria privado de decidir, com plena ciência, se deseja ou não responder às perguntas formuladas.

Como assinala o constitucionalista português Jorge de Miranda, "a primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento". Para Jorge Miranda, apenas "quem tem consciência dos seus direitos consegue usufruir os bens a que eles correspondem e sabe avaliar as desvantagens e os prejuízos que sofre quando não os pode exercer ou efectivar ou quando eles são violados ou restringidos". (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 317).

Assim, não basta que se reconheça o direito ao silêncio; são necessárias salvaguardas processuais para que ele seja concretamente observado pela autoridade estatal, como assevera Maria Elizabeth Queijo:

> "Para garantir o direito ao silêncio, é de suma importância a formulação da advertência ao acusado quanto a esse direito e quanto às consequências de seu exercício.
>
> Não basta, assim, que o ordenamento jurídico venha a tutelar determinado direito ou garantia do acusado, sem criar mecanismos que assegurem a sua efetividade. Dessa forma de pouca ou nenhuma valia seria a previsão do direito ao silêncio para o acusado se não houvesse o correspondente dever da autoridade de informá-lo acerca desse direito e da sua extensão.
>
> [...]

> Pertence a destina-se, desse modo, a resguardada liberdade de autodeterminação do acusado no interrogatório. Bem cientificado da extensão do direito de calar e de suas consequências o acusado fica livre para decidir se responde ou não às perguntas que lhe forem formuladas." (QUEIJO, Maria Elizabeth. Ob. Cit., p. 249-250).

Nesse sentido, a comunicação sobre o direito ao silêncio deve ser formal e constar expressamente no termo de depoimento, caso tenha sido colhido por escrito, ou em registro audiovisual, e realizada na presença do titular do direito. O registro formal da comunicação sobre o direito ao silêncio é indispensável para que haja o controle efetivo da referida garantia, como afirma João Cláudio Coucerio:

> "O exercício do direito ao silêncio está condicionado à prévia advertência, que deve ser formulada ao imputado, antes da produção da prova, sendo que tal advertência deve constar expressamente do termo (art. 186, caput, do CPP).
>
> Para evitar-se o perigo de uma advertência irregular, deve a mesma ser reduzida a termo reconhecendo se ao mesmo a função de documentar não apenas a existência, mas também a forma como ela ocorreu; assim, poder-se-á controlar a sua concreta idoneidade para garantir o direito. daí, a exigência de uma precisa transcrição das palavras empregadas pela autoridade que a realizou, sendo, sem dúvida desaconselhável — até porque poderia lançar uma sombra de suspeição sobre a regularidade do procedimento seguido — a utilização de impressos que já fizesse menção aos seus termos e conteúdo.
>
> Deve-se dar a advertência antes do início da oitiva, mesmo que esta não seja a primeira vez que o imputado é interrogado." (COUCEIRO, João Cláudio. A garantia Constitucional do Direito ao Silêncio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 195-196).

A comunicação formal do direito ao silêncio cumpre função essencial na persecução penal, qual seja, a de assegurar que o indivíduo tenha plena ciência dessa garantia com a finalidade de evitar que a falta de conhecimento jurídico desse direito comprometa sua própria defesa e sua liberdade de autodeterminação. Como asseverado, o direito ao silêncio apenas é efetivamente observado quando o seu titular sabe da sua existência e, sobretudo, sabe que pode se valer dele sem que haja prejuízo para sua defesa.

Essa comunicação não é apenas uma formalidade, mas um imperativo do devido processo legal decorrente do Estado de Direito. Um sistema processual penal verdadeiramente democrático deve proporcionar condições efetivas para que todos possam exercer, plena e conscientemente, seus direitos constitucionais. Como assinala Vittorio Grevi:

> "A finalidade principal de tal advertência ao imputado é a de ressaltar a exigência de ciência deste último de seu direito de calar. Busca-se, assim, evitar que a ignorância do direito repercuta em seu próprio prejuízo, fazendo-o perder a oportunidade de se valer de todos os recursos defensivos previstos pelo sistema. Trata se de um imperativo fundamental para a regularidade do procedimento que encontra suas raízes nos mesmos postulados do estado de direito, e sobretudo, de um estado de direito que não se limite a garantir apenas a igualdade formal de seus integrantes." (GREVI, Vittorio. Nemo tenetur se detegere. Milão: Giufrè, 1972. p. 110)

Ao impor ao agente estatal o dever de informar sobre o direito de permanecer calado, a norma constitucional e processual expressa a lealdade institucional do Estado para com o titular desse direito. A

ausência de tal comunicação torna o direito ao silêncio ineficaz, porquanto não se pode presumir que seu titular conhece previamente essa garantia:

> "a norma que impõe ao magistrado o dever de advertir o acusado sobre o direito de permanecer calado constitui 'la prova della sua lealtá', uma vez que, na falta de uma advertência específica para tal fim, o direito ao silêncio do imputado acabaria por se tornar ineficaz na maior parte dos casos não se podendo presumir na pessoa colocada sob interrogatório o conhecimento de seu direito de calar. (GREVI, Vittorio. Ob. Cit., p. 71).

Dessa forma, o aviso prévio quanto ao direito ao silêncio e quanto à ausência de prejuízo em caso de seu exercício é condição indispensável para a efetividade dessa liberdade individual. A comunicação deve ser expressa a fim de permitir não apenas o conhecimento desse direito por quem sofre a persecução por parte do Estado, mas também o controle dessa garantia pelo poder público, em especial o Poder Judiciário.

A comunicação, ademais, em caso de interrogatório, deve ocorrer antes do início da oitiva e repetida sempre que a pessoa seja novamente ouvida pela autoridade policial ou judicial, mesmo que outros depoimentos já tenham sido tomados no curso da persecução penal.

Além disso, como destacado anteriormente, a fim de observar a liberdade de autodeterminação e a garantia prevista no art. 5, inciso LXII, da CF, os agentes policiais devem também comunicar o indivíduo abordado sobre seu direito de não se autoincriminar em caso de cumprimento de prisão ou de outra medida cautelar, ainda que não lhe sejam feitas perguntas no momento da diligência policial. A omissão dessa informação viola diretamente o direito ao silêncio e à não autoincriminação, especialmente quando são feitos questionamentos informais durante a abordagem policial.

Nesse sentido, práticas policiais informais que consistem em ouvir o sujeito passivo da diligência no momento da abordagem sem previamente informá-lo sobre o direito ao silêncio afrontam diretamente a garantia contra a autoincriminação, como bem assinala Maria Elizabeth Queijo:

> " [...] A rigor advertência deve ser formulada quando da prisão do suspeito ou acusado do para que desde logo fique ciente de seus direitos, entre eles o de não se autoincriminar. Referida advertência deverá ser formulada mesmo que o suspeito ou acusado não venha a ser de pronto indagado sobre os fatos desde logo, a advertência é evitará a tomada de declarações com violação do nemo tenetur se detegere e preservará sua Liberdade de autodeterminação.
>
> Antes de tomadas as declarações do suspeito ou de iniciado o interrogatório de mérito, tem havido ou não interrogatório anterior, advertência será formulada ou renovada. Autoridade se limitará a informar o acusado acerca do direito de não responder às perguntas que lhe forem formuladas, sem nenhuma outra referência que possa estimular ou desestimular o acusado a exercer esse direito.
>
> Deve o acusado ser alertado também de que o exercício do direito ao silêncio não lhe acarretará consequências prejudiciais [...]
>
> A falta ou a deficiência da advertência formulada comprometem a Liberdade de autodeterminação do acusado no interrogatório, expondo-o a risco de auto incriminação pelo desconhecimento ou pelo conhecimento errôneo acerca do direito ao silêncio e de sua extensão.
>
> Em acréscimo a presença do defensor também não desobriga autoridade interrogante de realizar a adequada advertência do acusado quanto ao direito ao silêncio.

> A questão da falta de advertência do suspeito ou acusado ganha relevo nas chamadas declarações informais tomadas pelos órgãos de polícia.
>
> É expediente rotineiro dos órgãos de polícia a tomada de declarações do suspeito, sem nenhuma formalização, nas quais à evidência, não há qualquer advertência a ele em relação ao direito ao silêncio.
>
> Tais declarações assim tomadas violam o direito ao silêncio e ,consequentemente, o *nemo tenetur se detegere*." (QUEIJO, Maria Elizabeth. Ob. Cit., p. 250-252)

A necessidade de informação sobre o direito ao silêncio no momento da abordagem policial decorre do mandamento constitucional previsto no art. 5, inciso LXII, na Constituição Federal, que dispõe que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

A ausência de comunicação expressa sobre o direito de permanecer em silêncio — e de que o silêncio não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa nem implica confissão — torna nulas as declarações por prestadas no momento da diligência policial — ainda que tenham sido feitas espontaneamente —, assim como as provas delas decorrentes.

Sobre o tema, em doutrina, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Filho afirmam que "o interrogatório do acusado ou mesmo suas declarações espontâneas perante o órgão estatal somente são válidos desde que tenha havido informação sobre a faculdade de calar". E acrescentam: "Nem pode ser diversamente sob pena de reduzir o direito ao silêncio e a correspondente informação a meras fórmulas, vazias de conteúdo" (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. São Paulo: Malheiros. 3º edição, p. 73).

Na mesma direção, Paulo Mário Canabarro Trois Neto assevera que

a garantia do direito ao silêncio "consiste em impor ao Estado um dever de informar a pessoa cuja liberdade está sendo restringida" o direito de permanecer calado. Trata-se de um mandamento definitivo, porque, uma vez satisfeita a condição (realização de uma prisão), a consequência (cientificação do direito) deve ocorrer de forma automática, sem ponderação:

> "Nem a literalidade, nem a maior ou menor clareza vocabular do dispositivo transcrito autorizam uma concepção restritiva do tipo normativo do direito a não contribuir para a própria condenação. O enunciado do art. 5°, LXIII, da CF-88 expressa não exatamente o direito ao silêncio, mas, uma especial complementação protetiva (garantia) dessa manifestação do direito à não autoincriminação no interrogatório policial, além de outros direitos aos quais não se fez referência direta. A garantia consiste em impor ao Estado um dever de informar a pessoa cuja liberdade está sendo restringida sobre todos os direitos para cujo exercício é necessária uma opção, atuação ou manifestação do preso. Reformulando deonticamente o enunciado do art. 5º, LXIII, dele pode se extrair pelo menos três direitos: (1) Se A for preso, A tem o direito a que o Estado lhe assegure a assistência de advogado e da família de A; (2) Se A for preso, A tem o direito a que o Estado lhe informe seu direito de permanecer calado; · (3) Se A for preso, A tem o direito a que o Estado lhe informe seus outros direitos. Embora a observância da regra exija o reconhecimento da existência de outras normas, que veiculam outros direitos do preso, o dever estatal de informá-los é um dever definitivo, porque, uma vez satisfeitas as condições para a incidência da norma (realização da prisão de alguém), a consequência jurídica prevista (cientificação dos direitos do preso) deve ocorrer sem qualquer ponderação. Já os direitos que devem ser informados podem ser aplicados como mandamentos definitivos ou como mandamentos prima facie.

> A estrutura desses direitos é determina pelas respectivas normas que os asseguram. (TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107-111).

Igualmente, em âmbito jurisprudencial, este Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a Constituição assegura não apenas a garantia do direito ao silêncio, mas também o direito de ser informado sobre a possibilidade de permanecer calado. O descumprimento desse dever de informação por parte do Estado torna nula as declarações obtidas e as provas dela derivadas.

A título de exemplo, menciono novamente o *Habeas Corpus* n. 78.078, rel. Min. Sepúlveda Pertence, em que se afirmou que a falta de informação quanto ao direito ao silêncio não é mera irregularidade desprezível, mas causa de nulidade a impor a desconsideração das informações incriminatórias obtidas:

> EMENTA: Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, conseqüências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado. I. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. II. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, **a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas**. III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à

> informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio - que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade - e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito. (HC 78708, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 09-03-1999, DJ 16-04-1999 PP-00008 EMENT VOL-01946-05 PP-00874 RTJ VOL-00168-03 PP-00977) (sem grifos no original)

Este Supremo Tribunal Federal anulou ato processual de audiência na qual o acusado foi ouvido sem que tivesse sido previamente informado do direito de ficar em silêncio:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. LEI Nº 9.099/95. ART. 72. AUDIÊNCIA PRELIMINAR. DESNECESSIDADE DE OFERECIMENTO PRÉVIO DA DENÚNCIA. DECLARAÇÕES DO ACUSADO. DIREITO AO SILÊNCIO. 1. O comparecimento do paciente ao Juízo para a audiência preliminar não depende do oferecimento de denúncia, mas, como é próprio do sistema dos Juizados Especiais Criminais, ocorre antes dela. As declarações prestadas pelo paciente nessa audiência não se confundem com o interrogatório de que trata o art. 81, caput da mencionada lei. 2. **Não tendo sido o acusado informado do seu direito ao silêncio pelo Juízo (art. 5º, inciso LXIII), a audiência realizada, que se restringiu à sua oitiva, é nula**. 3. Pedido deferido em parte. (Habeas Corpus nº 82.463, julgado em 05/11/2002, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Ellen Gracie Northfleet)

Do mesmo modo, esta Corte declarou a nulidade de inquirição em que se não se registrou a comunicação formal do direito ao silêncio, assim como já assentou, em acórdão da minha relatoria, que a falta da comunicação quanto ao direito de permanecer em silêncio torna nula a confissão realizada no momento da abordagem policial, ainda que informal. Confira-se:

> "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. NULIDADE. CONSTATAÇÃO. INOBSERVÂNCIA AO DIREITO AO SILÊNCIO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. USO INDEVIDO DE UNIFORME MILITAR. ORDEM CONCEDIDA I – É jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal a possibilidade do investigado ou acusado permanecer em silêncio, evitando-se a autoincriminação. II – O depoimento da paciente, ouvida como testemunha na fase inquisitorial, foi colhido sem a observância do seu direito de permanecer em silêncio. II – Ordem concedida" (HC 136.331/RS, Ricardo Lewandowski, Segunda Turma).

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE. VIOLAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Não há ilegalidade na decisão da Corte local que absolve os apelantes do delito de posse de arma de fogo com numeração suprimida por entender que houve ofensa à garantia constitucional contra a autoincriminação, uma vez que os acusados não foram informados do respectivo direito de permanecerem em silêncio. 2. Segundo a jurisprudência desta Suprema Corte, a Constituição da República assegura aos indivíduos não apenas o direito ao silêncio, mas também o de ser informado da

> possibilidade de permanecer calado. **A falta de advertência quanto ao direito de nada declarar torna nula a confissão informal realizada no momento da abordagem policia**l. 3. Agravo regimental desprovido. (RE 1158507 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 19-06-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 14-09-2023 PUBLIC 15-09-2023)

3.3. O INTERROGATÓRIO INFORMAL E A FALTA DE OBSERVÂNCIA DO DIREITO AO SILÊNCIO

O interrogatório "informal" consiste na prática policial de ouvir o indivíduo suspeito sobre os fatos sem a observância das formalidades constitucionais e legais no momento de uma abordagem ostensiva ou investigativa.

A despeito de se tratar de uma prática recorrente, configura uma conduta ilícita. A par da ausência de observância do dever de comunicação sobre o direito de permanecer em silêncio, o interrogatório, para ser válido, necessita ser um ato formal e observar as normas constitucionais e processuais penais, em especial as contantes nos artigos 185 e seguintes do Código de Processo Penal. É dizer, para ser conforme ao direito, o ato processual de interrogatório necessita observar as normas constitucionais e legais — dentre elas a garantia do direito ao silêncio —, bem como ser um ato solene e formal, mediante registro escrito ou audiovisual. Não existe interrogatório ou confissão "informal". O interrogatório e a confissão, ou são formais, ou não são dotados de validade jurídico-constitucional.

Críticas à prática policial do interrogatório "informal" foram feitas pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação 33.711, na qual se reconheceu a nulidade dessas declarações e das demais provas obtidas por meio dessa prática:

Estamos diante, aqui, do reconhecimento da legalidade ou não de um interrogatório informal, sem lavratura de termo, o qual, sequer, sabemos, de fato, foi realizado.

O policial afirma que o réu fez declarações no momento da abordagem e o teor dessas declarações foi tomado como se elas tivessem sido reduzidas a termo, tivessem ocorrido na presença do advogado e com o respeito às formalidades legais.

É que, da leitura dos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão do paciente, verifica-se que não foi sequer observado o comando constitucional, a partir do qual o preso deve ser informado acerca do seu direito de permanecer em silêncio.

Conforme tenho dito, a informação de que o suspeito tem direito ao silêncio deve ser prestada ao preso pelos policiais responsáveis pela voz de prisão e não apenas pelo delegado de polícia, quando de seu interrogatório formal.

Evidentemente, a todos os órgãos estatais dotados de poderes normativos, judiciais ou administrativos, impõe-se a importante tarefa de realização dos direitos fundamentais.

[...]

Frise-se, ainda, que, para que uma confissão judicial seja legítima, é necessário que haja lavratura de ata, com aposição da assinatura do réu e de seu defensor.

Da forma como foi implementada a condenação do paciente, basta que um magistrado qualquer afirme que o réu lhe confessou o crime informalmente, sendo totalmente desnecessário o registro de tal confissão em ata, já que o magistrado é agente do Estado e, por isso, suas declarações gozam de presunção de veracidade.

Penso que qualquer suposta confissão firmada pelo réu,

> **no momento da abordagem, sem observação ao direito ao silêncio, é inteiramente imprestável para fins de condenação e, ainda, invalida demais provas obtidas através de tal interrogatório. [...]**" (Supremo Tribunal Federal, Reclamação 33.711, rel. Min. Gilmar Medes) (sem grifo nos original)

Portanto, não há previsão legal em nossa legislação para "interrogatórios ou confissão informais". Essa prática policial viola direitos fundamentais, em especial o direito ao silêncio e à não autoincriminação, bem como as regras contidas no Código de Processo Penal que disciplinam o ato de interrogatório.

A confissão, inquisitorial ou não, para ser válida, deve respeitar a garantia do direito ao silêncio, além do que deve ser um ato formal, devidamente registrado, por escrito ou em sistema audiovisual, como dispõe a lei processual penal brasileira.

Como asseverou o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do *Habeas Corpus* 80.949, conversas informais são uma prática sub-reptícia de interrogatório, porquanto realizada em desconformidade com as formalidades procedimentais, dentre elas, a falta da advertência do direito de permanecer em silêncio.

Ademais, uma vez reconhecida a nulidade da confissão obtida sem a observância de direitos fundamentais, cumpre registrar que declarações de terceiros na parte em que se limitam a reproduzir uma suposta confissão produzida nesses termos ou qualquer outra prova dela decorrente são, igualmente, nulas por derivação, em razão do previsto no art. 157, §1º, do CP, que dispõe: "São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras".

Trata-se da aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada — em inglês, *fruits of the poisonous tree* —, que tem como escopo a proteção ampla dos direitos fundamentais incidentes na persecução penal

e, para tanto, considera ilícita uma prova produzida por derivação de outra prova ilícita, na medida em que o vício da prova original comina a prova derivada.

3.4 O ÔNUS DO ESTADO DE COMPROVAR A COMUNICAÇÃO SOBRE AO DIREITO AO SILÊNCIO

O princípio do *favor rei*, também conhecido como *favor libertatis*, indica que a dúvida sobre a interpretação da lei processual penal ou sobre a culpabilidade deve ser resolvida em favor do réu. Por esse princípio, compete ao Estado-acusação o ônus de comprovar satisfatoriamente que as garantias constitucionais e processos penais foram observadas no curso da persecução penal. Em caso de dúvida sobre a observância de alguma regra processual penal, a dúvida resolve-se em favor do réu. Trata-se de um princípio fundador do processo penal brasileiro decorrente do princípio da não culpabilidade previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa acusada de uma infração penal tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

Sobre o ônus de comprovação do direito ao silêncio, Alejandro Carrió, em "Garantias Constitucionais no Processo Penal", sustenta que, uma vez efetuada a detenção de um indivíduo pela polícia, qualquer manifestação posterior só poderá ser considerada constitucionalmente válida se passar por um teste probatório significativamente mais rigoroso, que comprove a ausência de coação e o respeito ao direito de permanecer calado. De acordo com o autor, cabe ao Estado o ônus de demonstrar que tais garantias foram observadas, a fim de que eventuais declarações feitas pelo detido no momento da abordagem possam ser utilizadas contra ele:

> "Quando a polícia detém um indivíduo, qualquer manifestação incriminatória feita por ele após a detenção, para

> ser constitucionalmente válida, deve ser submetida a um critério muito mais rigoroso do que a simples ausência de coação. Para sermos coerentes com as normas processuais vigentes e com a rica história de abusos decorrentes da concessão de amplos poderes de interrogatório à polícia, só aceitaremos como válidas as declarações incriminatórias feitas por um detido sob custódia policial se:
>
> 1. Ele tiver sido devidamente informado pela polícia de que possui o direito constitucional de não responder a nenhuma pergunta, nem mesmo àquelas destinadas à sua identificação.
>
> 2. O imputado souber que será levado imediatamente ao juiz, diante de quem poderá prestar a declaração que desejar, após ter a oportunidade de consultar um advogado.
>
> 3. A polícia não transforme o direito de averiguar a identidade do detido em um verdadeiro interrogatório sobre os fatos que motivaram a detenção.
>
> 4. Caberá ao Estado demonstrar que todos esses princípios foram respeitados, como condição para que qualquer declaração incriminatória feita durante a detenção policial possa ser utilizada contra o imputado — seja pela confissão direta, seja pelo relato do policial que a escutou." (Carrio, Alejandro D. Garantías Constitucionales en el Proceso Penal. Edição atualizada e ampliada. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1994, p. 312-313) (livre tradução)

Portanto, à luz dos princípios do *favor rei* e da presunção de não culpabilidade, não compete ao sujeito passivo da persecução penal comprovar que a garantia ao direito ao silêncio foi observada no momento da prisão, do cumprimento de medida cautelar, do interrogatório ou de qualquer outro ato processual subsequente. Incumbe à Polícia e ao Estado-acusador o ônus de demonstrar, de forma

inequívoca, que tal direito foi devidamente assegurado ao suspeito no momento processual adequado. E, em caso de dúvida, compete ao Poder Judiciário, como regra de julgamento, resolvê-la em favor da defesa.

Com relação ao modo de comprovação estatal de observância do direito ao silêncio, não existe uma fórmula procedimental única para se materializar o dever de comunicação do direito de calar. Cada país aperfeiçoa esse dever de informação e cria mecanismos de verificação do cumprimento desse dever consoante determinado padrão de conduta.

A legislação de Portugal, por exemplo, estabelece a obrigatoriedade de entrega ao arguido ou abordado de documento escrito que contenha o rol de direitos, dentre eles, o direito de ser informado dos fatos que lhe são imputados antes de prestar declarações perante qualquer autoridade, o direito de permanecer em silêncio, de constituir advogado ou de solicitar a nomeação de defensor, bem como o direito de ser assistido por defensor em todos os atos processuais. Segundo a lei portuguesa, caso não haja a entrega desse documento escrito, as declarações por prestadas pelo arguido serão nulas (Código de Processo Penal de Portugal, art. 58 e seguintes).

De igual maneira, a legislação espanhola prevê que toda pessoa detida será obrigatoriamente informada por escrito, em linguagem simples e acessível, do direito de permanecer em silêncio, do direito de não produzir prova contra si, e do direito de constituir advogado ou de solicitar a designação de assistência judiciária gratuita (art. 520, item 2, do Código de Processo Penal da Espanha).

Por seu turno, nos Estados Unidos, a Suprema Corte daquele país estabeleceu os denominados "Avisos de Miranda", segundo os quais o policial deve advertir oralmente o detido do direito de permanecer em silêncio, do direito de conversar com um advogado ou com um defensor público antes de ser interrogado, e do direito de tê-lo presente durante o ato de interrogatório, caso assim deseje. Ademais, em harmonia com o princípio do *favor rei*, segundo a Suprema Corte estadunidense, recai sobre o Estado o ônus de comprovar que o abordado foi advertido do

direito ao silêncio e à assistência jurídica e, de forma consciente, renunciou a esses direitos ao prestar declarações espontâneas.

No Brasil, não há uma forma de comunicação previamente estipulada. Nada obstante, a Lei de Prisão Temporária (Lei 7.960/89), em seu artigo 2º, § 6º, dispõe que "efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5° da Constituição Federal", dentre eles, o direito de permanecer calado e de solicitar assistência jurídica.

Como assinala Renato Brasileiro de Lima, "com o objetivo de melhor assegurar o respeito aos direitos fundamentais, notadamente o *nemo tenetur se detegere*, tem-se tornado comum a entrega ao preso, no momento da sua prisão, de uma nota de ciência das garantias constitucionais, nos moldes preconizados pela Lei da prisão temporária (Lei nº 7.960/89)". Consoante o autor, a "entrega dessa nota de ciência das garantias constitucionais é medida extremamente salutar, pois comprova que o acusado foi cientificado de seus direitos constitucionais antes de responder às indagações formuladas." (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 9º ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 67).

A par da entrega de documento escrito ao indivíduo sujeito no momento do cumprimento de prisão cautelar ou de medida cautelar diversa, compreendo que outra forma de o Estado demonstrar que a garantia do direito ao silêncio foi observada é o registro audiovisual da abordagem ou da diligência policial. O registro audiovisual da comunicação do direito ao silêncio, a meu sentir, revela-se instrumento ainda mais efetivo para garantir a observância desse direito no caso concreto quando comparado à entrega de documento escrito.

Por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental n. 635 pelo Plenário desta Corte, em 3 de abril de 2025, pontuei que a utilização de câmaras corporais pelas polícias militares e civis não somente diminui o número de episódios letais em abordagem policiais, mas também o número de reclamações dos cidadãos,

contribuindo para a ampliação da legitimidade das forças do Estado (BARAK, A.; FARRAR, W. e SUTHERLAND, A. *The effect of police body-worn cameras on use of force and citizens' complaints against the police: A randomized controlled trial. Journal of quantitative criminology*, v. 31, n. 3, 2015).

A necessidade de implantação de sistemas de gravação de áudio e vídeo nas fardas e uniformes policiais, assim como nas viaturas das Polícias Militar e Civil foi reconhecida por este Tribunal no referido julgamento como forma de aumentar o controle posterior dos atos policiais (ADPF 635, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 03-04-2025, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 21-05-2025 PUBLIC 22-05-2025).

Reconhecida a importância das câmaras corporais em abordagens policiais por este Tribunal, entendo que o registro audiovisual da advertência quanto ao direito ao silêncio no momento de abordagem policial confere maior transparência, legitimidade e *accountability* à ação policial. Além disso, o arquivamento e a conservação desses registros permitem o controle posterior não apenas do cidadão, como também dos órgãos correcionais e judiciais, como, por exemplo, em Audiência de Custódia na hipótese de prisão cautelar, de maneira a assegurar maior respeito aos direitos e garantias fundamentais.

A propósito do uso do registro audiovisual na atividade policial, o Ministério da Justiça e da Segurança Pública publicou a Portaria MSJP 648/2024, com "diretrizes sobre o uso de câmeras corporais pelos órgãos de segurança pública", dentre eles, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícias Militares, Polícias Civis e Guardas Municipais.

Consoante referida portaria, os profissionais de segurança pública em serviço deverão utilizar as câmeras corporais, dentre outras, nas seguintes circunstâncias, "no atendimento de ocorrências"; "nas atividades que demandem atuação ostensiva, seja ordinária, extraordinária ou especializada"; "durante buscas pessoais, veiculares ou domiciliares"; "no cumprimento de determinações de autoridades

policiais ou judiciárias e de mandados judiciais"; "em todas as interações entre policiais e custodiados, dentro ou fora do ambiente prisional"; "no patrulhamento preventivo e ostensivo ou na execução de diligências de rotina em que ocorram ou possam ocorrer prisões, atos de violência, lesões corporais ou mortes".

A portaria ainda prevê que os registros audiovisuais serão armazenados, dentre outras hipóteses, "quando vinculados a conjunto probatório que acompanhe inquérito policial, processo judicial, procedimento ou processo administrativo disciplinar" e "quando associados a prisões, disparos de arma de fogo ou ingressos em domicílio".

Ademais, o ato do Ministério da Justiça e da Segurança Pública dispõe que magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, autoridades policiais ou administrativas responsáveis por investigações formalmente instauradas e advogados constituídos poderão requisitar ou solicitar, no caso deste último, o acesso aos registros audiovisuais das câmeras corporais se necessário.

Diversos estados brasileiros já adotam, ainda que em parte, o uso de câmeras corporais pela polícia, dentre eles, Rio de Janeiro, Bahia, São Paulo, Santa Catarina, Minas Gerais, Pará, Rio Grande do Norte e Roraima.

Por seu turno, a lei processual penal brasileira diz que, sempre que possível, os atos processuais, inclusive, os depoimentos do investigado ou indiciado, serão registrados "por meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações" (art. 405, §1°, do CPP). A par disso, no caso de registro por meio audiovisual, fica dispensada a transcrição do depoimento (art. art. 405, §2°, do CPP).

Dessa forma, com base no disposto na legislação processual penal, na Portaria do Ministério da Justiça e da Segurança Pública e na adoção de câmeras corporais por diversos entes federativos, compreendo que a comunicação quanto ao direito ao silêncio deve, preferencialmente, ser

formalizada por meio de registro audiovisual, por se tratar de mecanismo que oferece maior salvaguarda aos direitos fundamentais. Subsidiariamente, nos casos em que o sistema de gravação audiovisual esteja inoperante ou ainda não tenha sido implementado pelo órgão responsável, admite-se a entrega de documento escrito, que preveja a garantia do direito ao silêncio, acompanhada de comunicação oral, na linha do previsto na Lei nº 7.960/89.

É importante ainda que se atenda ao conteúdo mínimo de cientificar àquele sobre a qual recai uma acusação sobre o direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas, bem como de que o silêncio não importará em confissão, nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Além disso, é importante advertir sobre o direito de assistência da família, do direito de constituir um advogado ou de solicitar a nomeação de um defensor público caso não possua recursos próprios para arcar com a sua defesa (art. 5°, inciso LXIII, da CF e 186 do CPP).

No mais, com relação ao momento procedimental, como já assentado, a comunicação deve ser feita, no momento da realização da diligência policial, imediatamente após o cumprimento de prisão cautelar ou de medida cautelar diversa da prisão e, renovada, sempre antes da colheita de declarações do indivíduo, seja na fase inquisitorial, seja na fase judicial.

Por derradeiro, em atenção à segurança jurídica e à coisa julgada, entendo ser o caso de se preservar as diligências policiais e os atos processuais realizados antes do presente julgamento, ressalvadas as ações em trâmite nas quais a parte tenha arguido a presente nulidade previamente.

4. O CASO CONCRETO

Fixadas essas premissas, passo à análise do caso concreto.

No caso dos autos, os recorrentes Márcio Antônio Rodrigues Braghetto e Marli Rodrigues Braghetto foram condenados pela prática dos crimes descritos nos artigos 12 (Posse irregular de arma de fogo de uso permitido) e 16 (Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito) da Lei 10.826/2023 (Estatuto do Desarmamento), à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direito (eDOC. 3, p. 23-30).

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo afastou a condenação, para ambos os recorrentes, quanto ao crime tipificado no art. 12, em razão da consunção, e aumentou a pena privativa de liberdade do delito remanescente (art. 16 da Lei 10.826/2003), para 4 (quatro) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, bem como fixou o valor da pena de prestação pecuniária em 10 salários mínimos e determinou a perda do armamento em favor do Comando do Exército, mantida, no mais, a sentença condenatória (eDOC. 5, p. 66-79).

Conforme se verifica do auto de prisão em flagrante (eDOC. 1, p. 7-8), durante a realização de buscas para o cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão destinado a averiguar o suposto uso de documento falso por parte do filho dos recorrentes, foram encontradas duas armas de fogo e munições na residência do casal.

Do auto de prisão em flagrante consta que, "**entrevistadas as partes e formado seu convencimento jurídico, deliberou a Autoridade Policial por ratificar a voz de prisão dada pelo condutor** e após cientificar o preso quanto aos seus direitos individuais previstos no artigo 5º da Constituição Federal (...) determinou a lavratura deste Auto de Prisão em Flagrante Delito".

Indagados sobre a origem das armas de fogo e munições pelos policiais executores da medida, de acordo com os depoimentos dos agentes estatais responsáveis pela diligência, a recorrente Marli teria confessado informalmente a propriedade de uma das armas, ao passo que o recorrente Márcio Antônio, também sem registro formal, teria confessado a propriedade da segunda arma de fogo e das munições

(eDOC 1, p. 9-15). Os recorrentes, como afirmado, foram presos em flagrante no local dos fatos e conduzidos à Delegacia de Polícia (eDOC 1, p. 11).

Interrogada formalmente em Delegacia pela Autoridade Policial, após advertida do direito de permanecer em silêncio e acompanhada de advogado, a recorrente Marli afirmou que a diligência de busca e apreensão perdurou por 4 horas, a saber, de 6 às 10 horas da manhã. A recorrente negou a propriedade das armas, afirmou que nunca fez uso de armamentos, bem como disse que não tinha conhecimento da origem das armas encontradas no local. Do termo de depoimento, extrai-se que: "a interroganda desconhece a origem, as marcas e jamais utilizou qualquer tipo de armamento. Não é de sua propriedade nenhuma delas" (eDOC 1, p. 17).

Por sua vez, o recorrente Márcio Antônio, interrogado em Delegacia, igualmente advertido do direito de permanecer calado e acompanhado de advogado, admitiu a propriedade das armas de fogos e munições, assim como disse que o registro dessas estava vencido. Elucidou que: "sobre a origem das armas e munições, se trata de material antigo, adquiridos há muitos anos, antes mesmo da legislação que veda o porte, transporte e demais artigos da lei de armas. Não tem condições, pelo menos no momento, de dizer mais alguma coisa dessas armas e munições, a não ser que sempre foi colecionador, conforme autorização que possui, a qual está vencida administrativamente, há pouco tempo". (eDOC 1, p 18).

Já a testemunha Patrícia Droschic Vieira Kehdi, ouvida em Delegacia, afirmou que, no momento da busca e apreensão, a acusada Marli, indagada pelos policiais, teria tido que a arma era "da casa", mas que não possuía conhecimento da existência da arma no local (eDOC 1, p 16).

No curso da instrução processual, consoante se extrai do acordão condenatório, juízo a acusada Marli negou a prática do crime e disse que não tinha conhecimento das armas de fogo encontradas pelos policiais

civis na residência. Por outro lado, o acusado Márcio disse que as armas eram de propriedade do seu filho Antônio. Por seu turno, as testemunhas Orion Francisco Marques Riul, Antônio Thomazella e Erivelton Manetti, funcionários do acusado, disseram, sob contraditório, que tinham conhecimento de que o réu Márcio possuía arma de fogo, mas que a ré Marli não possuía armas. Por sua vez, a testemunha Patrícia, que acompanhou a busca e apreensão, sob o crivo do contraditório, afirmou que um policial encontrou uma caixa e indagou a acusada Marli se o objeto lhe pertencia, ao que respondeu que a caixa era "da casa" e que somente depois soube que dentro da caixa havia um armamento (eDOC. 5, p. 67-79). Confira-se:

> "De ver-se que os policiais civis Celso Donizete Barbosa, Fabiano Cunha de Melo e Rodrigo Batista da Conceição, inquiridos sob a égide do contraditório, prestaram testemunhos essencialmente consentâneos com o descrito na inicial acusatória.
>
> Com efeito, o miliciano Celso disse que, em cumprimento a mandado de busca e apreensão, as equipes de policiais e promotores encontraram o armamento no interior da residência, guardado em caixas de isopor, em uma sauna. A pistola estava dentro do guarda-roupa dos apelantes, em meio às roupas. Indagada, Marli assumiu a propriedade da arma e disse que era destinada à defesa pessoal deles. Quando solicitaram a documentação da pistola, ela perguntou "não posso ter uma arma?". A espingarda, por sua vez, estava embalada, sobre um armário. O réu Márcio confirmou ser o proprietário dos demais objetos. Assim, demonstrou-se que a espingarda, as munições e demais acessórios estavam no interior do imóvel onde o casal Márcio e Marli morava. A pistola, por sua vez, se encontrava no quarto dos apelantes.
>
> [...]

> Nesse contexto, não pode ser encampada a autodefesa declinada em Juízo por Marli, no sentido de que jamais utilizara qualquer tipo de arma e de que não tinha conhecimento de todo o armamento guardado dentro de casa. De outra banda, nada corrobora o interrogatório do correu Márcio. Disse ele que o armamento pertencia exclusivamente a um de seus filhos, Antônio Márcio, colecionador e atirador, filiado a clubes de tiro, que morava em sua residência.
>
> De outra parte, as testemunhas de defesa Orion Francisco Marques Riul, Raul Vicentini, Celso Antônio Thomazella, Erivelton Manetti e Patrícia Drosghic Vieira Kehdi não infirmaram a prova acusatória.
>
> Com efeito, Orion afirmou não ter conhecimento da presença de armas na residência dos acusados. Contudo, sabia que o correu Márcio e seus filhos praticavam tiro esportivo em um clube. A corre Marli, por outro lado, não se envolvia com armas. Nesse sentido, Raul afirmou que o réu Márcio costumava praticar tiro esportivo em estandes. Não sabe dizer se a corre Marli praticava tiro.
>
> A testemunha Celso informou trabalhar para o réu Márcio há 31 anos como gerente de escritório. Sabe que o apelante possuía armamento em sua casa.
>
> Já Erivelton Manetti, funcionário dos réus na área de departamento de pessoal e de pagamentos, também sabe que o réu e colecionador e possui armas e munições em casa. Já arquivou algumas renovações de sua autorização pelo Exército.
>
> Por fim, a testemunha Patrícia acompanhou o cumprimento do mandado de busca e apreensão. Avistou um policial apontando para uma caixa e indagando a corré Mari se o objetivo pertencia a ela. A apelante respondeu que a caixa é da casa. Depois soube que dentro dele havia armamentos."

Acerca da alegação da defesa sobre a nulidade do interrogatório

informal dos acusados por falta de advertência quanto ao direito ao silêncio, o Tribunal de Justiça argumentou que não há obrigação legal de garantir ao preso o direito ao silêncio no momento da prisão em flagrante. Para a Corte de Apelação, o direito ao silêncio incide somente no momento do interrogatório formal. Confira-se trecho do voto condutor, em sede de embargos de declaração (eDOC 5, p. 100-102):

> "Sustenta também a Defesa que houve omissão da decisão embargada no que concerne ao interrogatório informal da embargante Marli quando do cumprimento do mandado de busca e apreensão.
>
> Nesse ponto, assiste-lhe razão.
>
> De fato, o V. Acórdão não analisou a tese defensiva de que referida prova era ilícita, sob o fundamento de que não ouvida a embargante sobre seu direito constitucional ao silêncio.
>
> Bem por isso, complemento o decisum, sem efeitos modificativos, para que dele passe a constar, após o 6º parágrafo do item 3.1, o seguinte:
>
> Anote-se, por oportuno, que, no momento da abordagem, os policiais não são obrigados a advertir a averiguada acerca de seu direito de permanecer calada.
>
> Nesse sentido já decidiu esta C. Corte de Justiça:
>
> "TRAFICO. Preliminares. Nulidade na fundamentação da sentença. Valoração pejorativa do direito ao silêncio. Nulidade relativa. Condenação amparada em outros suficientes elementos de convencimento. Subsistência da decisão. Prova ilícita por derivação. Confissão informal tomada sem prévia comunicação do direito ao silêncio. Inocorrência da nulidade apontada. Ausência do dever legal de advertir o acusado sobre o direito ao silêncio durante a prisão em flagrante. (...) (TJSP

> Apelação no. 0043158-38.2012.8.26.0050 16a C. Criminal Rel. OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO)."
>
> A advertência quanto ao direito ao silêncio é medida que se impõe quando da realização do formal interrogatório do indiciado e/ou acusado. Não é por outra razão que o artigo 186 do Código de Processo Penal, com redação atribuída pela Lei nº. 10.792/03, em consonância com o preceito insculpido no inciso LXIII do artigo 50 da Constituição Federal, determina ao juiz e à autoridade policial, por força do artigo 6º, inciso V, do CPP que informe o acusado, antes de iniciar o interrogatório formal, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.
>
> A notícia da admissão voluntária e informal da imputação por parte da averiguada no momento da prisão em flagrante não configura confissão, mas apenas um elemento da prova testemunhal que a ela se refere.
>
> No presente caso, o policial militar Celso disse que a apelante, ao ser indagada, admitiu a posse da pistola encontrada em seu quarto'".

Contudo, a despeito da compreensão do Tribunal de Justiça local, o direito constitucional ao silêncio deve ser assegurado pelo Estado desde o momento do cumprimento da medida cautelar de busca e apreensão e de prisão do indivíduo consoante amplamente exposto no presente voto.

No caso dos autos, o mando de busca e apreensão tinha como objeto documentos relacionados a passagens de ônibus falsificadas, tendo as armas sido encontradas de maneira fortuita na residência.

Não há comprovação de que os acusados tenham sido advertidos de seu direito constitucional ao silêncio quando do cumprimento da diligência de busca e apreensão pelos agentes policiais. Eventuais informações que os corréus tenham prestado a respeito das armas encontradas naquele momento, portanto, não podem ser validamente

consideradas.

São nulas as confissões dos acusados obtidas pelos policiais no momento do cumprimento da diligência por violarem o direito constitucional ao silêncio.

Ademais, com fundamento no art. 157, § 1°, do CPP, uma vez reconhecia a ilicitude da confissão dos recorrentes**, os depoimentos das testemunhas policiais e da testemunha Patrícia na parte em que relatam uma suposta confissão informal dos acusados são igualmente nulas, porquanto decorrentes de uma prova original viciada.**

Posta a questão nesses termos, reconhecida a nulidade da confissão informal dos acusados e dos depoimentos testemunhais derivados daquela, no tocante à recorrente Marli, verifico, pelo acordão condenatório, que não há prova segura de autoria para a manutenção de sua condenação.

A única prova de autoria a lastrear a condenação de Marli decorre do relato dos policiais de que a acusada, durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão, teria assumido propriedade.

Tanto em Delegacia como em Juízo, a acusada negou a prática do crime. De igual modo, as testemunhas ouvidas sob o crivo do contraditório relataram que a acusada não tinha envolvimento com armas de fogo. Portanto, por não haver prova robusta de autoria delitiva, a absolvição da recorrente é medida que se impõe em razão do princípio do *in dubio pro reo*, nos termos do art. 367, inciso VII, do CPP.

Por outro lado, no que diz respeito ao corréu Márcio Antônio, ainda que reconhecida a nulidade da confissão informal e das provas dela decorrentes, verifica-se a existência de provas autônomas e suficientes para a manutenção de sua condenação.

Em que pese o acusado em Juízo ter atribuído a propriedade das armas de fogo e munições ao seu filho, em Delegacia, acompanhado de Advogado e advertido do direito de permanecer em silêncio, o acusado admitiu a propriedade dos artefatos. Em harmonia com a confissão extrajudicial, as testemunhas de defesa, funcionários do acusado,

asseveram, sob contraditório judicial, que tinham conhecimento de que o acusado era proprietário de armas de fogo e praticava tiros.

Mantenho, assim, a condenação imposta pelo Tribunal de Justiça local.

5. DISPOSITIVO

Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário interposto para reformar o acordão recorrido e:

I) declarar a nulidade das confissões "informais" dos recorrentes obtidas no momento do cumprimento do mandado de busca e apreensão e da prisão em flagrante por violação à garantia constitucional do direito ao silêncio prevista no art. 5°, inciso LXIII, da Constituição Federal, assim como das provas delas decorrentes, nos termos do art. 157, *caput*, e § 1°, do Código de Processo Penal;

II) absolver a recorrente Marli Rodrigues Braghetto, devidamente qualificada nos autos, com fundamento no art. 367, inciso VII, do Código de Processo Penal, e manter a condenação do recorrente Márcio Antônio Rodrigues Braghetto, devidamente qualificado nos autos, por estar comprovadas materialidade e autoria delitiva por prova independente e autônoma da prova ilícita.

6. TESES DE JULGAMENTO

Fixo as seguintes teses de julgamento para o Tema 1185 em repercussão geral:

1 O direito ao silêncio é assegurado a toda pessoa cuja declaração possa implicar responsabilidade penal, devendo o agente estatal informá-la de forma imediata, seja no momento da prisão, da imposição de medida cautelar ou antes de qualquer ato de inquirição.

2 A advertência deve conter a informação expressa de que o silêncio

não implica confissão nem pode ser interpretado em prejuízo da defesa.

3 A ausência de comunicação prévia e expressa torna ilícitas as declarações obtidas e as provas delas derivadas, tanto em abordagens quanto em interrogatórios.

4 Compete ao Estado demonstrar que o direito ao silêncio foi efetivamente observado no momento da abordagem ou interrogatório.

5 A comunicação deve ser registrada preferencialmente por meio audiovisual (ou, subsidiariamente, por documento escrito com comunicação oral).

6 As teses terão vigência a partir da data do julgamento, ressalvadas as ações já em curso com nulidade arguida.

É como voto.