

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

JOSÉ WILSON FERREIRA LIMA

**A Efetividade do Direito ao Silêncio Dependente da Posição Social e Econômica do
Indivíduo: abordagem à luz da realidade do sistema persecutório-penal**

**Brasília-DF
2016**

JOSÉ WILSON FERREIRA LIMA

**A Efetividade do Direito ao Silêncio Dependente da Posição Social e Econômica do
Indivíduo: abordagem à luz da realidade do sistema persecutório-penal**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público, para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Paulo José Leite Farias.

**Brasília-DF
2016**

JOSÉ WILSON FERREIRA LIMA

**A Efetividade do Direito ao Silêncio Dependente da Posição Social e Econômica do
Indivíduo: abordagem à luz da realidade do sistema persecutório-penal**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público, para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Data da Aprovação: 10 de dezembro de 2015.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo José Leite Farias.
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Orientador.

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Examinador Interno.

Prof. Dr. Bruno Amaral Machado.
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Examinador Externo.

"O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político" (BOBBIO, 1992, p. 24).

RESUMO

Analisar a efetividade do direito ao silêncio, segundo a condição social e econômica das pessoas presas ou submetidas a procedimentos persecutórios, realizados por órgãos ou pelos Poderes constituídos do Estado brasileiro dotados de atribuições investigativas na esfera penal. A abordagem desse tema circunscreve-se no âmbito das atividades de persecução processual penal e encontra-se delimitada, temporalmente, no período de vigência da Constituição Federal de 1988. O estudo preocupa-se com a condição social e econômica do indivíduo, uma vez que as evidências demonstram que a satisfação desse direito está sujeita a diferentes "graus de efetividade", à medida que as pessoas possam ter acesso ou não à assistência jurídica, integral e oportuna. Esses "graus de efetividade" são tão variáveis quanto às circunstâncias em que o direito ao silêncio estiver sendo reivindicado ou exercido. Nesse contexto, verifica-se que, apesar de as relações do Estado com o indivíduo serem disciplinadas segundo as regras do Estado de Direito, o direito ao silêncio continua sendo negligenciado, principalmente em prejuízo das classes sociais menos favorecidas, de modo a se ter um reforço (negativo) quanto ao tratamento desigual que o Estado confere a tais pessoas, quase sempre desprovidas de recursos e dos meios mínimos necessários para promover a defesa de seus direitos. Entre os fatores que prejudicam ou impedem a efetividade do direito ao silêncio, destaca-se a prática da tortura, que ainda é empregada como meio de obtenção de provas, constituindo-se, portanto, em um dos principais mecanismos de franca oposição ao livre exercício desse direito. O problema da pesquisa consiste em determinar em que medida torna-se materialmente efetivo e satisfatório o exercício do direito ao silêncio à luz do modelo de persecução penal desenvolvido no âmbito dos órgãos e dos Poderes do Estado brasileiro, com a proposta final de respeito incondicional à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito ao Silêncio. Graus de Efetividade. Persecução Penal. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

Analyze the effectiveness of the right to silence, according to the social and economic status of people who are arrested or subjected to persecutory procedures, performed by agencies or by the State's constituted Powers in Brazil, endowed with investigative powers in criminal sphere. The approach to this subject is limited to the activities of criminal prosecution and is bounded, in terms of time, to the period since the enactment of the Federal Constitution of 1988. The study is concerned with the individual's social and economic condition, since the evidence shows that the satisfaction of the right is subjected to different "degrees of effectiveness" in order for people to be given access, or not, to legal assistance, in a full and timely manner. These "degrees of effectiveness" are as variable as the circumstances in which the right to silence is being claimed or exercised. In this context, it is found that although the State's relations with the individual are disciplined according to the Rule of Law, the fact is that the right to silence continues to be neglected, particularly at the expense of the least favored social classes, in a way that creates a (negative) reinforcement in respect to the unequal treatment that the State bestows upon such people, who often lack resources and the minimum means necessary to promote the defense of their rights. Among the factors that hinder or impede the effectiveness of the right to silence, the practice of torture stands out, since it is still being used as a means of obtaining evidence, therefore representing one of the mechanisms of open opposition to the free exercise the right to silence. The research problem consists in determining the point in which it becomes materially effective and satisfactory to exercise of the right to silence, in light of the model of criminal prosecution developed within the agencies and Powers of the Brazilian State, with the final proposal of unconditional respect for the dignity of the human person.

Keywords: Right to Silence. Degrees of Effectiveness. Criminal Prosecution. Dignity of the Human Person.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APF	Auto de Prisão em Flagrante
CEJ	Código de Ética dos Jornalistas
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPCT	Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura
CNV	Comissão Nacional da Verdade
CPI/CPMI	Comissão Parlamentar (Mista) de Inquérito
CPP	Código de Processo Penal
CPP/PBA	Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires
DF	Distrito Federal
EBC	Empresa Brasileira de Comunicação
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
IUPERJ	Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro
LC	Lei Complementar
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
ORGCRIM	Organização Criminosa
PAIPCT	Plano de Ações Integradas para Prevenção e Combate à Tortura
PF	Polícia Federal
RA	Região Administrativa (no Distrito Federal)
RE	Recurso Extraordinário
RFB	República Federativa do Brasil
RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
SDH/PR	Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República
SNPCT	Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TV	Televisão (Emissora)
UFF	Universidade Federal Fluminense
UFI	Unidade Fiscal de Instrução

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
ABSTRACT.....	5
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	6
1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A NORMATIVIDADE DO DIREITO AO SILÊNCIO.....	23
2.1 Visão Geral.....	23
2.2 A Ordem Jurídico-normativa do Direito ao Silêncio.....	26
2.3 A Proteção do Direito ao Silêncio no Ordenamento Internacional.....	32
2.4 O Referencial Miranda v. Arizona.....	37
2.5 O Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Direito ao Silêncio.....	44
2.6 A Tutela Constitucional dos Bens Jurídicos Fundamentais e Garantismo.....	49
2.7 O Direito ao Silêncio como Bem Jurídico Fundamental e Positivismo.....	56
3 FATORES GERAIS QUE CONTRIBUEM PARA A INEFETIVIDADE DO DIREITO AO SILÊNCIO.....	61
3.1 Considerações Preliminares.....	61
3.2 A Prática da Tortura como Meio de Obtenção de Provas e de Violação do Direito ao Silêncio.....	63
3.3 O Jornalismo Investigativo e a Especulação Midiática em Confronto com o Direito ao Silêncio.....	76
3.4 A Reação Social à Sensação de Impunidade: a busca da condenação a qualquer custo.....	86
4 FATORES ESPECÍFICOS QUE CONTRIBUEM PARA A INEFETIVIDADE DO DIREITO AO SILÊNCIO: ANÁLISE DE CASOS.....	95
4.1 Considerações Preliminares.....	95
4.2 O Direito ao Silêncio e as Comissões Parlamentares de Inquérito: análise da investigação denominada "CPMI do Cachoeira".....	98
4.3 O Direito ao Silêncio e a Prática Investigativa Policial no Distrito Federal: confronto entre o texto e o contexto dos autos de prisão em flagrante.....	107
4.4 O Direito ao Silêncio e a Jurisdição: análise da jurisprudência sobre o tema no âmbito do STF e STJ.....	112

5 O EXERCÍCIO DO DIREITO AO SILÊNCIO SEGUNDO A POSIÇÃO SOCIAL E ECONÔMICA DO INDIVÍDUO.....	126
5.1 Diferentes Graus de Efetividade do Direito ao Silêncio.....	126
5.2 Igualdade de Tratamento e a Emancipação do Indivíduo à Luz da Teoria de Dworkin.....	131
5.3 Falhas Identificadas na Política Pública de Proteção do Direito do Silêncio.....	140
5.3.1 Falha no Sistema Nacional de Proteção e Combate à Tortura.....	140
5.3.2 Falha no Espaço Reservado à Atuação da Defesa.....	144
5.3.3 Falha na Interpretação que o Supremo Tribunal Federal faz quanto ao Direito à Ampla Defesa nos Procedimentos Policiais.....	150
5.4 A Necessária Intervenção da Defesa Técnica para Assegurar o Livre Exercício do Direito ao Silêncio.....	153
5.5 Propostas para se Alcançar o Maior Grau de Efetividade do Direito ao Silêncio.....	157
6 CONCLUSÃO.....	161
REFERÊNCIAS.....	166

1 INTRODUÇÃO

O estudo proposto: A Efetividade do Direito ao Silêncio Dependente da Posição Social e Econômica do Indivíduo: abordagem à luz da realidade do sistema persecutório-penal revela-se importante, atual e reclama novos enfoques, além de guardar estreita pertinência com o tema dos direitos e das garantias fundamentais. E, para o enfrentamento dessa questão, o ponto de partida é a constatação de que, por mais que o sistema constitucional, que rege as democracias do mundo moderno, tenha evidenciado grandes e consideráveis avanços, os direitos fundamentais do indivíduo ainda padecem de efetividade. No caso do direito fundamental ao silêncio, sua inefetividade finda por atingir outros direitos inerentes à pessoa, de modo a formar uma extensa cadeia de violações de inúmeros direitos correlacionados, como os direitos à vida, à dignidade, à integridade física e mental, à igualdade, à liberdade, à não-violação do domicílio, à imagem, à honra etc.

É inquestionável que, sem a eficaz proteção do direito ao silêncio, resta prejudicada qualquer tentativa de valoração quanto à perspectiva de efetividade também dos direitos à ampla defesa e ao contraditório. Nesse cenário, a igualdade de tratamento a que o indivíduo faz *jus* perante a atuação do Estado, no exercício da persecução penal, de modo a fazer valer seu direito ao silêncio, fica subordinada a condições fáticas muito variadas e, por vezes, sem qualquer possibilidade de controle quanto à finalidade e à legalidade. Consequentemente, a efetividade quanto à fruição desse direito, no âmbito da persecução penal, pode ser mais bem compreendida na perspectiva de "graus de efetividade", sendo estes tão variáveis quanto as circunstâncias em que esse direito estiver sendo reivindicado ou exercido.

Diante da realidade que se apresenta, o objetivo do estudo consiste em identificar os fatores que contribuem para a inefetividade desse direito, relacionando-os com a forma como os indivíduos são tratados pelos órgãos estatais que desenvolvem atividades persecutórias, especialmente considerando as diferenças significativas e qualitativas contrárias à igualdade jurídica e material que, teoricamente, deveria ser reconhecida em favor de todos os indivíduos envolvidos em quaisquer dos procedimentos persecutórios, respeitando-se e cumprindo-se as diretrizes constitucionais que asseguram a liberdade pessoal, além de identificar as possíveis soluções, a partir da conjugação de todo o aparato normativo-

constitucional existente, das políticas públicas relacionadas com essa questão, bem como do suporte garantista decorrente da positivação dos direitos fundamentais.

Justifica-se o desenvolvimento deste estudo por sua importância que transcende os limites das frequentes violações do devido processo legal que, ordinariamente, são as mais evidentes e debatidas nos meios forense e acadêmico, pois o que se percebe é que não há estudos mais aprofundados que se ocupem especificamente da violação do direito ao silêncio, no curso de atividades persecutórias de vertente penal, embora essa ocorrência seja constante no cenário brasileiro, estando especialmente relacionada com a prática da tortura. Desse modo, destacam-se três razões que justificam o desenvolvimento deste estudo:

a) primeira, porque que ainda persistem intensas as violações dos direitos fundamentais, principalmente por atos praticados por agentes do Estado, na esfera dos Poderes constituídos, visando, entre outros propósitos, a busca de provas que subsidiem futuras sentenças penais condenatórias (investigações policiais) ou relatórios de investigações parlamentares (CPIs). Nessas condições, esses agentes atuam em detrimento das pessoas que se encontram envolvidas em algum procedimento investigativo (formal ou informal) ou privadas da liberdade (formal ou informalmente) e transgridem o espaço reservado aos direitos mais essenciais assegurados constitucionalmente.

b) segunda, porque com a recente criação do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (SNPCT), o Estado brasileiro assumiu, expressa e formalmente, a tarefa de fortalecer a prevenção e o combate à tortura, mediante a articulação e a cooperação de diversos órgãos dos setores público e privado, constituindo uma política pública específica e de abrangência nacional. Nesse contexto, há que se destacar a prática da tortura por setores vinculados ao Estado como mecanismo de violação do direito ao silêncio, que permanece sendo empregado especialmente em relação às pessoas que, em dadas circunstâncias, estiverem desguarnecidas da assistência de um profissional capaz de exercer a defesa técnico-jurídica, na forma assegurada pela Constituição.

c) terceira, porque a busca pela efetividade dos direitos fundamentais é ainda um grande desafio a ser enfrentado pelos diversos segmentos da estrutura do Estado e

da sociedade brasileira, considerando, nesse ponto, que a falta de concretização desses direitos acarreta forte impacto nas relações sociais, fundamentalmente porque conduz ao descrédito generalizado na Constituição que, desde sua promulgação, foi apresentada como uma carta de direitos e de garantias da cidadania.

Do ponto de vista metodológico, a pesquisa será desenvolvida sob a forma teórica e qualitativa, e buscará recuperar o conhecimento político, jurídico e filosófico em torno do conceito de "bem" associado ao direito ao silêncio, situando-o como bem jurídico fundamental inserido no contexto de uma teoria ou modelo garantista, cotejando-o, ainda, na perspectiva da teoria de igualdade de tratamento, considerada como projeto político-filosófico de tratamento do indivíduo, tudo em conformidade com o modelo de persecução penal do Estado brasileiro.

Essa abordagem metodológica é uma tentativa de aproximar duas relações muito presentes no cotidiano das pessoas, a partir da análise circunstancial do enlace jurídico que as envolve: a) primeiro, deve-se ter em conta que a noção de "bem", tomada a partir do referencial patrimonial, é quase sempre a única perspectiva conhecida dos titulares de direitos ditos fundamentais, podendo-se citar como exemplo os direitos à saúde, à educação, à moradia, ao emprego remunerado etc. Por isso, a abordagem garantista, segundo o modelo de Ferrajoli, favorece a melhor compreensão e distinção entre direitos fundamentais essencialmente patrimoniais e direitos fundamentais sensíveis, como o direito à ampla defesa, ao silêncio, à honra, à imagem etc.; segundo, a forma desigual da organização social, a partir de referenciais que marcam o *status* social, preponderantemente em razão da origem, da raça e da condição econômica, condicionam não apenas a fruição dos direitos patrimoniais, mas quase sempre esse fator é determinante quanto à inefetividade dos direitos sensíveis, do que resulta graus diferenciados de tratamento do indivíduo pelos diversos segmentos do Estado, que desenvolvem atividades persecutórias.

Essa conjugação de teorias, garantismo e igualdade de tratamento, é mais um esforço metodológico no sentido de evidenciar a perfeita e estreita ligação possível entre as perspectivas filosóficas e políticas, que podem, conjuntamente, favorecer a reorganização do Estado e da sociedade de modo a se tornarem mais inclusivos e especialmente orientados e submetidos às normas e princípios que dão suporte ao Estado de Direito.

O estudo terá como referencial temporal o âmbito de vigência da atual Constituição Federal e, como foco principal, a realização da persecução penal pelos órgãos do Estado no âmbito dos Poderes, exercida com a violação do direito ao silêncio e com o tratamento desigual que os indivíduos recebem de acordo com a condição social e econômica que ostentam e a esfera de Poder a que estiverem submetidos.

No plano espacial, em relação ao Poder Legislativo, serão abordados alguns aspectos procedimentais verificados na investigação desenvolvida pela Comissão Parlamentar de Inquérito denominada "CPMI do Cachoeira", que teve curso no Congresso Nacional, em 2012. De igual modo, no âmbito do Poder Executivo, serão apontadas algumas particularidades rotineiras identificadas em autos de prisão em flagrante (APFs) lavrados em unidades policiais civis do Distrito Federal, com destaque a um caso específico, em que ocorreu a privação da liberdade de um indivíduo sem que lhe fosse assegurada a devida assistência jurídica, entre outras garantias; e, na esfera do Poder Judiciário, serão analisadas decisões que deram suporte à orientação jurisprudencial adotada pelo STF e pelo STJ, em relação a casos nos quais as garantias constitucionais de presos não foram observadas, além de breve referência a uma pesquisa desenvolvida acerca do grau de justiciabilidade dos Direitos Humanos, que evidenciou a falta de envolvimento verificado por um segmento da magistratura quanto ao emprego adequado de normas garantidoras de direitos fundamentais, tudo isso em confronto com a satisfação e a preservação da liberdade individual.

Embora esta pesquisa não seja essencial e exclusivamente destinada a estudo de casos, estes casos foram selecionados como referencial empírico especialmente porque sua análise favorece a compreensão da realidade quanto ao exercício de direitos sensíveis em confronto com a perspectiva jurídico-normativa. Mas há também, inegavelmente, a perspectiva sociológica presente em cada um desses episódios que não deve ser desprezada, apesar de a abordagem sociológica não ser pretensão de estudo. Tudo isso conjuntamente considerado remete ainda a valorações estritamente objetivas a partir desse material empírico, ricamente constituído de aspectos que respaldam a hipótese da pesquisa, assim como confirmam a conclusão de que o exercício do direito ao silêncio apresenta profundo déficit em todos os setores do Estado, na esfera dos Três Poderes, indistintamente. Exatamente por isso, como proposta inicial, buscou-se selecionar casos que representassem o verdadeiro perfil de atuação das instituições que desenvolvem atividades persecutórias.

Convém esclarecer que, para melhor adequação semântica, a expressão "processo penal" abarcará também os procedimentos pré-processuais de investigação criminal e os procedimentos pertinentes com a instrução dos feitos próprios das CPIs, excluindo-se, porém, do campo de abrangência dessa expressão, apenas por questão de delimitação, os procedimentos destinados à apuração de atos infracionais e os relativos com à execução penal, notadamente em razão das peculiaridades e das especificidades dessas duas grandes áreas.

Ainda por necessidade de adequada contextualização, impõe-se delimitar a compreensão do sentido que se empresta à efetividade do direito ao silêncio que, para o propósito deste estudo, será qualificada como uma definição operacional e compreenderá qualquer situação em que o indivíduo possa exercer na plenitude e com satisfação o direito de permanecer em silêncio, sem sofrer qualquer ofensa a sua integridade física e/ou mental, nem sofrer qualquer consequência desfavorável de ordem processual.

O marco referencial adotado nesta pesquisa compreenderá duas grandes categorias teóricas. A primeira delas refere-se ao dimensionamento do direito ao silêncio, como categoria de bem jurídico e suas correspondentes garantias constitucionais, no contexto da teoria ou modelo garantista¹, e a segunda refere-se ao enfrentamento da discussão em torno da igualdade política programada para o indivíduo a partir da igual consideração, com a qual o Estado deve tratar a todos, sem distinções².

Mas, antes de expor algumas considerações sobre esses marcos referenciais, convém situar que o problema a ser enfrentado nesta pesquisa consistirá em determinar em que medida torna-se materialmente efetivo e satisfatório o exercício do direito ao silêncio, à luz do modelo de persecução penal realizado no âmbito dos órgãos e dos Poderes constituídos do Estado brasileiro e da condição social e econômica dos titulares desse direito.

A redução do problema em torno dessa questão será o principal eixo do estudo, fundamentalmente porque pelo seu teor já se pode inferir que quaisquer das principais fontes formais de conhecimento existentes, nenhuma, isolada ou combinadamente, consegue minimamente responder por que em um Estado que segue o modelo constitucional, com a positivação dos direitos fundamentais, estes recorrentemente carecem de efetividade material.

¹ Cf. Unidade 2, Tópicos 2.6 e 2.7.

² Cf. Unidade 5, Tópico 5.2.

Mas, para o encaminhamento da solução possível para esse problema, devem ser consideradas duas premissas:

a) a primeira é a de que a CF de 1988 já contém todos os elementos e mecanismos formais que garantem os direitos fundamentais, de modo que a resposta ao questionamento se reduzirá à determinação sobre em que medida se pode garantir materialmente a efetividade do direito ao silêncio. Esse recorte sobre o enfoque da pergunta é essencial, uma vez que, embora existam vários modos para se afirmar a existência de um direito, são limitados, e por vezes nulos, os meios relativos à sua tutela, concretamente, e

b) a segunda funda-se na perspectiva de que a autodefesa, proclamada em sede normativa, doutrinária e jurisprudencial como meio de defesa, padece de qualquer sentido prático e de validade operacional, uma vez que o indivíduo não pode ficar à mercê da própria sorte e limitado a sua condição pessoal, exclusivamente, quando tiver de se opor ao Estado para fazer valer seus direitos mais essenciais, sendo exemplo suficiente dessa inferioridade, na relação entre o Estado e o indivíduo, exatamente o núcleo da discussão proposta, que associa a inefetividade quanto ao exercício do direito ao silêncio à prática da tortura. O desnivelamento nessa relação é evidente e, em razão disso, a prestação da assistência jurídica integral ao indivíduo revela-se um fator indispensável³.

Com isso, a hipótese que se pretende confirmar ao final é que o exercício do direito ao silêncio, enquanto categoria de bem jurídico fundamental, está sujeito a variações de "graus de efetividade", segundo esteja satisfeita a circunstância de o seu titular encontrar-se devidamente assistido pela defesa técnica, observando-se a forma adequada e oportuna de seu exercício em favor das pessoas qualificadas como presas, indiciadas, suspeitas ou investigadas, em quaisquer das esferas dos Poderes constituídos, ou mesmo quanto às que estejam respondendo a processos judiciais. Portanto, acolhe-se, com a hipótese apresentada, ser indispensável a atuação da defesa técnica em todos os momentos em que o direito ao silêncio for passível de ser exercitado, sem o que as garantias formais não têm condições de se impor e de ser respeitadas, propiciando, por conseguinte, as práticas violadoras desse direito,

³ Cf. Ilustração na Unidade 3, Tópico 3.2.

sob a forma de constrangimentos ilícitos, como a tortura, entrevistas forçadas e ameaças de naturezas diversas.

Dessa forma, considerando que a fase pré-processual ou investigativa é aquela na qual há a incidência de constrangimentos ilícitos como meio de produção de provas e, portanto, com violação do direito ao silêncio, assume-se que somente com a assistência integral da defesa técnica nessa fase, como condição de validade desses atos, para que possam ser aproveitados e juntados, posteriormente, aos autos que comporão eventual ação penal, relatórios, inquéritos, sindicâncias etc. é que se poderá obstar a prática dos mencionados constrangimentos ilícitos e garantir-se a efetividade do direito ao silêncio, concretamente.

Os fatos têm demonstrado que a situação mais extrema de violação do direito ao silêncio é a que se relaciona com as técnicas de investigação policiais, desenvolvidas com ou sem a instauração formal de procedimento investigativo, nas hipóteses em que há a previsão legal de instauração de inquérito ou de termo circunstanciado. Há casos em que esses procedimentos formais são ignorados e, até mesmo antes de se ter embasamento mínimo acerca do suposto fato criminoso e da possível autoria, pessoas tidas como suspeitas ou aquelas que, embora ainda não o sejam, mantenham alguma proximidade com quem possa assim ser considerado, são sumariamente privadas da liberdade⁴ e conduzidas às instalações das unidades policiais, civis ou militares, onde, sem receber qualquer assistência em nível jurídico e material, são constrangidas a prestar depoimentos ou esclarecimentos sobre fatos e pessoas com quem se possa correlacionar a prática de alguma infração penal.

Quase invariavelmente, são nesses casos que ocorre a prática da tortura e a exposição imediata dos suspeitos aos veículos de comunicação de massa, que se encarregam de tomar "entrevistas forçadas", além da exposição da imagem dessas pessoas sem o prévio consentimento e sem que haja qualquer possibilidade de prestação de assistência por profissional habilitado para a promoção da defesa dos direitos individuais (defensores públicos e advogados).

Outra situação a ser analisada tem a ver com a atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), estruturas específicas criadas no âmbito das casas legislativas com a finalidade de apurar fatos determinados dentro de prazos definidos, sendo-

⁴ Prisões executadas sem ordem judicial e ausente o estado de flagrante delito.

lhes assegurado o poder investigatório inerente às autoridades judiciais. A CPI é um órgão investigativo não permanente, cujo procedimento rege-se por lei específica⁵, sendo-lhe, entretanto, o Código de Processo Penal de aplicação subsidiária. Para a realização de suas atribuições, a CPI poderá determinar as diligências que reportar necessárias, requerer e tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, dos indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de repartições públicas e autárquicas informações e documentos, e transportar-se aos lugares onde se fizer imperativa sua presença. Por causa da realização desse conjunto de atribuições, houve casos em que as CPIs determinaram a prisão de investigados e testemunhas que, em seu julgamento, incorreram em falso testemunho. Diante dessa realidade, pessoas intimadas a depor, temerosas quanto ao risco da autoincriminação ou de serem presas por ordem da Comissão, ao argumento de terem incorrido em falso testemunho, passaram a se resguardar ajuizando, previamente, perante o STF, a ação constitucional de *Habeas Corpus*, de modo que com a proteção garantida por esse instrumento, não se sujeitassem à privação da liberdade ou a outros constrangimentos que lhes fossem impostos pela Comissão. A jurisprudência sobre esse tema, no âmbito do STF, firmou-se no sentido de reconhecer em favor de indiciados e de testemunhas o direito de se manterem em silêncio sempre que, em razão de suas respostas às perguntas formuladas pela Comissão, se expuserem a grave dano, dando-se preponderância em tais casos à prerrogativa pessoal contra a autoincriminação.

Outro aspecto que demanda análise tem a ver com o tratamento dispensado pelo Poder Judiciário ante algumas situações peculiares de provas produzidas na esfera policial, especialmente no bojo de APFs, decorrentes do exercício de atividade investigativa, num primeiro momento, e da subsequente atuação da Jurisdição, no exercício não propriamente de sua função julgadora, mas, antes de tudo, garantidora dos direitos fundamentais da pessoa humana, verificando-se que, de algum modo, essa atuação não tem favorecido a satisfação plena quanto ao exercício regular do direito ao silêncio. A importância de se fazer esses apontamentos está associada ao entendimento mais recorrente de que o Poder Judiciário é, em princípio, o espaço por excelência destinado, e mais bem aparelhado, à salvaguarda dos direitos fundamentais, o que apenas em parte pode ser considerado verdadeiro.

⁵ A Lei n. 1.579, de 18 de março de 1952, dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Essa qualidade do Poder Judiciário não decorre de sua natureza constitucional, mas primordialmente da independência e da necessária imparcialidade, que asseguram atuação mais equilibrada de seus membros. Ao lado disso, há também a necessária intervenção do Ministério Público (MP) ao se tratar de ações penais e de seus incidentes processuais, tanto na promoção da responsabilidade penal quanto na condição de órgão interveniente, de modo a tornar exequíveis os direitos fundamentais. Em caráter complementar, e de igual relevância, há também a destacada atuação dos órgãos de defesa, públicos ou privados, responsáveis pela promoção da mais ampla defesa dos direitos individuais ameaçados ou lesados diante da atuação arbitrária dos protagonistas de diligências investigativas (policiais, em geral) realizadas em descompasso com os regramentos constitucionais, legais e até mesmo estatutários. É essa a visão que se tem da Jurisdição a partir de uma perspectiva panorâmica, bastante superficial.

Conforme se verá mais adiante, um dos problemas mais complexos e intrigantes que envolve o exercício da Jurisdição, enquanto função pública destinada à promoção dos direitos fundamentais, pode estar associado ao efetivo controle que esta deveria exercer quanto às prisões efetuadas pelo Estado, especialmente quanto àquelas ditas provisórias, como a prisão em flagrante e a cautelar. Mas há, entretanto, uma realidade oposta que merece ser examinada, diante de elementos bem-definidos que evidenciam a omissão ou a falta de compromisso da Jurisdição em vários aspectos relacionados com o controle dessas prisões, não apenas no aspecto geral da legalidade do ato, mas especificamente quanto ao atendimento satisfatório dos direitos irrenunciáveis das pessoas presas.

Nessa perspectiva, serão analisados com olhar crítico alguns aspectos circunstanciais que envolvem o exercício do direito ao silêncio no contexto do processo penal judicial, a partir de alguns entendimentos firmados pelo STF e pelo STJ.

Percebe-se em todos os casos, que serão examinados adiante com maior rigor, que o direito ao silêncio não é decorrência lógica e automaticamente garantida pela Constituição, mas antes um "privilégio" somente concedido a quem tenha a oportunidade de previamente munir-se da assistência de um órgão de defesa, condição essa quase sempre impossível de ser antevista, uma vez que, por exemplo, ninguém nunca sabe ou tem a condição de prever quando e onde será abordado, se na própria residência ou em algum espaço público, preso e

conduzido para alguma unidade policial, com o propósito de prestar esclarecimentos ou se submeter a algum procedimento de produção de provas que lhe possa ser prejudicial.

Em torno da inefetividade do direito ao silêncio, das condições sociais e econômicas desfavoráveis do indivíduo e das peculiaridades quanto à forma como são conduzidos os procedimentos investigativos, há todo um complexo conjunto de fatores que precisam ser adequadamente conhecidos e esclarecidos.

Mas, qualquer que seja o caminho a ser seguido, não se pode ignorar que o direito ao silêncio integra categoria própria de bem jurídico, algo que, na percepção de Ferrajoli (2011), não se pode confundir com bem jurídico de feição patrimonial. Entendendo-se, portanto, que há distinções e assegurando-se ao direito ao silêncio a mesma e necessária tutela que se dispensa aos demais bens jurídicos, é possível se impor o rigor exigível quanto à proteção desse bem jurídico fundamental. Nesse sentido, a classe de sujeitos que são os titulares dos direitos fundamentais é a mesma que, segundo Ferrajoli (2011), deve igualmente desfrutar do direito ao silêncio e da correspondente garantia inerente a seu exercício, classificado pelo jurista italiano com direito primário, que se aplica indistintamente a todos os seres humanos, ante o reconhecimento de sua natureza universal.

Alcançando-se esse entendimento e assumindo a CF de 1988 como uma carta política essencialmente garantista, revela-se absolutamente precisa e adequada a concepção de Ferrajoli quanto aos procedimentos investigativos serem submetidos ao regime do Estado de Direito, o que, segundo ele, é sinônimo de garantismo. Diante dessa incontestável necessidade, Ferrajoli reconheceu que os procedimentos investigativos ainda são mantidos fora do alcance das garantias processuais, perpetuando-se a contaminação policesca dos procedimentos e dos estilos de investigação⁶.

Mas a inefetividade do direito ao silêncio não está associada apenas à não-incrementação das correspondentes garantias. Não se trata de problema a ser resolvido exclusivamente na seara garantista. Há algo mais que reclama seu devido espaço na órbita social e estatal e diz respeito à posição que cada indivíduo ocupa na ordem econômica, a partir da qual poderá ter acesso às garantias e fruir desse direito especial, diante de situações concretas vinculadas a procedimentos investigativos, que lhe possa acarretar prejuízos.

⁶ Cf. Unidade 2, Tópico 2.6.

De fato, a igualdade de tratamento é uma condição indispensável para se alcançar a efetividade do exercício do direito ao silêncio, na sua plenitude, especialmente em relação às pessoas que tenham sido privadas da liberdade. A questão a ser enfrentada nessa abordagem é a de que, por não dispor dos recursos existenciais mínimos, as pessoas mais carentes são as mais afetadas pela desigualdade social, sempre que a liberdade for objeto de imediata restrição por ação do Estado.

Apesar disso, a verdade é que há uma dificuldade natural em se estabelecer padrões de tratamento igualitário entre as pessoas, o que de imediato impõe definir se há e quais seriam os critérios para a promoção da igualdade. Aliado a isso, há também a necessidade de satisfação dos direitos individuais de forma conjugada com a satisfação dos interesses coletivos. Visando a enfrentar essa realidade, teóricos se ocuparam da tarefa de apresentar possíveis soluções para problemas sociais dos mais variados, buscando equacionar questões complexas (*hard cases*) que atingem o gênero humano, como a igualdade, a liberdade, a justiça, a dignidade etc. Ronald Dworkin é exemplo de um filósofo que se ocupou em propor uma teoria ampla que pudesse servir de encaminhamento para a solução de problemas sociais mais complexos, buscando resolver os conflitos envolvendo esses valores sensíveis.

A teoria sobre a igualdade desenvolvida por Dworkin pode ser um referencial filosófico bastante razoável quando se tem a pretensão de demonstrar ser concretizável um direito tão singular e ao mesmo tempo tão passível de violações como o direito ao silêncio. Conforme ressaltado por Dworkin, uma importante premissa a ser observada é a de que para tratar as pessoas com igualdade, todos devem se empenhar em tornar suas vidas igualmente desejáveis para elas ou lhes oferecer meios para que o façam. Ainda de acordo com Dworkin, a igualdade quanto à distribuição de recursos consiste em tratar as pessoas como iguais, na medida em que se distribua ou se transfira recursos a elas de tal modo que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais.

Assim, diante de um quadro social expressivamente desigual como o que se vê no cenário brasileiro, percebe-se que o cidadão, detentor de direitos, passa a ser tratado em termos desiguais em relação ao não-cidadão (o bandido), cujos direitos, embora declarados, não são respeitados. Conseqüentemente, a busca pela satisfação da igualdade de recursos, de modo a favorecer a efetividade dos direitos do "bandido", ligados à preservação de sua

liberdade, parece ser uma proposta necessária e inadiável, a partir da constatação do quadro de desigualdades sociais tão extremadas como as que são identificadas no âmbito de fruição dos direitos fundamentais.

Organicamente, o desenvolvimento textual da pesquisa conterà os tópicos essenciais distribuídos em seis unidades, sendo a primeira delas destinada à Introdução e a última, à Conclusão.

Na unidade 2 serão enfocados os principais elementos normativos que dispõem sobre o direito ao silêncio no âmbito dos ordenamentos jurídicos, interno e internacional, destacando-se entre estes a correlação de alguns direitos fundamentais catalogados na CF de 1988 e de seus correspondentes no direito internacional. Destacam-se, ainda, dois importantes referenciais relacionados com a proteção a esse direito: a decisão adotada no caso *Miranda v. Arizona*, decorrente da construção jurisprudencial feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos (1966), e o atual Sistema Nacional de Prevenção e de Combate à Tortura (SNPCT), como instrumento de política pública criado pelo governo brasileiro (2013). A importância atribuída a esses referenciais tem a ver com a influência dessas políticas para o enfrentamento da questão ligada diretamente com a produção de provas, durante a fase investigativa, sem que o preso ou investigado tenha sido adequadamente assistido pela defesa técnica.

No caso *Miranda v. Arizona*, a decisão adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos teve o condão de evitar que as pessoas presas ou investigadas fossem forçadas à autoincriminação, especialmente porque se reconheceu a necessidade de que em tais casos fossem informadas de seus direitos e integralmente assistidas, com a consequente nulidade dos atos praticados e das provas produzidas no caso de violação dos direitos garantidos, formalmente, nas 5ª, 6ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos. No caso brasileiro, a instituição do SNPCT nada modificou o procedimento para o desenvolvimento da persecução penal, notadamente na fase policial, embora o sistema em questão tenha a pretensão de atuar na prevenção e no combate à tortura, fator este que se opõe flagrantemente à pretensão de alguém fazer valer o direito próprio de se manter em silêncio, no curso de investigações policiais, em que pese a CF de 1988, à semelhança das citadas Emendas à Constituição dos Estados Unidos, expressamente dispor que todos têm o direito de permanecer em silêncio e de receber assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII). Revela-se importante cotejar essas duas linhas de políticas de Estado, uma vez que favorecem

a reflexão sobre um possível caminho ou alternativa a se seguir, de modo a se alcançar a satisfação plena e efetiva quanto à fruição do direito ao silêncio⁷.

Nas duas unidades seguintes, o enfoque privilegiará o exame de alguns fatores que contribuem para a inefetividade do direito ao silêncio.

Na unidade 3 se fará um exame mais pormenorizado sobre alguns fatores ditos gerais que contribuem para a inefetividade do direito ao silêncio, incluindo-se a prática da tortura como meio de obtenção de provas, a atuação do jornalismo investigativo⁸ e a reação da sociedade ante a sensação de impunidade de criminosos. Esses são fatores que dificultam ou impedem que o referido direito alcance a plenitude de satisfação e de efetividade quanto a seu exercício e configuram situações muito corriqueiras verificadas no cotidiano brasileiro, além de evidenciarem com clareza como a proteção do direito ao silêncio é por demais precária, ao mesmo tempo em que deixa patente a insensibilidade e até o desinteresse do Estado em agir, permitindo, com sua omissão, a perpetuação de práticas bárbaras, medievais e contrárias ao projeto constitucional de formação de uma sociedade justa, igualitária e garantidora da dignidade da pessoa humana.

Na unidade 4 serão abordados casos concretos em três frentes distintas, segundo a atuação dos órgãos estatais que incorporam funções investigativas, nas quais o direito ao silêncio deveria ser invocado como forma regular de se tutelar e resguardar os interesses das partes envolvidas nos respectivos procedimentos investigativos. Esses fatores específicos, que consubstanciam a vertente empírica do estudo, serão analisados no âmbito de atuação de cada um dos Poderes, de forma a identificar de que modo esse direito tem sido tratado nas respectivas áreas.

Nessa abordagem, o enfoque privilegiará o exercício do direito ao silêncio diretamente no contexto de um caso real, submetido à investigação parlamentar denominada "CPMI do Cachoeira" (esfera do Poder Legislativo). Outro caso real é o que se refere ao modo como se desenvolveu a prisão (em flagrante delito) e a autuação de um indivíduo, segundo a prática investigativa policial corrente no Distrito Federal e as circunstâncias concretas do não-exercício do direito ao silêncio (esfera do Poder Executivo).

⁷ Cf. a Tabela 6, na Unidade 2, Tópico 2.5, parte final, o resumo comparativo entre essas duas políticas.

⁸ Como se verá mais adiante, trata-se do jornalismo que, embora rotulado de investigativo, tem natureza especulativa e sensacionalista.

Outra importante abordagem tem a ver com a forma como a Jurisdição tem interpretado aspectos diretamente relacionados com o exercício de direitos de presos e investigados, notadamente quanto à realização concreta das garantias que deveriam ser atendidas, quando em curso medidas privativas da liberdade. O enfoque se centrará em decisões adotadas no âmbito das competências do STF e do STJ (esfera do Poder Judiciário), de modo a revelar como as decisões desses tribunais têm contribuído para o desatendimento do exercício satisfatório de alguns importantes direitos fundamentais atribuídos aos presos, especialmente em relação ao direito ao silêncio.

Na unidade 5, o direito ao silêncio será abordado segundo a perspectiva dogmática que o envolve, especialmente quanto às formas diferenciadas como as pessoas são acolhidas pelo Estado, segundo disponham ou não de meios eficientes de se defenderem, ante as investidas do aparelho público de persecução penal. A igualdade de tratamento será tomada como um aspecto fundamental para a concretização desse direito, diante de sua realidade, que não se traduz em absoluto pela inefetividade ou pela efetividade, mas antes segundo "graus de efetividade", tudo relacionado com a capacidade diferenciada de as pessoas terem acesso à assistência jurídica adequada, oportuna e eficiente.

Reservou-se ainda a essa unidade o apontamento de falhas identificadas na condução de políticas que, supostamente, pretendem atuar como medidas de proteção, mas que antes, seguramente, prejudicam o exercício do direito ao silêncio. Desse modo, a par de todos os fatores examinados, genéricos e específicos, e do cotejamento destes segundo as diretrizes da teoria garantista de Ferrajoli e da teoria igualitarista de Dworkin, chegou-se à confirmação da hipótese inicial, quanto a necessidade indeclinável de intervenção da assistência jurídica em todos os atos e fases dos procedimentos investigativos no âmbito da persecução penal, de modo a viabilizar a defesa integral nesses procedimentos e atender às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório⁹. Por conseguinte, serão apresentadas propostas com a pretensão de indicar alternativas visando a elevar o grau de efetividade do direito ao silêncio, em quaisquer procedimentos investigativos desenvolvidos por órgãos do Poder público, indistintamente.

⁹ Cf. Unidade 5, Tópico 5.3, subitens.

2 A NORMATIVIDADE DO DIREITO AO SILÊNCIO

2.1 Visão Geral da Normatividade e das Garantias do Direito ao Silêncio

Para a melhor compreensão quanto à normatividade do direito ao silêncio no ordenamento jurídico brasileiro, devem ser primeiramente enfocados três diferentes aspectos que antecederam sua positivação: a) o convencimento de sua importância para a proteção do indivíduo, b) a ordem política interna do Estado de Direito e c) alguns aspectos da proteção internacional dos direitos fundamentais.

O primeiro fator a ser considerado, ao se refletir sobre a positivação do direito ao silêncio, resulta do convencimento quanto a sua importância para a proteção do indivíduo, o que seguramente está associado à noção do direito à defesa, amplo e eficiente, além da necessidade de se resguardar a paridade de forças com o outro lado do sistema acusatório: a acusação. Esse aspecto de "direito à defesa" parece colocar o direito ao silêncio em nível de igualdade com o poder persecutório do Estado, o que conduziria logicamente à formação de um sistema punitivo baseado no equilíbrio de forças, pois de um lado estaria o Estado, detentor dos meios legais e jurídicos necessários ao desencadeamento da persecução penal, visando, como proposta final, ao exercício pleno de seu poder punitivo e, de outro lado, estaria o indivíduo que, em face de sua singularidade e às vezes simplicidade, deveria igualmente estar munido de meios legais e jurídicos, adequados e suficientes, no sentido de promover sua efetiva defesa, sem ter de se submeter a constrangimentos físicos, psíquicos e também a humilhações¹⁰ para afirmar sua inocência ou, conforme o caso, somente se submeter ao regime de cumprimento da reprimenda penal quando esta tenha decorrido de processo penal regular e coerente com os fundamentos que dão suporte ao Estado de Direito.

Para a apreciação desse tema, é importante ter em conta, desde logo, que a garantia do exercício do direito ao silêncio representa apenas uma parte contida num conjunto de outras importantes normas de garantias dos direitos fundamentais, com as quais se comunica e se torna operativo, ao menos do ponto de vista formal:

¹⁰ Sobre a "Humilhação" cf. Unidade 3, Tópico 3.4, parte final.

O direito ao silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando interrogado (LOPES Jr., 2004, p. 232).

Disso resulta claro que onde ocorre a violação desse direito é porque outros, igualmente relevantes para a proteção do indivíduo, também já foram violados.

O segundo fator é de ordem política, na perspectiva de que se o Estado de Direito concentrou esforços no sentido de garantir que todos os indivíduos, sem distinção alguma, pudessem usufruir dos direitos catalogados na Constituição, é porque certamente deu preponderância ao interesse demonstrado pela maioria do eleitorado, cuja vontade, expressada pelo voto, legitimou todo o processo jurídico-político responsável pela formulação e consolidação da Constituição, nos termos em que foi promulgada. Logo, como a expressão política é, em termos gerais, a expressão da maioria, não pode uma minoria, que forma o núcleo de atuação do Estado (policial), nos setores responsáveis pelos procedimentos persecutórios, simplesmente recusar a aplicação válida e eficiente dos princípios constitucionais em prejuízo de um contingente de pessoas, a quem assistem direitos como à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal e, por conseguinte, também ao silêncio, entre outros direitos fundamentais.

É nesse sentido que se compreende a lógica do regime democrático, politicamente engendrado para realizar os direitos e possibilitar a máxima igualdade no meio social da forma mais ampla possível: "garantir por acções em justiça a efectividade dos princípios da democracia, a começar pela igualdade, em todos os aspectos da vida social, torna-se um novo combate político" (GARAPON, 2001, 273). Entretanto, em contraponto, mas também em reforço a esse ponto de vista, outro entendimento advoga que o regime democrático "será valido somente para as sociedades que conseguem manter uma continuidade significativa de decisões democráticas" (PFERSMANN, 2014, p. 110). Com efeito, por esse ponto de vista, advoga-se que a democracia é o regime político mais adequado para a concretização dos direitos fundamentais, do que se pode extrair que a lógica da democracia consiste na satisfação plena desses direitos a partir de critérios que envolvam tratamento igualitário e inclusões.

O terceiro fator a ser enfrentado envolve a perspectiva externa sobre os direitos fundamentais, segundo a óptica do direito internacional, que representa um importante passo para tornar esses direitos eficazes: "No plano político-jurídico, as declarações de direitos consagraram uma série de liberdades consideradas expressão de direitos naturais, mas que foram objeto de positivação com o escopo de tornarem-se mais eficazes" (FREITAS, 2002a, p. 56).

A importância do ordenamento jurídico internacional fundamenta-se, entre outros aspectos, na força de atuação desse sistema, operando como "força centrípeta", ou seja, atuando de fora para dentro: do âmbito internacional para o âmbito interno dos ordenamentos jurídicos, como nos casos dos tratados e das convenções, que influenciaram a formação das cartas de direitos fundamentais de inúmeros Estados, a exemplo da Lei Fundamental alemã (1949) e das Constituições portuguesa (1976), espanhola (1978) e brasileira (1988), para citar apenas algumas.

Essa influência exterior tem função primordial não apenas no sentido de robustecer a compreensão e a aceitação quanto à essencialidade dos direitos fundamentais, mas também porque aplica sua força no sentido de direcionar os novos rumos da humanidade, tornando-a, tendencialmente, mais acolhedora dos direitos e das garantias fundamentais do ente humano, além de favorecer a uniformização desses direitos entre as várias nações, ainda que se tenha entre elas diferenças baseadas em peculiaridades existenciais, como a língua, a cultura e a religião. Nessa medida, inserem-se os direitos ditos constitucionais, que assumiram a relevante tarefa de se irradiar universalmente e, tanto quanto possível, para além de todas as fronteiras: "Direitos constitucionais são, em última instância, direitos morais, uma vez que derivam de princípios que têm as propriedades da autonomia, da finalidade, da superveniência, da publicidade, da universalidade e da generalidade" (SANTIAGO NINO, 1996, p. 45, tradução nossa)¹¹.

Observados e bem compreendidos esses três aspectos que circunstanciam a positivação do direito ao silêncio, pode-se afirmar com razoável margem de acerto que se tal direito não tivesse sido objeto de definição como direito positivado (objetivo), passando a integrar o ordenamento jurídico real, em conformidade com os tratados e as convenções

¹¹ Constitutional rights are in the last instance moral rights, since they derive from principles that have the properties of autonomy, finality, supervenience, publicity, universalizability, and generality.

internacionais, seria muito difícil, senão impossível, obter o suporte mínimo de condições para a efetivação de outros tantos direitos, igualmente fundamentais, que, diretamente ou indiretamente, estão correlacionados.

A rigor, não seria mais que mero exercício de retórica a vedação constitucional da prática da tortura, no âmbito político, sem que houvesse a positivação do direito ao silêncio, não como simples promessa de realização jurídica, mas como meio necessário à efetivação do complexo de normas jurídicas que formam o acervo individual de direitos fundamentais.

2.2 A Ordem Jurídico-normativa do Direito ao Silêncio

O Estado brasileiro, sem dúvida, tendo sido influenciado por essa tendência cosmopolita de aceitação e de integração em seu ordenamento de um conjunto de direitos essencialmente garantidores das liberdades civis e sociais. Em razão disso, promoveu a positivação do direito ao silêncio, entre vários outros, o qual pode ser tomado como exemplo singular dessa realidade. De fato, no momento em que o legislador pátrio incluiu no texto constitucional o princípio que assegura ao preso o direito de permanecer calado, fez incorporar na essência do ordenamento jurídico, considerado em toda sua amplitude, nova postura de atuação, conferindo ao preso a condição de sujeito de direitos ou de relação, a quem deve ser reconhecidos direitos e deveres, que deverão ser respeitados, sob pena de ruptura de uma relação anterior e não menos importante, que é aquela que associa e limita toda forma de atuação do Estado aos fundamentos do Estado de Direito.

Tem-se, com isso, que a positivação do direito ao silêncio foi decisão política fruto do convencimento quanto a sua importância para a proteção do indivíduo, como consequência de um acordo político que deu preponderância ao interesse demonstrado pela maioria do eleitorado, cuja vontade, expressada pelo voto, o legitimou, bem como também é o resultado da assimilação pelo Estado brasileiro de uma tendência de proteção a esse e a outros direitos universalmente compreendidos como essenciais ao ente humano.

O produto final dessa engenharia constitucional¹² levou à consagração do direito ao silêncio nos termos seguintes: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência de família e de advogado" (CF, art. 5º, LXIII) (BRASIL, 2011). Dessa estrutura normativa, extrai-se a conjugação de dois mecanismos predispostos a conferir a necessária eficácia material à norma. O primeiro a se destacar é o direito à informação, o que significa que a condição de o indivíduo encontrar-se "preso" impõe ao Estado o dever de informá-lo de todos os direitos, entre os quais o de permanecer calado. Nessa perspectiva, este é apenas um dos direitos, havendo outros igualmente importantes e correlatos, que a própria Constituição cuidou de expressamente elencar, na linha de proteção dos direitos fundamentais.

Tabela 1 – Detalhamento de Direitos.

DIREITOS	ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO
Permanecer em silêncio.	LXIII, 1ª parte.
Assistência de família e de advogado.	LXIII, 2ª parte.
Identificação dos responsáveis pela prisão.	LXIV, 1ª parte.
Identificação dos responsáveis pelo interrogatório.	LXIV, 2ª parte.
Imediata comunicação ao juiz competente.	LXII, 1ª parte.
Imediata comunicação à família.	LXII, 2ª parte.

O segundo mecanismo trata-se, verdadeiramente, de norma de garantia que se assegura ao preso, no sentido de que o direito ao silêncio possa alcançar algum sentido prático, especialmente quanto ao nível de efetividade que dele se espera.

Tabela 2 – Detalhamento de Garantias.

GARANTIAS	ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO
Assegurar ao preso a assistência de família e de advogado.	LXIII, 2ª parte.

Por intermédio desse mecanismo, definiu-se a necessária garantia, tendo em vista a importância de que tanto a família quanto a defesa técnica possam prestar assistência ao preso, atuando desde o momento da prisão e, se o caso, até o julgamento da futura ação penal, permitindo-se, com isso, a possibilidade de construção da estratégia de defesa, combinando desde a produção de provas até a preservação da incolumidade física e mental da pessoa presa.

¹² Engenharia constitucional compreendida como o somatório ou a convergência de todo o aparato normativo internacional e nacional e das políticas de Estado correlacionadas, com a finalidade de formar um amplo sistema de direitos e de garantias individuais.

A assistência imediata prestada pela família tem importância fundamental na consubstanciação de um suporte físico e psicológico em favor da pessoa privada da liberdade, enquanto durar a prisão ou até que ela seja relaxada, convertida a alguma forma de prisão processual provisória, agora sob a fiscalização judicial, do Ministério Público e da própria defesa técnica, ou concedida a liberdade nos casos legalmente previstos. Paralelamente a isso, a assistência de defensor (*lato sensu*), ao mesmo tempo em que opera efeito complementar ao da assistência prestada pela família, também permite que se exerça no caso concreto a defesa jurídica de forma plena, não apenas como meio de evitar os abusos contra a integridade física e mental do preso, o que seria fator mais que suficiente para justificar sua indispensabilidade, mas também de modo a permitir a estruturação adequada de uma estratégia de defesa, alicerçada na indicação de provas que o favoreçam ou visando a impedir que ele próprio seja compelido a constituir provas autoincriminadoras, como nos casos em que é obrigado a assumir postura ativa e diligenciar com os servidores responsáveis por sua prisão, conduzindo-os a locais específicos, indicando a localização de pessoas suspeitas, ou de objetos que supostamente tenham vinculação com o crime em apuração, ou até mesmo sendo compulsoriamente entregue aos veículos de comunicação para prestar esclarecimentos sobre os fatos, ainda carecedores de comprovação.

Obviamente, além disso, garantir ao preso "acesso imediato a um advogado é muito importante também do ponto de vista da prevenção da tortura e de maus-tratos" (FOLEY, 2003, p. 26).

Consequentemente, a mínima conformação do direito ao silêncio no texto constitucional proporcionou singela reformulação da legislação processual penal, de modo a ajustar o CPP às novas diretrizes sobre esse tema (BRASIL, 2008). Com isso, algumas referências legislativas com incidência no procedimento investigativo e no processo penal propriamente dito se impuseram como forma de adequação do modelo persecutório até então definido. A título de exemplo, passou-se a se exigir a presença de defensor (CPP, art. 185, *caput*), constituído ou nomeado, no momento da realização do interrogatório judicial, sem prejuízo de o acusado poder entrevistar-se, prévia e reservadamente, com o seu defensor (CPP, art. 185, § 5º).

Além disso, antes de ter início o interrogatório, o acusado tem o direito de ser informado, pelo próprio juiz, quanto ao direito que o assiste de permanecer calado, podendo

inclusive deixar de responder às perguntas que lhe forem dirigidas (CPP, art. 186, *caput*), e que o exercício desse direito não importará em confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo de sua defesa (CPP, art. 186, parágrafo único). Ao lado dessas diretivas processuais, outras mais foram disciplinadas pelo CPP de modo a resguardar os direitos mais essenciais do preso no momento de sua prisão.

Nessa seara, a lei processual penal especificou direitos em dois momentos distintos, que circundam o da prisão, dispondo exatamente quanto ao procedimento a ser observado. Uma vez efetuada a prisão em flagrante (prisão de fato), esta e o local onde se encontrar a pessoa presa deverão ser imediatamente comunicados ao juiz, ao Ministério Público e à família do preso ou a outra pessoa por ele indicada. Percebe-se, com isso, que o legislador se ocupou na especificação de normas tendentes a evitar a ocorrência de abusos nas prisões e na manutenção destas, impondo-se a comunicação imediata às autoridades que exerçam o controle e a fiscalização da atividade policial, não só quanto ao aspecto geral da legalidade do ato, mas especialmente objetivando a proteção do preso, em seus aspectos físico e mental, tendo ainda a pretensão de evitar os chamados "desaparecimentos forçados"¹³.

Há outra comunicação, também compulsória, que deve ser feita em até 24 (vinte e quatro) horas após a efetivação da prisão, consistente na remessa de cópia do APF ao respectivo juiz e também à Defensoria Pública, nos casos em que a pessoa presa não tenha informado o nome de seu advogado. Idêntica diretriz está presente, também, no Estatuto do Ministério Público da União, que dispõe sobre a necessidade de comunicação ao representante do Ministério Público, dando-lhe ciência quanto à prisão efetuada e o local onde o preso estiver custodiado. Nesse caso, a comunicação deve ser instruída com os documentos que comprovem a legalidade do ato.

Em acréscimo, o Estatuto da Defensoria Pública da União igualmente dispõe quanto à comunicação que a autoridade policial deverá fazer em decorrência da prisão em flagrante à Defensoria Pública.

¹³ A Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas de Desaparecimento Forçado dispõe sobre o conceito de "Desaparecimento Forçado". Cf. Unidade 2, Tópico 2.2, parte final.

Tabela 3 – Detalhamento das Comunicações Compulsórias.

COMUNICAÇÕES COMPULSÓRIAS	NORMA
Comunicação Imediata (CPP).	A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (CPP, art. 306, <i>caput</i>).
Comunicação em até 24 horas (CPP).	Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública (CPP, art. 306, § 1º).
Comunicação ao Ministério Público.	A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão (LC 75/1993, art. 10).
Comunicação à Defensoria Pública.	São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado (LC 80/1994, art. 4º, XIV).

Todas essas normas consideradas em conjunto formam um importante referencial (instrumental) para a defesa do indivíduo perante o Estado. Entretanto, a questão central a ser enfrentada tem a ver com a atuação do próprio Estado, especificamente quando age desconsiderando a existência e a validade dessas normas, em prejuízo do indivíduo e da forma regular e legal de se promover a persecução penal. Nesse contexto, conforme já assinalado, as normas produzidas por entidades de âmbito internacional influenciaram os ordenamentos jurídicos das nações, estabelecendo um conjunto de princípios com o propósito de fomentar a formação de uma cultura de defesa dos Direitos Humanos em oposição aos modelos nacionais autocráticos e violentos. A esse respeito, é oportuno se faça a seguinte distinção: "A expressão direitos humanos é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional" (MENDES; BRANCO, 2012, p. 166), enquanto:

[...] a locução direitos fundamentais é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra (MENDES; BRANCO, 2012, p. 167).

Consequentemente, a tentativa de se colocar o ente humano no centro de convergência das normas protetivas internacionais permitiu a formulação de diversos tratados e convenções, que podem ser considerados o primeiro esforço no sentido de reduzir ou mesmo anular a brutalidade de alguns modelos persecutório-punitivos, que não reconhecem direitos ou garantias em favor da pessoa presa, ainda que seja "apenas suspeita" de

envolvimento com a prática de alguma infração penal, revelando-se, nesse caso, o lado primitivo e opressor do Estado:

As profundas modificações no cenário internacional no último quartel do século XIX e início do século XX foram marcantes. Ainda sob influência direta do ideário iluminista do século XVII, surgiam e se firmavam noções como as de direito à autodeterminação dos povos, à proteção contra os excessos do poder estatal, o direito à segurança mesmo em tempo de guerra, a existência de um núcleo inderrogável de direitos inerentes às pessoas, e justificavam a elaboração de diversos tratados e acordos, bilaterais ou plurilaterais, de regulamentação das relações internacionais, bem como a criação de diversas organizações encarregadas de exercer efetivo controle sobre o cumprimento das obrigações assumidas (STEINER, 2000, p. 31).

Entre essas normas internacionais, destacam-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem (BRASIL, 1997a, p. 130), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁴ (BRASIL, 1997a, p. 424) e, mais recentemente, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas de Desaparecimento Forçado (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992), uma vez que guardam entre si uma peculiar forma de expressar preocupação com o ente humano, dispondo sobre normas objetivas e claras tendentes a evitar prisões arbitrárias e sem qualquer forma de conhecimento e de controle pelos respectivos Estados-Partes.

Assim, para se situar o grau de importância desses estatutos internacionais, entende-se, por exemplo, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem "é certamente o texto mais importante no sentido de se banir a prática da tortura" (CUNHA, 2005, p. 158). Além disso, se se considerar o tempo que permeou a edição dessas normas, percebe-se com clareza a mesma preocupação comum entre elas, qual seja, a necessidade de se combater às práticas de prisões arbitrárias e contrárias ao conjunto das normas garantidoras da inviolabilidade da pessoa humana.

¹⁴ Esta Convenção, também conhecida como *Pacto de San Jose da Costa Rica*, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto n. 678, de 6 de novembro 1992.

Tabela 4 – Detalhamento de Convenções Internacionais.

CONVENÇÕES	ANO	NORMAS
Declaração Universal dos Direitos do Homem.	1948	Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado (art. VIII).
Convenção Americana sobre Direitos Humanos.	1969	Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas (art. 7º, 2).
Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas de Desaparecimento Forçado.	1992	Para os efeitos desta Convenção, entende-se por “desaparecimento forçado” a prisão, a detenção, o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subsequente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei (art. 2º).

Tecnicamente, pode-se considerar que as normas internas e internacionais adotadas pelo Brasil, predispostas à proteção das pessoas presas, são adequadas e suficientes para a conquista de suas finalidades, ao menos do ponto de vista formal, razão pela qual se pode afirmar que têm validade e eficácia.

2.3 A Proteção do Direito ao Silêncio no Ordenamento Internacional

Uma abordagem mais detida sobre os direitos da pessoa presa deve considerar as formas como os diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros dispõem sobre o tema, seja numa órbita mais ampliativa, envolvendo o espectro dos direitos fundamentais da pessoa livre, seja ainda numa esfera mais restrita sobre os direitos dos presos, especificamente.

De fato, a preocupação em promover meios legais e bem definidos quanto à efetivação de prisões se reveste de singular importância, uma vez que não apenas permite o mais rápido conhecimento dos encarceramentos pelos órgãos que fiscalizam e exercem o controle sobre a legalidade do ato, como o Poder Judiciário e o próprio Ministério Público, no caso brasileiro, como pode favorecer o franco exercício do direito ao silêncio ao reduzir o espaço no qual, em regra, se pratica a tortura. Em síntese, qualquer normatização que favoreça a efetivação dos direitos das pessoas encarceradas, principalmente nos casos de prisões provisórias ou decorrentes de flagrante delito, pode ser contabilizada positivamente em favor do exercício regular do direito ao silêncio, valendo lembrar que a proteção efetiva desse

direito está associada diretamente a dois importantes aspectos relacionados com a prisão: a proteção à integridade física e mental do preso, especialmente voltada contra a prática da tortura, e o resguardo de seu direito à ampla defesa como meio de evitar a autoincriminação.

Entretanto, em qualquer perspectiva de abordagem desse tema, um ponto comum a ser observado é o reconhecimento da relevância que, em regra, os ordenamentos jurídicos internacionais demonstram ter com essa questão de forma mais particularizada, embora às vezes ainda resistida por setores da sociedade e do próprio Estado, que defendem que criminosos não têm direitos ou não têm o direito a ter direitos. Mas mesmo considerando essa circunstância, não se pode ignorar a busca histórica pela afirmação e efetivação de certos direitos mais sensíveis presentes, então, em várias cartas de declarações de direitos:

Ao longo de toda a história do pensamento democrático, a ênfase foi posta na efetivação de certas liberdades específicas e na obtenção de garantias constitucionais, o que se encontra, por exemplo, em diversas cartas e declarações dos direitos humanos (RAWLS, 2002, p. 146).

Não obstante, é contingente que as pessoas, pelo simples fato de serem "entes humanos", são credoras do Estado no aspecto de terem o direito de receber a mínima proteção a seus direitos (prestação positiva), mormente quando pesar contra elas qualquer ameaça de exercício do poder punitivo, de forma arbitrária ou ilegal. No caso das pessoas presas, essa mínima proteção inclui a prestação de assistência jurídica, adequada, oportuna e necessariamente eficiente, bem como a tutela à integridade física e mental, sem as quais irremediavelmente todo suspeito da prática de alguma infração penal seria antecipadamente considerado culpado, condenado e até fisicamente castigado. Nesse aspecto, resulta evidente a forte aliança que deve existir entre o respeito à dignidade da pessoa e a preservação de sua integridade física e mental e, para evitar excessos e injustiças dessa natureza, invariavelmente presentes no conjunto de atos pertinentes com a persecução penal, fórmulas variadas têm sido empregadas pelos Estados, primeiramente como meio de se limitarem, prevenindo e contendo ações e omissões que possam ser consideradas violadoras dos direitos fundamentais das pessoas e, em segundo, de modo a conferir ao indivíduo uma parcela de poder que lhe permita promover sua defesa, segundos os meios legalmente definidos em cada ordenamento jurídico interno.

A partir da compreensão dessa realidade, inúmeros exemplos podem ser extraídos das cartas políticas dos Estados estrangeiros, que se traduzem sob o viés de proteção ao

indivíduo e não de proteção a criminosos, como se houvesse alguma predisposição à impunidade, de forma generalizada. Verdadeiramente, o que há são regramentos de formas (procedimentos) e de conteúdos (direitos materiais), que buscam equilibrar as forças dentro dos sistemas persecutórios, que envolvem e formam os vínculos entre os Estados e os indivíduos. Além disso, esses procedimentos predefinidos operam o efeito muitíssimo singular de propiciar tratamento mais igualitário a todos os indivíduos, evitando a concessão de vantagens para uns e negando direitos para muitos, como, por exemplo, em razão de suas condições sociais e econômicas, ou em razão de algum privilégio, que possa ser considerado estritamente pessoal.

Para ilustrar a perspectiva do direito internacional sobre a proteção da pessoa presa, em especial quanto à convergência de garantias que favoreçam o direito à ampla defesa, da qual o direito ao silêncio é consectário lógico, há referências bastante significativas e esclarecedoras a serem apreendidas:

- a) a Constituição da Áustria (art. 4º) estabelece que os órgãos públicos encarregados das prisões somente poderão prender alguém nos casos fixados em lei e deverão, nas 48 horas seguintes, pô-lo em liberdade ou entregá-lo à autoridade competente (BRASIL, 1996a, p. 33);
- b) a Constituição da Bulgária (art. 30) dispõe que todos têm direito a liberdade, a integridade pessoal e a um advogado defensor, desde o momento de sua prisão ou de sua qualificação como acusado (BRASIL, 1996a, p. 46);
- c) a carta de direitos e de garantias individuais da Constituição da Costa Rica (art. 37) determina que ninguém poderá ser preso sem indícios mínimos de haver cometido crime, sem mandado judicial ou da autoridade encarregada pela ordem pública, salvo se for fugitivo da justiça ou em flagrante delito, devendo a pessoa presa, em qualquer caso, ser colocada à disposição do juiz competente no prazo peremptório de 24 horas (BRASIL, 1996a, p. 79);
- d) no rol dos direitos de liberdade pessoal de que trata a Constituição da Dinamarca (art. 71) impõe-se que qualquer que seja a pessoa presa ela deverá ser levada à presença de um juiz no prazo de 24 horas (BRASIL, 1996a, p. 94);

e) da mesma forma, o catálogo dos direitos fundamentais e das liberdades públicas da Constituição da Espanha (art. 17) assegura que toda pessoa presa tem o direito de ser informada imediatamente e de forma compreensível quanto a seus direitos e as razões de sua prisão, não sendo obrigada a depor, com a garantia de prestação de assistência jurídica a todos os presos, tanto nas diligências policiais quanto nas judiciais (BRASIL, 1996a, p. 123);

f) como garantia de direitos fundamentais, a Constituição de Guiné-Bissau (art. 32) assegura que todos os acusados ou arguidos têm direito de defesa (BRASIL, 1996a, p. 150);

g) a Constituição da República Islâmica do Irã (art. 32), no respectivo catálogo dos direitos do cidadão, trata como direito de todo o acusado, em caso de prisão, de ser imediatamente informado quanto às acusações, e, no prazo máximo de 24 horas, um processo inicial deve ser entregue ao juiz, que o julgará no mais breve espaço de tempo (BRASIL, 1996a, p. 159);

h) da mesma forma, a Constituição italiana (art. 13) considera direito da cidadania que somente em casos excepcionais, definidos em lei, a autoridade de segurança pública poderá adotar medida de restrição da liberdade pessoal, que deverá, entretanto, ser comunicada à autoridade judicial no prazo de 48 horas (BRASIL, 1996a, p. 163);

i) a Constituição do Japão (art. 34) assegura que ninguém será preso ou detido sem ser imediatamente informado das acusações ou sem o privilégio imediato de advogado (BRASIL, 1996a, p. 174), e

j) como direito à liberdade e à segurança, a Constituição de Portugal (art. 27) assegura que toda pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões de sua prisão ou detenção e de seus direitos (BRASIL, 1996a, p. 256).

Com os citados exemplos, percebe-se a franca predisposição de os Estados incluírem em seus respectivos ordenamentos normas que atendam aos direitos dos presos, especialmente protegendo-os contra agressões físicas e mentais e permitindo-lhes uma rápida

assistência jurídica, o que de certo modo favorece o exercício mais satisfatório do direito ao silêncio e, conseqüentemente, a realização da defesa. A esse respeito, basta conferir que as citadas normas guardam semelhanças com as disposições da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Artigo 5.

Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo 11.

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (BRASIL, 1997a, p. 131).

De igual modo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos fixou algumas normas de garantias individuais, que se destinam a esse propósito:

Artigo 5º – Direito à integridade pessoal.

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Artigo 8º – Garantias judiciais.

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

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada (BRASIL, 1997a, p. 425-428).

Nesse cenário, é indiscutível que as normas de proteção ao indivíduo previstas nos tratados e nas convenções, bem como nos ordenamentos internos dos Estados, influenciaram e criaram um ambiente favorável e receptivo dessas normas no espectro normativo brasileiro, destacando-se, nesse caso, que "cabe considerar que a Carta de 1988, como marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias

fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria" (PIOVESAN, 2006, p. 25).

E, nesse contexto, a Constituição brasileira revelou-se uma ferramenta político-jurídica indispensável para a conformação e a afirmação da democracia:

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora (PIOVESAN, 2006, p. 26-27).

Sob esse ponto de vista, a catalogação dos direitos fundamentais na CF de 1988 foi decorrência lógica e consequente do processo de democratização do Estado e da sociedade brasileira, de modo que a construção do direito ao silêncio, como espécie de direito fundamental, é apenas uma entre as várias construções ideológicas, filosóficas e políticas do Estado moderno, não se podendo, conseqüentemente, admitir que todo esse trabalho de vertente humanista se deteriore por absoluta falta de habilidade em se promover a efetividade dos direitos constitucionalmente tutelados.

2.4 O Referencial *Miranda v. Arizona*

É preciso avançar no sentido de que o direito ao silêncio transcenda os limites de uma existência apenas formal e teoricamente válida. Nessa perspectiva, a busca pela construção desse direito com todas as garantias exigíveis para que alcance efetividade material não se limita apenas ao plano das normas positivadas, contidas nos tratados, nas convenções internacionais e nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados. A compreensão quanto aos passos seguidos para a construção desse direito impõe considerar alguns parâmetros definidos pela jurisprudência, em especial pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A abordagem quanto a esse aspecto revela-se importante e interessante, especialmente porque foi produzida em decorrência de fatos graves, cujas peculiaridades tornaram-nos emblemáticos, embora possam ser constatados em quaisquer outros locais do planeta, que não necessariamente nos Estados Unidos. No caso a ser examinado, a leitura que a Suprema Corte

americana fez dos acontecimentos e a posterior decisão que proferiu permitiram a criação de um paradigma jurisprudencial amplamente difundido, que se notabilizou nas discussões de casos difíceis (*hard cases*) em torno da temática do direito ao silêncio, circunstanciado no contexto mais amplo do direito à defesa.

Nos Estados Unidos, a interpretação de um caso paradigmático realizado primeiramente pela Suprema Corte do Estado do Arizona, à luz do modelo persecutório existente, emoldurou o processo promovido contra Ernesto Miranda, cidadão hispânico, ignorante, preso em 1963, pelo envolvimento com crimes de sequestro, roubo e estupro. Após ser preso em casa, Miranda foi interrogado durante o tempo em que foi mantido numa delegacia em Phoenix, para onde fora conduzido. Na delegacia, confessou os crimes que lhe estavam sendo atribuídos, tendo inclusive assinado um termo de confissão. Em verdade, a vítima não o reconheceu categoricamente como o indivíduo que a violentou. No entanto, mesmo não havendo nenhuma evidência física segura ou testemunhas presenciais, Miranda foi condenado (THE SUPREME COURT, 2006). Mas o que parecia improvável aconteceu e alguns aspectos circunstanciais desse episódio geraram debates intensos, especialmente ao final, quando a defesa de Miranda recorreu da sentença.

Uma vez condenado, Miranda apelou, primeiramente à Suprema Corte do Estado do Arizona, sustentando a inconstitucionalidade do ato da polícia, que obteve sua confissão. O fato que se alegava é que ele assinou um termo, ainda na delegacia, de que sua confissão fora prestada voluntariamente, sem ameaças, coações, concessões ou promessas de alguma imunidade. No referido termo, ainda havia a declaração de que Miranda estava ciente quanto aos direitos dele e que as declarações que fizesse poderiam e seriam usadas contra ele. Mesmo assim, aquela Corte manteve a condenação. Na sequência, entretanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao reexaminar o caso, em 1966, entendeu que não se poderia colher aquela confissão da forma como ocorreu, pois a polícia não o esclareceu quanto aos direitos contra a autoincriminação e de ter um defensor para acompanhá-lo, inclusive durante todo o interrogatório. Segundo relatado (THE SUPREME COURT, 2006), Miranda teria de ter sido previamente advertido quanto ao conteúdo das 5ª e 6ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos:

5ª Emenda: Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização (UNITED STATES, 2013, p. 1455, tradução nossa)¹⁵.

6ª Emenda: Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa e de ser defendido por um advogado (UNITED STATES, 2013, p. 1595, tradução nossa)¹⁶.

Para a Suprema Corte, o direito contra a autoincriminação, expresso na 5ª Emenda, é técnica empregada para atenuar a vulnerabilidade do preso. Com esse entendimento e o que mais restou definido quanto aos direitos de Ernesto Miranda, que foram violados, consequências reais tiveram imediata incidência no modo de abordagem e na execução de prisões pela polícia, em decorrência de atividade investigativa ou de manutenção da ordem pública.

Esse caso, que ficou conhecido como *Miranda's Rights*¹⁷, teve como principal consequência a definição, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, de que qualquer pessoa após ser presa, e antes de ser interrogada sobre o crime que lhe for atribuído, deverá ser advertida que: (1) tem direito de permanecer em silêncio; (2) qualquer declaração que fizer poderá e será usada contra ela no tribunal; (3) tem o direito de consultar advogado e de ter a presença dele enquanto estiver sendo interrogada; (4) se não puder pagar um advogado, um será nomeado para representá-la, e (5) poderá decidir a qualquer momento exercer esses direitos e não responder a quaisquer perguntas ou fazer quaisquer declarações. Feitas essas

¹⁵ FIFTH AMENDMENT: No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

¹⁶ SIXTH AMENDMENT: In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense.

¹⁷ Processo oficialmente registrado na Suprema Corte dos Estados Unidos como: *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

advertências, a pessoa presa ainda deve ser inquirida se entendeu os direitos que lhe foram explicados e, se afirmativo, se deseja falar, renunciando-os.

Em razão disso, quaisquer declarações feitas pelo preso sem o atendimento aos citados direitos não poderiam ser admitidas como provas de culpa no processo. Como fruto dessa decisão, a prática policial passou a incorporar em sua rotina, como procedimento regular, esclarecimentos às pessoas quanto aos direitos que passaram a ser conhecidos como *Miranda's Rights* (ou *Miranda Warning*). E, satisfeitas essas condições, dizia-se que a pessoa presa foi *Mirandized*¹⁸.

A atividade interpretativa da Suprema Corte no caso *Miranda v. Arizona* revelou-se importante instrumento para a defesa dos direitos individuais, uma vez que, ao se impor contra o Estado, quando do exercício da persecução penal ou por ocasião de simples abordagens policiais, como atividade própria de manutenção da ordem pública, fez gerar um mínimo equilíbrio de forças entre o Estado e o indivíduo. E nessa construção jurisprudencial há de se reconhecer certa coragem e postura ativa da Suprema Corte, uma vez que dessa decisão haveria de se considerar aspectos sociais de grande amplitude e repercussão, como os índices de criminalidade e a formação de um sentimento de impunidade que o cumprimento estrito dos *Miranda's Rights* poderia gerar. Decerto, por se tratar de decisão polêmica, haveria créditos políticos a serem contabilizados como ganhos e perdas. Mesmo assim, não se pode negar que no âmbito de proteção dos direitos fundamentais não vale adotar como critério intransponível que os direitos da coletividade sempre impõem sacrifícios aos direitos individuais, ainda que estes sejam igualmente fundamentais.

Mas advirta-se que, se por um lado a história do direito constitucional americano pode ser contada pelas decisões da Suprema Corte, por outro lado, desde que esta avocou para si a condição de intérprete da Constituição, seus caminhos foram marcados por avanços e recuos, prudências e ousadias, ativismo e autocontenção (BARROSO, 2015, p. 44). Sob esse enfoque, e a despeito de seu prestígio, "a Suprema Corte viveu momentos de dificuldades políticas, teve algumas linhas jurisprudenciais revertidas por via de emenda constitucional e proferiu decisões que merecem crítica severa" (BARROSO, 2015, p. 45-46).

¹⁸ Corresponde ao ato de dar ciência à pessoa presa quanto a seus direitos, de acordo com a decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Miranda v. Arizona*.

Essa avaliação, correta, apenas permite situar a Suprema Corte dos Estados Unidos como instituição falível, o que, entretanto, não a desmerece ou compromete sua reputação de inovadora no campo da produção de importantes precedentes judiciais, não apenas no contexto na nação norte-americana, mas também em relação a muitos outros Estados internacionais, incluindo-se o Brasil.

Com efeito, diante da perplexidade e da contextualidade da decisão em torno do caso *Miranda v. Arizona*, chegou-se a afirmar que esta foi uma das decisões judiciais mais controvertidas do século XX, lembrando-se que quanto a ela havia defensores e opositores (SEIDMAN, 1992, p. 674). Essa decisão foi considerada controvertida, em primeiro lugar, porque para aqueles que lhe davam suporte, "a proteção constitucional para os acusados de crimes era um meio simbólico de reivindicar a promessa de igualdade de tratamento humano"; já os opositores entendiam que "algemar a polícia significava um fracasso para controlar a nova e assustadora desintegração social que o crime urbano proporcionava" (SEIDMAN, 1992, p. 678).

A propósito, vale registrar que a Corte Warren (1953-1969), assim designada em alusão ao presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, juiz Earl Warren, foi responsável por célebres e controvertidas decisões que expandiram o espectro das liberdades civis naquele país. Hoje, seu legado é tido quase como sinônimo de ativismo judicial (VALLE, 2009, p. 20). Apesar disso, o ponto de vista adotado pelos que apoiavam a decisão no caso *Miranda v. Arizona* é digno de ser ressaltado, pois focaliza, no ambiente social, aspectos ligados à igualdade de tratamento dispensada pelo Estado ao indivíduo, ao mesmo tempo em que introduz a perspectiva do Estado atuando como agente de controle social por intermédio da persecução penal.

Afora isso, sua natureza controvertida também pode ser explicada, em breves considerações, em face do resultado final obtido, uma vez que o julgamento passou por uma votação apertada (5 votos a 4)¹⁹, na qual o juiz Earl Warren lembrou que para se privar alguém da liberdade deve ser observado o devido processo legal, expresso na 14ª Emenda que, naquele caso, havia sido violada:

¹⁹ O voto vencedor foi proferido pelo juiz EARL WARREN, seguido pelos juízes HUGO L. BLACK, WILLIAM O. DOUGLAS, WILLIAM J. BRENNAN, Jr., e ABE FORTAS. Os votos contrários foram proferidos por TOM C. CLARK, JOHN M. HARLEN, POTTER STEWART e BYRON R. WHITE.

14ª Emenda: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis (UNITED STATES, 2013, p. 1805, tradução nossa)²⁰.

O juiz Earl Warren argumentou que o uso da brutalidade física e da violência não estavam, infelizmente, relegados ao passado ou a alguma parte do país. Dizia que a moderna prática de interrogatório de um preso era tanto psicológica quanto fisicamente orientada, que a coerção podia ser tanto física quanto mental e que o sangue de um acusado não era a única marca característica de um interrogatório inconstitucional. Com isso, concluiu que quando um indivíduo fosse levado preso ou de qualquer outro modo fosse desprovido da liberdade pelas autoridades e submetido a um interrogatório, o privilégio contra a autoincriminação era colocado em perigo. Em razão disso, um procedimento para resguardar esse privilégio deveria ser empregado e, salvo se outras medidas mais eficazes fossem empregadas para notificar o preso quanto ao direito de permanecer em silêncio e para assegurar que o exercício desse direito fosse escrupulosamente honrado, algumas medidas seriam prontamente exigíveis. Cumpre lembrar que em um exame mais reflexivo acerca do perfil institucional da Suprema Corte, durante a gestão do juiz Earl Warren, observa-se que as decisões ali tomadas tiveram caráter acentuadamente garantista, em que pese a rotulação de ativista:

Muitas das decisões mais controversas da Corte de Warren dizem respeito ao processo penal ou a outras questões referentes aos procedimentos judiciais ou administrativos que devem ser cumpridos para que o Estado possa impor um dano grave aos indivíduos – decisões de teor processual, no sentido mais comum da palavra (ELY, 2010, p. 98).

De fato, quando a defesa recorreu à Suprema Corte, ela não alegou a inocência de Ernesto Miranda ou que sua confissão fosse falsa ou que tivesse sido prestada mediante coação, mas antes sustentou que, se ele soubesse de seus direitos de permanecer em silêncio e de ser acompanhado por um defensor, não teria dito nada durante o interrogatório que ocorreu na delegacia. Em razão disso, Ernesto Miranda foi levado a um segundo julgamento, do qual não constou a confissão escrita, que servira de suporte probatório no primeiro julgamento. De

²⁰ FOURTEENTH AMENDMENT: All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

qualquer forma, como havia uma evidência considerada suficiente, ele foi condenado à pena de 20 a 30 anos de prisão.

Posteriormente, em 1972, Ernesto Miranda obteve o benefício da liberdade condicional, mas voltou a ser novamente preso em razão de posse de drogas e de arma de fogo e, para situar a dimensão e o alcance da decisão adotada pela Suprema Corte, em 1978 Ernesto Miranda foi morto a golpes de faca, quando estava em um bar em Phoenix, onde se envolveu numa discussão, e o assassino, antes de confessar o crime, foi *Mirandized* (THE SUPREME COURT, 2006).

Um dos policiais da equipe que o prendeu, ainda no local do crime, retirou um pequeno cartão com palavras impressas em inglês (de um lado) e em espanhol (do outro lado) e passou em seguida a lê-lo:

Tabela 5 – *Miranda Warning's Card*.

<p>AVISOS DE MIRANDA</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Você tem o direito de permanecer em silêncio. 2. Qualquer coisa que disser poderá e será usado contra você no Tribunal. 3. Você tem o direito de consultar um advogado e de tê-lo presente com você enquanto estiver sendo interrogado. 4. Se você não puder pagar um advogado, um será nomeado para representá-lo. 5. Você pode decidir a qualquer momento exercer esses direitos e não responder a quaisquer perguntas ou fazer declarações. <p style="text-align: center;">RENÚNCIA</p> <p>Você entende cada um desses direitos que expliquei? Tendo entendido-os, você desejaria falar conosco agora?</p>

(THE BILL OF RIGHTS INSTITUTE, s.d, p. 116, tradução nossa)²¹.

Ainda a respeito da decisão adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, merece destaque a observação:

²¹ **MIRANDA WARNING**

1. You have the right to remain silent.
2. Anything you say can and will be used against you in a court of law.
3. You have the right to consult with a lawyer and have him present with you while you are being questioned.
4. If you cannot afford a lawyer, one will be appointed to represent you.
5. You can decide at any time to exercise these rights and not answer any questions or make any statements.

WAIVER

Do you understand each of these rights as I have explained them to you? Having these rights in mind, do you wish to talk to us now?

O que o Supremo americano fez com a "cláusula Miranda" não foi resolver todos os problemas que a vida fosse oferecer, de modo cabalmente satisfatório, e sim dar alguns passos na concretização de direitos constitucionais que ficavam apenas na porta da delegacia, mas nela não entravam efetivamente (LEMOS JÚNIOR, 2015, p. 49).

2.5 O Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Direito ao Silêncio

Diferentemente da experiência norte-americana que, por intermédio da reeleitura de algumas emendas à Constituição, sua Suprema Corte construiu, no ano de 1966, jurisprudência no sentido de resguardar os direitos dos presos desde os primeiros momentos do encarceramento, de modo a garantir-lhes o efetivo exercício do direito ao silêncio, bem como a devida assistência jurídica, no Brasil não se viu, até os dias atuais, nenhuma composição jurisprudencial produzida pelo STF que se pudesse comparar com aquela derivada do caso *Miranda v. Arizona*. Ao contrário disso, como se verá mais adiante, o STF adotou entendimento no sentido de considerar inaplicável a garantia da ampla defesa ao inquérito policial, por não ser este destinado a decidir litígio algum²² e que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo²³.

Mas em torno dessa realidade e em sintonia com o ordenamento jurídico interno e, portanto, com os propósitos constitucionais de se constituir uma sociedade mais igualitária e livre de excessos, o Estado brasileiro instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (BRASIL, 2013a, 2013b), com o qual assumiu, expressa e formalmente, a tarefa de fortalecer a prevenção e o combate à tortura, mediante a articulação e a cooperação de diversos órgãos dos setores público e privado, constituindo uma política pública específica e de abrangência nacional.

Nesse sentido, há que se destacar a prática da tortura por setores específicos de agências do Estado brasileiro como mecanismo de violação do direito ao silêncio, sendo ainda empregada em larga escala, especialmente em relação às pessoas que, em dadas circunstâncias, estejam desguarnecidas da assistência de um profissional capaz de exercer a

²² HC 90.232-4 AM. Cf. Unidade 5, Tópico 5.3.3.

²³ RE 136.239-1 SP. Cf. Unidade 5, Tópico 5.3.3.

defesa técnico-jurídica, na forma assegurada pela Constituição. Paralelamente a isso, tem-se que a efetividade dos direitos fundamentais é ainda um grande desafio a ser enfrentado pelos diversos segmentos da estrutura da sociedade e do Estado brasileiro, considerando que a falta de concretização desses direitos acarreta forte impacto nas relações sociais, fundamentalmente porque conduz ao descrédito generalizado na Constituição que, desde sua promulgação, foi apresentada à sociedade como uma carta de direitos e de garantias da cidadania. Consequentemente, é imperioso ter em conta que:

Um sistema de direito positivo, em especial, o direito de um Estado moderno, engloba uma tentativa de consolidar amplos princípios de conduta na forma de normas relativamente estáveis, claras, detalhadas e objetivamente compreensíveis, bem como de fornecer um processo aceitável e inspirador de confiança interpessoal para fazer vigorar essas normas (MacCORMICK, 2006, p. 10).

Diante dessa realidade, o que se alcançou no Brasil, em termos práticos, foi apenas a instituição de uma política de Estado específica conduzida pelo SNPCT, que tem por objetivo o fortalecimento à prevenção e ao combate à tortura, com a qual se iniciou no cenário brasileiro uma nova perspectiva de enfrentamento desse problema generalizado, que se apresenta sistematicamente contrário ao exercício do direito ao silêncio.

A rigor, o SNPCT pode ser considerado e empregado como uma nova ferramenta de fiscalização, de controle quanto à atuação do Estado e de fomento para o desenvolvimento de estratégias de combate e de prevenção da tortura, especialmente em relação às pessoas presas. Nesse aspecto, o sistema oferece um importante referencial ao conceituar "pessoas privadas da liberdade" (art. 3º, II):

[...] aquelas obrigadas, por mandado ou ordem de autoridade judicial, ou administrativa ou policial, a permanecerem em determinados locais públicos ou privados, dos quais não possam sair de modo independente de sua vontade, abrangendo locais de internação de longa permanência, centros de detenção, estabelecimentos penais, hospitais psiquiátricos, casas de custódia, instituições socioeducativas para adolescentes e centros de detenção disciplinar em âmbito militar, bem como nas instalações mantidas pelos órgãos elencados no art. 61 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (BRASIL, 2013b)²⁴.

Logo, como pessoas presas são aquelas sujeitas à obrigação de permanecer em determinados locais sem a possibilidade de sair destes por vontade própria, torna-se imperioso que o Estado ofereça os meios necessários à promoção de sua defesa, enquanto durar o aprisionamento e independentemente da natureza da prisão. Entender esse pormenor e cuidar

²⁴ O citado art. 61 da Lei n. 7.210/1984 relaciona os órgãos da execução penal, entre os quais estão compreendidos o Ministério Público e a Defensoria Pública.

para que esses meios sejam disponibilizados passa a ser obrigação do Estado, a qual deve ser interpretada como contrapartida ao ato de aprisionamento. Em reforço a esse ponto de vista, resta considerar que são princípios do SNPCT, entre outros, observar a igualdade, a imparcialidade e a não-discriminação, os quais estão em sintonia com os preceitos constitucionais adotados pelo Estado brasileiro.

A igualdade em relação ao preso tem o sentido primeiro de identificá-lo como pessoa, que nessa condição tem os mesmos direitos assegurados às demais, tais como o de ter respeitada sua dignidade e integridade física e mental, não obstante privada da liberdade. Isso resulta de uma particularidade muito simples e óbvia: ninguém deixa de ser pessoa por ter sido preso. Nessa vertente, a dignidade da pessoa, que se mantém preservada, não é apenas mais um princípio inserido num catálogo contendo inúmeros outros. É, acima de tudo, o principal eixo para o qual convergem todos os demais princípios que dão sentido à existência humana, especialmente em relação à busca incessante pela justiça, pela liberdade e pela própria igualdade:

A ideia de uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e de dignidade humana. Pois o aspecto distributivo da igualdade de *status* e de tratamento, garantido pelo direito, resulta do sentido universalista do direito, que deve garantir a liberdade e a integridade de cada um. Por isso, na sua respectiva comunidade jurídica, ninguém é livre enquanto a sua liberdade implicar a opressão do outro (HABERMAS, 1997, p. 159).

Em segundo, a igualdade em relação ao preso também reforça a perspectiva de que qualquer pessoa livre, independentemente de sua condição social, econômica, política, religiosa etc., pode vir a perder a liberdade, passando a se enquadrar no conceito de pessoa privada da liberdade, nos termos da definição legal. Visto por esse ângulo, o princípio da igualdade é também um "aviso" dirigido às pessoas livres, para que respeitem os direitos dos presos, prevenindo-as, portanto, para uma mudança de rumo, sempre possível em razão dos fatos e das circunstâncias. Isso reflete, enfim, a condição natural de todos os seres que, por serem iguais, podem ostentar situações existenciais variáveis e modificáveis. E nessa singular particularidade, vale destacar a aplicação da regra: "Não faças aos outros o que não queres que te façam a ti, que, formulada positivamente, se traduz pelo princípio de justiça: devemos tratar os outros tal como gostaríamos de ser tratados" (KELSEN, 1998, p. 19).

Em linhas gerais, a CF de 1988 assegurou direitos a todas as pessoas como iguais e ao mesmo tempo reforçou expressamente os direitos dos presos, de modo a impedir

interpretações em sentido contrário e em prejuízo destes. Com isso, presos e não-presos são pessoas que têm direitos indeclináveis, cabendo ao SNPCT promover as medidas necessárias à prevenção e ao combate à tortura que, em casos bastante variados, podem contribuir como suporte e reforço à satisfação plena do direito ao silêncio.

Quanto à imparcialidade, antes de ser compreendida na dimensão simplista de neutralidade do Estado em face do preso, deve ocupar condição impositiva como obrigação de se propiciar os meios necessários a defesa do preso, como também de se produzirem as diligências e os demais atos que importem na produção de provas, tanto as que favoreçam a tese da acusação, na perspectiva de proteção da coletividade, quanto as que favoreçam a tese da defesa, agora na perspectiva individual, mas sempre com o compromisso de garantir o equilíbrio de forças e permitir o desenvolvimento regular da atividade persecutório-penal de forma transparente e isenta, sem perseguições e, acima de tudo, sem a preocupação de se alcançar soluções imediatistas, descompromissadas com o Direito e com a Justiça.

A imparcialidade deve ainda ser interpretada como fator que assegure a confiança da sociedade no processo decisório, do qual poderá redundar a condenação ou a absolvição de pessoas, mas que em qualquer caso esteja fundado em valores conhecidos e por todos respeitados, evitando-se simulações, perseguições e desvios de interesses. Deve-se, com isso, respeito absoluto às regras do ordenamento jurídico, de modo que em qualquer fase do procedimento persecutório sejam assegurados a todos os direitos postos segundo as normas catalogadas e mediante o estrito cumprimento dos mandamentos do devido processo legal (ou devido procedimento legal), da ampla defesa e do contraditório.

A vedação à discriminação é outro importante princípio que atua conjuntamente com a imparcialidade e a igualdade, sendo sua grandeza evidenciada na imperiosa necessidade de reconhecimento de que, uma vez que todos são iguais nos termos da lei, não se pode discriminar o preso por sua origem social, raça, credo religioso etc., como também em razão da gravidade do ilícito penal que a ele se atribua. Esse plano de abordagem oferece subsídios que evidenciam como as relações entre o Estado e o indivíduo são profundamente influenciadas pelo fator discriminação, sendo exemplo rico dessa realidade a condição das pessoas que praticam crimes considerados violentos²⁵ e as que praticam crimes mais refinados

²⁵ Exemplo de indivíduo preso em flagrante delito (esfera policial) e posteriormente acusado da prática de homicídio doloso, na forma consumada. Cf. Unidade 4, Tópico 4.3.

e elaborados²⁶, como os chamados crimes de colarinho branco, de lavagem de dinheiro, de fraudes em procedimentos licitatórios, entre outros.

A não-discriminação deve ser enfocada como premissa de atuação estatal, notadamente para se conduzir a persecução penal de forma objetiva e sempre evitando os "subjativismos preconceituosos", que dão origem aos estereótipos. Fazendo-se um exame mais aprofundado e pragmático dessa vertente, percebe-se a clara tendência em se associar o crime às pessoas de cor e/ou social e economicamente desfavorecidas que, nessas condições, são facilmente privadas da liberdade, sem receber a assistência jurídica exigível e sem o atendimento dos padrões procedimentais minimamente aceitáveis:

Todas as pessoas privadas de liberdade têm direito de receber tratamento igual, sem discriminação com base em raça, cor, sexo, orientação sexual, idioma, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, propriedades, nascimento e outras condições. Entretanto, devem ser levados particularmente em consideração os direitos e as necessidades de categorias especiais de detentos, como as mulheres, os adolescentes, os idosos, os estrangeiros, as minorias étnicas, pessoas com orientação sexual diferente, pessoas doentes, que sofrem de problemas mentais ou deficiências de aprendizagem e ainda outros grupos ou indivíduos que podem ficar particularmente vulneráveis durante a detenção (FOLEY, 2003, p. 30).

Na Tabela 6, seguinte, estão resumidos os principais aspectos que diferenciam as políticas de Estado adotadas nos Estados Unidos, em decorrência do processo *Miranda v. Arizona*, e no Brasil com a instituição do SNPCT.

²⁶ Exemplo de investigação desenvolvida pela "CPMI do Cachoeira". Cf. Unidade 4, Tópico 4.2.

Tabela 6 – Detalhamento Comparativo de Políticas de Proteção a Direitos Fundamentais.

RESUMO COMPARATIVO DE POLÍTICAS DE PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS	
Referencial Miranda v. Arizona Estados Unidos	SNPCT Brasil
Decisão adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em, no processo Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436.	Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura instituído pela Lei n. 12.847/2013.
Esfera do Poder Judiciário.	Esfera do Poder Executivo.
Tem a finalidade de garantir ao preso o integral atendimento de seus direitos, ainda que no curso de procedimentos policiais investigativos, especialmente quanto à assistência de advogado durante todo o procedimento, além do direito da pessoa presa não ser obrigada a depor contra si (autoincriminação) e o devido processo legal, em atendimento às 5ª, 6ª e 14ª Emendas à Constituição.	Tem a finalidade de fortalecer a prevenção e o combate à tortura, mediante a articulação e a cooperação de diversos órgãos dos setores público e privado.
Aplica-se desde os primeiros momentos em que ocorrer a prisão (em flagrante delito) e durante todo o procedimento policial investigativo e também no processo judicial.	Não há previsão de qualquer aplicabilidade desse sistema de modo a resguardar os direitos das pessoas presas, em especial garantindo-lhes o exercício pleno de seus direitos de permanecer em silêncio e de receber assistência de advogado ou de algum familiar, em conformidade com o art. 5º, LXIII, CF.
Admite-se a nulidade das provas colhidas, inclusive no curso das diligências policiais, sem que se tenha observado os direitos estatuídos nas 5ª, 6ª e 14ª Emendas à Constituição.	Não prevê nenhuma nulidade quanto às provas produzidas no curso das diligências policiais em desatendimento ao prescrito no art. 5º, LXIII, CF.
Pressupõe a integral prestação da assistência jurídica ao preso, desde o momento de sua prisão.	Não pressupõe a prestação da assistência jurídica ao preso.
Busca evitar práticas violentas e abusivas em detrimento da integridade física e/ou mental dos presos, no curso dos procedimentos investigativos, o que impede a prática da tortura.	Como não se aplica diretamente à prisão, não é um meio eficiente no sentido de evitar práticas violentas e abusivas em detrimento da integridade física e/ou mental dos presos, no curso dos procedimentos investigativos, o que favorece a prática da tortura.

2.6 A Tutela Constitucional dos Bens Jurídicos Fundamentais e Garantismo

Inicialmente, há que se fazer um breve, porém importante recorte quanto ao sentido finalístico de "bem", uma vez que, usualmente, suas acepções mais frequentes consideram-no apenas no sentido patrimonial, deixando de lado outras possíveis formas de abordagem. Certamente, o bem jurídico correlato ao direito fundamental de que o indivíduo desfruta de permanecer calado insere-se numa categoria mais específica, que o associa a vários outros direitos de vertente constitucional e formam o acervo fundamental de cada pessoa. Ao lado disso, parece desarrazoado admitir que um direito fundamental, como o direito ao silêncio, possa ser submetido a graus diferenciados de efetividade, variando desde

um patamar mínimo ao máximo, diante da atuação de setores distintos que integram a estrutura do Estado.

A partir de todos os referenciais normativos que circundam o direito ao silêncio, e considerando seu caráter essencial, ele pode ser classificado como bem jurídico de envergadura constitucional. Mas, para tratar desse seu aspecto, é importante conferir que, na tentativa de construir uma teoria sobre bens fundamentais, Ferrajoli lançou mão de uma referência conceitual em torno dos direitos fundamentais, dispondo-os como "direitos atribuídos por um ordenamento jurídico a todas as pessoas físicas enquanto tais, ou enquanto cidadãs, ou enquanto capazes de agir" (2011, p. 10) e, com isso, considerou que esses três aspectos destacados são "parâmetros da inclusão e da exclusão dos seres humanos entre os titulares dos direitos e, assim, das suas igualdades e desigualdades" (2011, p. 14).

De fato, tratar do direito ao silêncio como espécie de bem jurídico ou, numa dimensão maior, tratar sobre direitos fundamentais nessa mesma linha de abordagem, é algo que exige o reconhecimento de que toda a realidade humana é permeada por igualdades e desigualdades, de modo que nem os direitos fundamentais estão imunes a essa condição. A partir desse enfoque, convém investigar os parâmetros que delimitam a classificação do direito ao silêncio como bem jurídico e de que modo esse bem pode estar subordinado a uma teoria que se aplique, indistintamente, a qualquer bem jurídico, mesmo àqueles que não tenham natureza patrimonial, mas que, não obstante, sejam essenciais e indispensáveis.

Cumprido identificar, primeiramente, quem são os possíveis titulares dos direitos fundamentais, sabendo-se que acerca dessa questão Ferrajoli tratou como "classes de sujeitos" a condição ou o *status* que identifica o indivíduo como "pessoa", "cidadão" ou alguém dotado da "capacidade de agir" (2011, p. 12). Com isso, pode-se delimitar que titular dos direitos fundamentais é "quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva", ao passo que destinatário é "a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção de seu direito" (SARLET, 2009, p. 208).

Em decorrência desse critério e do sentido técnico-normativo que se atribuiu, no Brasil, ao titular de direitos, é possível fixar a real extensão dessa titularidade:

A Constituição de 1988, no *caput* do seu art. 5º, reconhece como titular de direitos fundamentais, orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e pelos conexos princípios da isonomia e universalidade, toda e qualquer pessoa, seja ela brasileira ou estrangeira residente no País (SARLET, 2009, p. 210).

Aliado a isso, há também a perspectiva da cidadania, que se vincula aos direitos políticos inerentes às pessoas. E, por último, fala-se de direitos secundários que se dirigem às pessoas com capacidade da agir. Sob esse ponto de vista, Ferrajoli²⁷ (2011, p. 12-13) estabeleceu a seguinte classificação:

Tabela 7 – Classificação de Direitos Fundamentais.

DIREITOS	ESPÉCIE	CARACTERÍSTICAS
Direitos humanos	Primários	- São direitos de personalidade. - Dizem respeito indistintamente a todos os seres humanos. Ex: vida, integridade, liberdade, liberdade de consciência, liberdade de manifestação do pensamento, saúde e instrução.
Direitos públicos		- São direitos reconhecidos somente aos cidadãos. Ex: residência, movimentação no território nacional, reunião e associação, trabalho, subsistência e previdência.
Direitos civis	Secundários	- São direitos destinados às pessoas capazes de agir. Ex: poder negocial, liberdade contratual, liberdade de escolha e de mudança de trabalho, liberdade de empreendimento, de agir em juízo e direitos potestativos.
Direitos políticos		- São direitos destinados aos cidadãos com capacidade de agir. Ex: voto, eleitorado passivo, acesso às funções públicas e direitos potestativos de autonomia política.

A partir dessas características identificadas, Ferrajoli conformou os Direitos Humanos numa dimensão mais específica, dispendo-os como "direitos primários das pessoas, que dizem respeito indistintamente a todos os seres humanos", apesar de ter reconhecido que atualmente "a cidadania e a capacidade de agir restaram como as únicas diferenças de *status* que ainda delimitam a igualdade das pessoas humanas" (2011, p. 12). Nesse aspecto, para que se tenha valoração mais segura acerca dessa concepção doutrinário-filosófica sobre os bens jurídicos fundamentais e as consequências dela decorrentes, será necessária análise mais aprofundada da correlação entre os chamados direitos fundamentais e os direitos patrimoniais, em torno dos quais Ferrajoli estabeleceu quatro distintas linhas de abordagem, cujos enfoques de certo modo se complementam.

Na primeira, Ferrajoli tratou os direitos fundamentais como "direitos universais da classe dos sujeitos que deles são titulares", enquanto os direitos patrimoniais "são direitos singulares, no sentido de que para qualquer um deles existe um titular determinado, com

²⁷ Os exemplos adotados por Ferrajoli têm como referência a Constituição italiana.

exclusão de todos os outros" (2011, p. 20); na segunda, distinguiu os direitos fundamentais como direitos indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos, ao passo que os direitos patrimoniais, ao contrário, são disponíveis, negociáveis e alienáveis (2011, p. 21). Na terceira distinção apontada, os direitos fundamentais foram classificados como "regras gerais de grau normalmente constitucional", enquanto os direitos patrimoniais têm sua constituição, modificação ou extinção determinada por atos jurídicos, tais como os contratos, os testamentos, as sentenças etc. (2011, p. 23). A quarta distinção entre os direitos fundamentais e os patrimoniais aponta que aqueles são direitos verticais, assim considerando que "as relações existentes entre os titulares dos direitos fundamentais são relações do tipo publicístico", entendendo-se como tais os confrontos entre o indivíduo e o Estado, o que pode levar, por exemplo, à invalidação das leis. Por outro lado, os direitos patrimoniais são horizontais, e assim são compreendidos porque o vínculo que se estabelece entre os titulares dos direitos ocorre no grau civilístico (2011, p. 24)²⁸.

A par dessas considerações, o direito ao silêncio há de ser concebido como direito fundamental, podendo-se nele identificar, primeiramente, sua natureza universalista, uma vez que é "reconhecido a todos os seus titulares em igual forma e medida" (FERRAJOLI, 2011, p. 20), mas é também um direito indisponível, inalienável, inviolável, intransponível e personalíssimo, que encontra sua origem e posição como norma constitucional e se impõe precipuamente na relação vertical, que se verifica entre o indivíduo (sujeito de direitos) e o Estado (FERRAJOLI, 2011, p. 24).

Essas características que identificam e particularizam os direitos fundamentais, tomando-se como exemplo o direito ao silêncio, são formas ou técnicas políticas predispostas para controlar o Poder, no sentido de evitar principalmente os abusos e os desvios que decorrem da verticalização: "Sempre os direitos fundamentais se afirmam como leis do mais fraco em alternativa à lei do mais forte que vigorava e vigoraria na sua ausência" (FERRAJOLI, 2011, p. 29).

²⁸ A ideia não é a de que os bens patrimoniais não sejam fundamentais ou que os ditos fundamentais não abarquem os patrimoniais. O propósito em fazer a distinção dessas categorias é apenas para situar que o meio social enxerga mais facilmente e valora os chamados bens patrimoniais, em razão dos quais as pessoas são tratadas de modos diferenciados. Conforme se verá mais adiante, bens jurídicos como direitos ao silêncio, à honra, à imagem etc. não são, em regra, respeitados pela sociedade e pelo Estado, a partir da real condição existencial das pessoas, segundo os aspectos ligados à condição social, à raça, e às condições econômicas de que dispõem, entre outros.

Diante desse cenário, é sempre oportuno destacar que a positivação dos direitos fundamentais foi consequência da adoção do Constitucionalismo como técnica ou novo paradigma do Direito, que se impôs visando a superação do positivismo clássico, fundado na perspectiva da legalidade formal, verificando-se que o "movimento constitucional desenvolveu-se sobretudo a partir do século XVIII e originou a positivação de um catálogo de direitos em Constituições escritas, formais e rígidas" (BOTELHO, 2010, p. 21). Em torno desse paradigma, afirma-se que o Constitucionalismo corresponde à noção de Estado que reconhece e respeita os direitos, de tal modo que "sem constitucionalismo, o Estado não tem um título de governo" (KATEB, 2011, p. 33).

De fato, com esse novo paradigma os ordenamentos jurídicos experimentaram as mais profundas transformações no decorrer do século XX, especialmente com a adoção das constituições rígidas, orientadas pela busca da legalidade substancial (FERRAJOLI, 2011, p. 43). Consequentemente, com o novo panorama formado, parece claro que ao Estado não foi facultado o respeito apenas formal aos direitos das pessoas, impondo-se a obrigação de zelar pela concretude dos direitos fundamentais dimensionados e estabilizados pelas novas constituições, largamente adotadas ao longo do referido século. No caso brasileiro, o direito ao silêncio é exemplo singular de um direito fundamental que alcançou o *status* de norma constitucional, embora ainda careça de satisfação e de efetividade em face do indivíduo.

Partindo desse ponto de vista, pode-se admitir como válida e perfeitamente ajustável à questão da inefetividade do direito ao silêncio a ponderação de Ferrajoli, ao identificar no aspecto da cidadania um fator que conduz a diferença de *status* entre os sujeitos de direitos, reduzindo, portanto, a igualdade entre as pessoas. De fato, é no plano social que se pode observar as diferenças mais acentuadas quanto ao tratamento dispensado às pessoas, podendo-se destacar, nesse contexto, que riqueza, pobreza e o *status* racial são os aspectos sociais mais visíveis e mais expressíveis das diferenças. Ao lado disso, há também as diferenças decorrentes do não-atendimento aos direitos fundamentais, o que nem sempre acontece de forma visível, por não serem claramente expostas, sendo antes sutilmente disfarçadas, mas que de uma maneira ou de outra decorrem justamente da ausência de cidadania.

Dito de outro modo, é como se as diferenças patrimoniais, que estão associadas ao grau de riqueza e de pobreza das pessoas, estivessem mais claramente expostas, enquanto a

negligência com o cumprimento dos direitos fundamentais mais sensíveis permanece encoberta por um manto que torna invisíveis as pessoas, à medida que elas desçam na escala de acesso às riquezas. Consequentemente, o acesso que as pessoas possam ter ao direito fundamental ao silêncio resulta de uma expressão matemática linear, que é crescente na ordem direta em que as pessoas tenham acesso à assistência jurídica tecnicamente qualificada e que possa atuar de forma oportuna e adequada; ao contrário disso, esse acesso tende a ser mínimo ou mesmo nulo nos casos relacionados com as pessoas mais carentes, desprovidas de cidadania, segundo a concepção de Ferrajoli.

Como categoria de bem jurídico fundamental, o direito ao silêncio, assim como outros direitos correlatos, resultou de uma engenharia política e social preordenada para a inclusão e a exclusão das pessoas segundo o grau de acesso que tenham à cidadania, valendo como exemplo disso as situações que mais adiante serão expostas, as quais demonstram como foi exercido o referido direito pelo principal investigado na "CPMI do Cachoeira"²⁹ e por uma pessoa comum, ré em ação penal, processada, julgada e condenada pela prática de crimes contra a vida³⁰.

Em torno desse entendimento, ao questionar sobre quais direitos, quais as razões, quais os processos, qual o grau de efetividade e se são garantidos os direitos fundamentais (2011, p. 90), Ferrajoli identificou, por exemplo, que esses direitos são "aqueles que historicamente se afirmam como resultado de lutas e revoluções" (2011, p. 91). Não obstante, o que se percebe é que a valoração final de tudo isso somente permite inferir que, no atual estágio da democracia brasileira, a efetividade do direito ao silêncio sofre limitações às vezes tão intensas que o dito direito não alcança um mínimo de aplicabilidade, factível e proveitosa, quando a pretensão de seu exercício parte das pessoas mais carentes do ponto de vista da fruição da cidadania, mais propriamente no patamar social e econômico.

Ante tais considerações, impõe-se reconhecer a necessidade de se construir os caminhos para que todos os procedimentos persecutórios sejam envolvidos pelas garantias constitucionais e processuais, na lógica de que tanto os procedimentos investigativos em geral quanto o processo penal propriamente dito, sejam submetidos unicamente aos regramentos do Estado de Direito, o qual pode ser acolhido como "sinônimo de garantismo" (FERRAJOLI,

²⁹ Cf. Unidade 4, Tópico 4.2.

³⁰ Cf. Unidade 4, Tópico 4.3.

2002, p. 687). Logo, dessa assertiva pode-se extrair importante diretiva, na razão de que "no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinem as formas de exercício" (FERRAJOLI, 2002, p. 687).

Com respaldo nessa diretiva, fundamentou-se o modelo garantista do processo acusatório, o qual preconiza sejam respeitadas as garantias mínimas em favor dos acusados, consistentes no respeito do direito ao silêncio, na proibição de se obter a confissão mediante a imposição de violência física ou psíquica, além de se preservar o direito do acusado à assistência e à presença de um defensor quando em curso seu interrogatório, obviamente como forma de obstar os abusos e as violações das garantias processuais (FERRAJOLI, 2002, p. 486), entre outras importantes tarefas.

Mas, apesar disso, o que se constata no plano factual é que os procedimentos investigativos ainda são mantidos fora do alcance das garantias processuais, ao mesmo tempo em que se perpetua "a contaminação policialesca dos procedimentos e dos estilos de investigação" (FERRAJOLI, 2002, p. 487). Logo, é nesse hiato formado no procedimento policial-investigativo, que se verifica a total ausência da defesa e, por conseguinte, a confissão, entendida como meio de prova, é "extorquida por qualquer meio" (FERRAJOLI, 2002, p. 489).

Com efeito, a lógica do sistema de garantias que emana da CF somente permite concluir que a assistência jurídica a presos e investigados (titulares de direitos fundamentais), em geral, é uma exigência oponível ao Estado (destinatário), cuja prestação tem a finalidade precípua de tornar efetivos em favor de seus titulares todos os direitos formalmente estabelecidos, assim considerando que:

Naturalmente, defesa técnica não quer dizer que a assistência de um advogado dotado de capacidade profissional é uma obrigação para o imputado, e sim que é um direito seu, a que ele pode livremente renunciar, restando firme a obrigação do Estado de assegurá-la gratuitamente se o imputado não puder pagar (FERRAJOLI, 2002, p. 491).

No chamado sistema garantista desenvolvido por Ferrajoli, um dos princípios axiomáticos que ele classificou como fundamental foi denominado de Princípio do Contraditório ou da Defesa, ao qual corresponde a máxima *nulla probatio sine defensione* (FERRAJOLI, 2002, p. 75) e que expressa garantias relativas ao processo.

Ao lado disso, e de forma concorrente, o processo "exprime os valores democráticos do respeito da pessoa do imputado, da igualdade entre as partes contendoras e da necessidade prática – além da fecunda lógica – da refutação da pretensão punitiva e de sua exposição ao controle do acusado" (FERRAJOLI, 2002, p. 490).

Assim, como desdobramento racional da lógica que dá suporte ao Estado de Direito, o preso desassistido não chega a alcançar sequer o *status* de sujeito de direito, restando prejudicada a igualdade de tratamento e mais sacrificada ainda a sua liberdade:

[...] onde a legislação é obscura e complicada e o processo é empedernido de formalidades e nulidades, é necessária a defesa técnica de um advogado profissional para restabelecer a igualdade das partes quanto à capacidade e para contrabalançar, por outro lado, as desvantagens ligadas à inferioridade da condição do imputado (FERRAJOLI, 2002, p. 490-491).

Esse recorte em torno da teoria garantista de Ferrajoli é muito mais que simples alusão a uma proposta de revisão de conceitos e de aperfeiçoamento dos modelos persecutórios existentes, pois, quando analisada em confronto com a realidade do sistema persecutório penal brasileiro, serve de reforço metodológico que permite afirmar que, apesar de a CF de 1988 ser uma carta política essencialmente garantista, ainda restam profundamente carecedores de concretização muitos aspectos relacionados com os direitos e as garantias dos presos e investigados.

2.7 O Direito ao Silêncio como Bem Jurídico Fundamental e Positivismo

A abordagem principal que se fez durante o desenvolvimento da primeira parte deste estudo ocupou-se em destacar que os direitos fundamentais são uma realidade jurídica inquestionável, como fruto do modelo constitucionalista adotado pelo Brasil, sabendo-se que essa realidade somente se tornou possível em decorrência da positivação dos direitos reconhecidos como mais essenciais e caros ao ente humano. Demonstrou-se, ainda, que o direito ao silêncio, enquanto espécie de direito fundamental, mereceu posição de destaque no contexto do positivismo jurídico-constitucional, de modo a ser reconhecido com bem jurídico fundamental que, em razão disso, desfrutaria da proteção estatal perante qualquer forma de

ameaça a seu livre exercício. Entretanto, o que restou claramente caracterizado, ante as práticas do Estado e de alguns setores da sociedade brasileira, foi exatamente a negação desse direito, de forma parcial ou total, mas diretamente relacionada com o *status* das pessoas, razão pela qual sua concretização tem sido e será tratada ao longo deste trabalho na perspectiva de "graus de efetividade".

Assim resumidos os fatos, e considerando ainda outros direitos fundamentais que podem ser correlacionados com o direito ao silêncio, este pode ser analisado, na atualidade e à luz da atividade persecutório-penal desenvolvida pelo Estado brasileiro, em três perspectivas distintas: a realidade jurídica, a facticidade e a efetividade.

a) realidade jurídica: a qualidade de o direito ao silêncio ser uma realidade juridicamente válida e positivada pelos ordenamentos dos Estados, convenções e tratados internacionais revela a face positiva da atuação política, uma vez que ao menos a garantia formal desse direito já se mostra determinada e sua existência não é mais objeto de questionamentos, ao menos em tese. De fato, essa realidade do ordenamento jurídico pátrio se identifica com os ordenamentos dos demais Estados internacionais, o que ajuda a posicionar a República Federativa do Brasil como ente que, *a priori*, respeita e promove a dignidade da pessoa humana, zelando pela observância dos direitos individuais fundamentais.

b) facticidade: o exercício de fato desse direito aponta para um problema ainda sem solução, uma vez que a experiência obtida diante de casos concretos evidenciou que essa vertente factual é contrária à já consagrada realidade jurídica desse mesmo direito. Nesse sentido, vale conferir as situações concretas que serão expostas mais adiante, tomadas como exemplos, e que não têm qualquer pretensão de exaurir o tema, mas que revelam que o Estado brasileiro, em regra, quando atua na perspectiva de desenvolver atividades persecutórias, tem seu desempenho direta e prontamente dirigido para a negação do livre exercício do direito ao silêncio, observando-se, caso a caso, graus diferenciados de proteção a esse direito.

c) efetividade: a terceira dimensão desse direito, isto é, sua efetividade, é marcada por graus, isto é, por um escalonamento segundo o qual são perceptíveis as

situações em que ele é completamente carecedor de efetividade, podendo variar e subir na escala a graus mais satisfatórios de fruição ou mesmo atingir a satisfação plena. O que se percebe, porém, é que tendencialmente, mas não necessariamente, esse grau de fruição mais elevado do direito ao silêncio se verifica em torno da atuação judicial, ao passo que demonstra ser mais reduzida no Poder Legislativo, especificamente verificada diante da atuação das CPIs e, por último, pode ser nula ou muitíssimo reduzida na esfera do Poder Executivo, onde têm atuação as forças policiais. A efetividade do direito ao silêncio, valorada em graus variáveis, se traduz em consequências socialmente injustas, uma vez que conduz ao tratamento desigual das pessoas, pela simples condição de ocuparem posição social e econômica menos privilegiada.

Mas, além dessas perspectivas específicas que circundam o direito ao silêncio, impõe-se tecer algumas ponderações quanto à validade dessa norma, enfocando-a sob o ponto de vista do positivismo jurídico.

Como se sabe, a positivação dos direitos fundamentais marcou a mudança do perfil do Estado, que assimilou nova postura: a de promover o mais amplo respeito ao ente humano, dado a sua condição de elemento essencial da sociedade moderna. Esse novo vetor, que passou a orientar a atuação do Estado perante o indivíduo, foi o resultado de lutas travadas a um custo muitíssimo alto contra o Estado que, ainda absolutista, não reconhecia qualquer qualidade ou essencialidade do ente humano perante o soberano.

Somente com a adoção do Constitucionalismo, como paradigma político-filosófico, que passou a delimitar as ações do Estado, e com a consequente positivação dos direitos fundamentais, o direito ao silêncio, compreendido como faculdade atribuída ao indivíduo de permanecer calado diante de situações concretas que lhe possam acarretar algum gravame pessoal e/ou processual, passou a ter algum significado a gestão dos direitos individuais em contraposição ao Poder do Estado, até então tido como intransponível. A compreensão acerca dos bens e valores que devem receber a proteção como direitos fundamentais e ao mesmo tempo a consagração da igualdade de tratamento, que deve ser dispensada ao indivíduo, reclamam o correto dimensionamento nas esferas política e jurídica, atendendo-se à moderna teoria constitucional.

A construção doutrinária que se formou em torno do positivismo jurídico, orientou-se no sentido de admitir que seu elemento essencial é a coerção, o que, segundo Bobbio, significa focar o direito a partir do ponto de vista do Estado (1995, p. 147). Com efeito, esse raciocínio autoriza a formulação de uma premissa decorrente e lógica, que consiste em considerar a coerção como fruto de decisão política, isto é, da mesma decisão política que produziu o Direito. Logo, sob esse aspecto, ao se tratar do positivismo jurídico no contexto do Estado de Direito, somente se pode admitir a coerção promovida pelo Estado como medida aplicável, quando necessária, dentro de limites razoáveis, especialmente porque a força do Estado somente deve ser dirigida no sentido de tornar exequíveis os direitos fundamentais e não ao contrário, como forma de aniquilá-los ou debilitá-los, até o ponto de se tornarem direitos inúteis, ainda que positivados e dotados de validade formal. Entretanto, ao lado desse entendimento, ressalva-se que a coercibilidade não é uma característica geral do Estado, embora ela tenha aplicação no interesse da administração da Justiça entre os jurisdicionados. Mesmo assim, não se pode olvidar que ao Estado compete o monopólio do emprego da força física (MIRANDA, 2003, p. 47-48).

Ainda nessa linha de entendimento, se o positivismo jurídico representa o estudo do direito como fato e não como valor (BOBBIO, 1995, p. 136), a realidade como fato deve ser o meio propulsor de projeções que provoquem as mudanças sociais. Com isso, o direito ao silêncio (realidade jurídica), enquanto apenas ensaia a pretensão de se tornar realidade concreta, deve inspirar sua reformulação até o ponto de alcançar efetividade plena, tal como determinado pelo ordenamento jurídico em vigor. Ironicamente, o que se espera é que a realidade factual desse direito corresponda integralmente a sua realidade jurídica. Mas, de qualquer forma, é inescusável que o direito ao silêncio, considerado no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, limite-se a ser apenas uma norma juridicamente válida, isto é, que "tal norma faz parte de um ordenamento jurídico real" (BOBBIO, 1995, p. 137).

Diante disso, uma vez que neste estudo não se pretende discutir os aspectos ligados ao acerto ou desacerto quanto à positivação de qualquer direito fundamental, ou mesmo se a satisfação plena do direito ao silêncio seria fator favorável à impunidade de criminosos, assumiu-se como discussão central apenas a sua (in) efetividade ante a realidade fática. Mas, de outra parte, não se pode ignorar a particularidade de que o poder coercitivo do Estado assume a dupla finalidade de garantir que as normas sejam cumpridas por todos, ao mesmo tempo em que opera o efeito de se impor em relação ao próprio Estado, de modo a

neutralizar suas ações ou omissões que sejam prejudiciais à livre fruição dos direitos pelos indivíduos ou, ainda, obrigá-lo a produzir os atos necessários para que estes direitos sejam materialmente satisfeitos. É nesse sentido que se diz que "o direito estabelece como a força deve ser exercida" (BOBBIO, 1995, p. 158) e, nessa medida, resulta claro que o "positivismo jurídico é caracterizado pelo fato de definir constantemente o direito em função da coação, no sentido que vê nesta última um elemento essencial e típico do direito" (BOBBIO, 1995, p. 147), enquanto que as "normas processuais regulam precisamente a modalidade através da qual se julga a aplicação da coação, de modo a atribuir aos cidadãos certas garantias contra usos arbitrários do poder por parte do Estado" (BOBBIO, 1995, p. 158).

Desse modo, se o emprego da força, como meio coercitivo, tem aplicação no sentido de resguardar direitos fundamentais, não haveria comprometimento algum à efetividade destes. Mas, ao contrário, se essa força é exercida de modo a reduzir ou aniquilar tais direitos, a exemplo da prática da tortura, o produto final obtido não corresponderá a nada que se possa incluir no chamado Estado de Direito. Sustenta-se, de acordo com esse entendimento, que haveria o rompimento do direito e sua garantia: "O objetivo de usar a força em nome da justiça é garantir às pessoas aquilo a que elas têm direito. Mas, se a força está sendo usada para assegurar fins contraditórios, então, a sua ligação com a garantia é rompida" (WALDRON, 2003, p. 43).

No caso da República Federativa do Brasil, a experiência de se ter uma Constituição democrática, como a que foi promulgada em 1988, revelou, em princípio, a vocação do povo brasileiro pelo regime da liberdade individual condicionada aos limites legalmente definidos e também à pretensão de se formar uma sociedade mais equilibrada e justa, do que se pode extrair que a tutela dos bens jurídicos fundamentais deve ocorrer de forma ampla e efetiva, não podendo ser violados sob pena de rompimento do pacto constitucional.

Nessa seara, a positivação dos direitos fundamentais consagrou o reconhecimento de um *status* de grandeza e de capacidade de o indivíduo se opor, em alguns casos, às ações desmesuradas do Estado, que assumam feições arbitrárias e lhe retirem a total possibilidade de expressar-se ou de agir em benefício de sua defesa, de acordo com as garantias que lhe são asseguradas pela Constituição e pelas demais leis vigentes.

3 FATORES GERAIS QUE CONTRIBUEM PARA A INEFETIVIDADE DO DIREITO AO SILÊNCIO

3.1 Considerações Preliminares

Em linhas gerais, é possível identificar no Estado brasileiro aproximações e distanciamentos entre o direito ao silêncio e seu regime de proteção e os ordenamentos jurídicos internacionais, inclusive em relação a algumas normas vigentes nos Estados Unidos. Em boa medida, os direitos consagrados no artigo 5º da CF de 1988, que se comunicam diretamente com o direito ao silêncio, incluindo este, têm equivalência com os direitos contidos nas 5ª, 6ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos, ao mesmo tempo em que igualmente se ajustam às várias normas que integram os estatutos internacionais de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Nesse sentido, essas normas guardam entre si relação de simetria, o que permite situá-las no mesmo plano de equivalência.

Tabela 8 – Quadro Comparativo de Normas.

QUADRO COMPARATIVO	
ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO (RFB)	EMENDAS À CONSTITUIÇÃO (EUA)
Direito de permanecer calado (LXIII).	Não ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo (5ª Emenda).
Direito de receber assistência da família e de advogado (LXIII).	Direito de ser defendido por um advogado (6ª Emenda).
Direito ao devido processo legal (LIV).	Não se poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem processo legal (14ª Emenda).

Entretanto, o problema surge ao se comparar essas normas no aspecto da efetividade, visto que há desarmonias e distanciamentos consideráveis. Nesse plano, a decisão adotada no caso *Miranda v. Arizona* não encontra simetria alguma com as técnicas de persecução penal verificadas no modelo de atuação do Estado brasileiro, no que respeita ao direito ao silêncio. Embora os direitos positivados sejam equivalentes e a natureza humana única, de fato não se pode comparar a condição pessoal de quem apenas tem direitos com quem os têm e também tem a possibilidade de usufruí-los.

Em torno dessa discussão, na qual se insere a busca pela efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, e partindo da constatação de que a eficácia social da

norma jurídica corresponde à concretização de seu comando normativo ou de sua força operativa no mundo dos fatos, há que se questionar se tal eficácia produz efetivamente os efeitos que dela se espera (BARROSO, 1996, p. 82). Essa abordagem se mostra interessante porque não se discute tanto a eficácia jurídica da norma, compreendida como a possibilidade de sua aplicação, mas sim quanto a sua efetividade, compreendida como a capacidade de produzir eficácia social (BARROSO, 1996, p. 83).

De acordo como esse entendimento, pode-se definir a efetividade³¹ da norma de direito fundamental como "a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social" (BARROSO, 1996, p. 83).

Em decorrência disso, e considerando ainda que os "direitos fundamentais, frequentemente denominados de liberdades públicas, são a afirmação jurídica da personalidade humana" (BARROSO, 1996, p. 98), a inefetividade ou a falta de eficácia social da norma equivale à própria negação desses direitos. E se isso for considerado numa perspectiva mais ampla, poderá corresponder ainda ao desatendimento de outra norma fundamental, que se assenta na busca pela dignidade e realização da personalidade humana. Logo, essa pretendida dignidade, que se compreende como valor intrínseco de cada indivíduo, uma vez desatendida, pode comprometer ou mesmo inviabilizar totalmente o compromisso formal assumido pelo Estado, no sentido de proteger o ente humano em quaisquer circunstâncias, notadamente quanto aos bens e valores que lhes são mais caros, tais como a vida, a liberdade, a integridade física e mental, a honra e inúmeros outros.

Sob esse ponto de vista, pouco importa que no atual estágio da organização social e política se imponha ao Estado os limites decorrentes da adoção do positivismo constitucional se, numa perspectiva mais pragmática, esse mesmo Estado comporta-se segundo padrões arcaicos e somente respeita, em parte, os direitos de algumas poucas pessoas que são, mais especificamente, aquelas que no conjunto total da população dispõem de condições materiais e sociais mais favoráveis e gozam de prestígios e de privilégios que as

³¹ Rememore-se a definição operacional de "Efetividade" do direito ao silêncio, adotada neste estudo, conforme explicitado na Introdução: "por efetividade do direito ao silêncio se compreenderá qualquer situação em que o indivíduo possa exercer na plenitude e com satisfação o direito de permanecer calado, sem sofrer qualquer ofensa à sua integridade física e/ou mental, nem sofrer qualquer consequência desfavorável de ordem processual".

qualificam como especiais, tornando-as, portanto, não iguais à grande maioria da massa populacional, social e economicamente desassistida. Nesta perspectiva, mostra-se válida e, de algum modo, ainda atual a concepção de dignidade:

Em uma linha de desenvolvimento que remonta a Roma antiga, atravessa a Idade Média e chega até o surgimento do Estado liberal, a dignidade – *dignitas* – era um conceito associado ao *status* pessoal dos indivíduos ou à proeminência de determinadas instituições. Como um *status* pessoal, a dignidade representava a posição política ou social derivada primariamente de determinadas funções públicas, assim como do reconhecimento geral de realizações pessoais ou de integridade moral (BARROSO, 2013, p. 13).

Assim, revela-se oportuno discorrer, previamente, sobre alguns aspectos circunstanciais socialmente relevantes, que se impõem contrariamente à efetividade do direito ao silêncio no Estado brasileiro. São eles: a tortura, o jornalismo investigativo e a reação social à sensação de impunidade.

3.2 A Prática da Tortura como Meio de Obtenção de Provas e de Violação do Direito ao Silêncio

O primeiro ponto a ser destacado ao se tratar da tortura passa necessariamente pelo conhecimento de sua definição, que no caso brasileiro foi tratada normativamente, sendo seu sentido delimitado pela lei:

[...] constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo (BRASIL, 1997b).

Antes disso, porém, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes já lhe havia fixado um conceito, que foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio de decreto federal:

[...] tortura designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza, quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência (BRASIL, 1991).

É oportuno registrar que, dado a sua natureza e certamente por sua presença global, a "tortura ficou reconhecida como delito previsto no Direito internacional, impondo-se aos Estados a obrigação de reprimi-la e prever penas aos violadores da norma" (CUNHA, 2005, p. 159). Não obstante, esse arranjo normativo somente se tornou viável no Brasil na perspectiva da instituição de uma política específica de combate à tortura, em razão do projeto constitucional que vedou sua prática (CF, art. 5º, III) e a qualificou como infração inafiançável e insuscetível de graça e anistia (CF, art. 5º, XLIII). Vale dizer que somente com a adoção do Constitucionalismo, como paradigma político-filosófico que passou a orientar a atuação do Estado, especialmente objetivando a conformação de um regime respeitoso da dignidade da pessoa humana e das liberdades fundamentais, foi possível estabelecer novos rumos para a sociedade brasileira, baseando-se no novo perfil do Estado introduzido pelo movimento constitucionalista:

Nas sociedades modernas houve uma reestruturação do núcleo valorativo dominante: do princípio hierárquico (diferenciação) passou-se à noção de dignidade. Essa nova lógica propõe a igualdade de todos os seres humanos, fundada na capacidade destes de autonomamente guiarem suas próprias existências e instituírem os princípios reguladores da vida social (XIMENES, 2010, p. 120).

Em torno da discussão sobre o paradigma constitucional ou "garantista", Ferrajoli o conceituou, cuidando de observar que "tal paradigma equivale, sob o plano teórico, ao sistema dos limites e dos vínculos substanciais, quaisquer que sejam, impostos a todos os poderes públicos por normas de grau superior àquelas produzidas pelo seu exercício" (2012, p. 27) e isso permite situar que todo o arranjo normativo constitucional atualmente existente em relação à prática da tortura é fruto ou consequência do modelo garantista, que se emprega no sentido autolimitativo do Estado brasileiro.

A propósito disso, vale mencionar que a tortura, que pode ser considerada uma das mais antigas formas de violação dos Direitos Humanos, sendo imposta com o uso da força bruta, visando a obtenção de confissões ou esclarecimentos sobre fatos considerados criminosos ou contrários à ordem religiosa, foi uma técnica muito usual contraposta à ideia de

que alguém pudesse mesmo manter-se em silêncio como forma de defesa. Nesse aspecto, as pessoas investigadas ou suspeitas da prática de tais fatos eram submetidas às mais cruéis formas de agressões físicas e psicológicas, principalmente para confessarem a autoria dos fatos investigados, fossem eles qualificados como criminosos ou contrários aos preceitos religiosos. Em verdade, no curso da história da humanidade, a tortura sempre se fez presente, podendo ser considerada como ato propriamente de Estado.

Forçoso reconhecer, ainda, o fato de que a tortura é uma prática que resiste ao tempo, tendo sido metodicamente empregada a partir do século XI e inicialmente aplicada como meio para dar respostas ao Divino sobre questões inquietantes do comportamento humano, pois era dessa maneira que se decidia sobre a inocência ou a culpa do acusado (VERRI, 1992, p. 98).

No caso brasileiro, a prudência do legislador constituinte somente se revelou presente quanto ao combate à tortura em duas situações especiais, sendo a primeira na Constituição do Império (1824) e a segunda na atual Constituição Federal (1988). Afora isso, por mais de um século e meio nada de relevante foi realizado no cenário nacional que pudesse ser considerado avanço significativo quanto à pretensão de se combater a tortura, muito embora o Constitucionalismo já tivesse sido adotado e, com ele, passado a ser realidade formal e jurídica a positivação dos direitos fundamentais. Num momento mais recente, foi introduzido o direito ao silêncio como consequência lógica da adoção de um sistema de garantias, que pretendia estabelecer limites claros e bem determinados quanto à atuação do Estado e, ao mesmo tempo, fortalecer o indivíduo, conferindo-lhe meios jurídicos e adequados para promover sua defesa, ante possíveis casos de usurpação do Poder pelo Estado.

Apesar disso, mesmo após a promulgação da atual Constituição Federal, somente depois de quase uma década foi sancionada a primeira lei brasileira que se deteve especificamente em tratar a tortura como crime (Lei n. 9.455/1997), uma vez que, anteriormente, a legislação então vigente somente a mencionava como circunstância agravante genérica ou qualificadora do crime de homicídio. Mais recentemente, com a criação do SNPCT, passou-se a considerar tortura os tipos penais previstos na Lei n. 9.455/1997 e, para defini-los, adotou-se a descrição constante da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Constata-se, no mais, que o arcabouço normativo-constitucional em vigor tem por objetivo a proteção efetiva dos direitos fundamentais individuais, entre os quais se situa o direito ao silêncio. Em razão disso, a vedação constitucional da prática da tortura, conjugada com a determinação de que tal fato seja considerado crime (inafiável), teve a pretensão de servir como mecanismo de garantia quanto àquele direito, entre outros também relacionados com a integridade da pessoa humana. Com isso, a proposta constitucional de estabelecer um Estado fundado em bases democráticas e submetido ao regime do Direito pode ser considerada um dos avanços sociais e políticos mais importantes do século XX, em especial após as grandes guerras mundiais.

No entanto, o momento presente exige que se reflita acerca das razões que levam à prática da tortura, considerando que o "comportamento violento daqueles que detêm o poder nada mais é que a soma da agressividade de cada um dos que o compõem" (FERNANDES; FERNANDES, 1996, p. 130), o que implica assumir que, de algum modo, essa violência é uma característica que está associada ao exercício do poder e, também, é produto vinculado e decorrente da própria natureza humana, o que faz sentido e justifica tanto a violência exercida por quem investiga e castiga quanto por quem é investigado ou castigado. Por isso, numa relação de causa e efeito, é possível extrair uma primeira consequência desse modo de ser e de agir, ao se constatar, por exemplo, que o "Poder Judiciário sabe, vê, enxerga, omite-se e com a omissão legítima a arbitrariedade" decorrente da prática da tortura (FERNANDES; FERNANDES, 1996, p. 140). Ou seja, é como se houvesse algum nível de concordância ou de tolerância com a prática da violência pelo Estado, tendo em vista a anterior violência exercida pelo particular e, nesse aspecto, as espécies de aprisionamento de natureza provisória ou cautelar representam momentos únicos para se obter a confissão ou alguma forma de colaboração forçada, por ação do aparelho policial do Estado:

De forma cada vez mais comum a captura é ordenada, e sobretudo mantida, para constranger o imputado a confessar ou a colaborar. Esse uso do cárcere como meio de intimidação e de pressão sobre o imputado é tipicamente policiaisco. Os métodos "de polícia" no sentido pejorativo – forçar o suspeito torturando-o e impondo-lhe sofrimento e expiações – entram através dele no costume judiciário. E o processo novamente se rebaixa a uma relação de força com o imputado, induzido à confissão e à delação pelo temor do cárcere e pela esperança de liberdade (FERRAJOLI, 2002, p. 623-624).

Analicamente, caso se considere que no passado a tortura foi admitida com o propósito principal de impor castigos, tendo sido, porém, proibida sua prática pela

Constituição do Império³² (BRASIL, 1824), nos dias atuais as normas proibitivas existentes, como as que estão previstas nas convenções internacionais e na própria CF de 1988 "não conseguem impedir seu desenvolvimento, seja por não serem acionadas devidamente, seja por conformismo ou adequação aos valores invertidos" (FERNANDES; FERNANDES, 1996, p. 140). Em verdade, a esse respeito, é preciso e muitíssimo pertinente o argumento:

Civilizaram-se os rituais, modificaram-se as regras, mas a essência continua intocada. A violência não se afastou do cenário. É exercitada diariamente, com ou contra a vontade dos juízes. Convive-se com ela a ponto de se não mais senti-la. A carga, inicialmente, é pesada. O correr do tempo a torna apenas incômoda. Logo se adapta, passando a invisível companheira do dia a dia. Em sua extensão global, a violência corrompe, contagia, intimida ou destrói. A necessidade de combatê-la obriga à utilização de linguagem compreensível. O alfabeto, embora simplificado, é o mesmo de sempre: violência razoável contra violência irracional (FERNANDES; FERNANDES, 1996, p. 148).

Não se pode ignorar, entretanto, que, embora ainda persista a prática sistemática da tortura, sua proibição é, atualmente, uma regra mundialmente aceita e normativamente imposta:

A proibição da tortura é encontrada em vários tratados internacionais de direitos humanos e tratados humanitários internacionais; também é considerada um princípio do direito internacional geral. A proibição da tortura também ocupa uma posição especial no direito internacional geral, o de *jus cogens*, ou seja, uma 'norma imperativa' do direito internacional geral, cuja aplicação é obrigatória. O direito internacional geral é vinculante para todos os Estados, mesmo que não tenham ratificado um tratado em particular. Os preceitos de *jus cogens* não podem ser contrariados por tratados e outros preceitos do direito internacional (FOLEY, 2003, p. 8).

Logo, em face dessa realidade, impõe-se situar a prática da tortura com objetivos claros, isto é, saber por que ela continua sendo praticada, embora seja qualificada como infração penal grave, inafiançável e proibida em níveis interno e internacional.

De acordo com os parâmetros conceituais da lei (BRASIL, 1997b), pratica-se a tortura com o propósito de se obter confissões quanto a fatos atribuídos às próprias vítimas ou em relação a terceiros, funcionando nesse particular como mecanismo para forçar a delação; pode ainda ser exercida para se obter provas materiais sobre fatos, criminosos ou não, segundo os interesses de quem a pratica ou, ainda, como forma de impor castigos, intimidações ou atos discriminatórios. Com essas finalidades, a tortura, que já era conhecida das sociedades mais antigas, ainda se mantém presente na sociedade moderna. Com efeito, em

³² Constituição Política do Império do Brasil, art. 179, XIX: Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as demais penas cruéis.

que pese os vários propósitos de se praticá-la, para o desiderato deste estudo ela será considerada tão-somente como meio para a obtenção de provas no âmbito da persecução penal, ante a evidente ruptura da legalidade e da negação do direito ao silêncio. Esse recorte é necessário apenas para delimitar o foco da abordagem e para melhor contextualizar a inefetividade desse direito.

E, exatamente em razão desse recorte estratégico da pesquisa, surgiu a necessidade de se invocar um importante princípio de envergadura constitucional, segundo o qual o Estado somente pode desenvolver atividades persecutórias fundadas em provas obtidas por meios lícitos (CF, art. 5º, LVI). Então, sob esse ponto de vista, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos assume o mesmo sentido teleológico da norma que veda a prática da tortura, e essas vedações conjuntamente consideradas servem de criterioso reforço e dão ênfase à lógica do Estado orientado com o propósito de proteger a dignidade da pessoa humana. Ainda assim, há uma espécie de condescendência estatal e social com essa prática sob a forma de "um acordo subliminar indicando a conveniência de se fechar os olhos, admitida a premissa de que só por meio da violência se consegue esclarecer a maioria das infrações penais" (FERNANDES; FERNANDES, 1996, p. 168). É como se a tortura, em todos os seus aspectos, formasse uma perfeita simbiose com a sociedade humana, ao ponto de ser socialmente aceita, estrategicamente necessária e naturalmente incorporada ao tecido estatal como uma instituição jurídica regular e permanente:

Que um homem seja condenado à morte, não surpreendente. Em todos os períodos da história, mesmo nas mais civilizadas e ilustres, se tem sentenciado e cumprido penas capitais. Que um homem seja submetido à tortura também não surpreende. Afinal de contas, a tortura era uma prática, digamos legal, se não incondicionalmente aceita, tolerada (FRESCAROLI, 1972, p. 16, tradução nossa)³³.

Aliás, recorrendo-se à história mais recente, que descreve as atrocidades perpetradas em nome de um regime político, que se colocou contra todo um povo com a pretensão de eliminá-lo, qualquer um poderia facilmente intuir que esse povo deveria ser forte opositor a qualquer regime que se valesse da tortura como meio de obtenção de provas e outras informações, castigos etc. Entretanto, o que se percebe é que nem mesmo o intenso sofrimento imposto a esse povo o levou a abstrair-se de fazer o uso dessa prática, havendo

³³ Que un hombre sea condenado a muerte, no sorprende. En todas las épocas de la historia, incluso en las más civilizadas y preclaras, se han sentenciado y cumplido penas capitales. Que un hombre sea sometido a tortura tampoco asombra. Después de todo, la tortura era una práctica, digamos jurídica, si no incondicionalmente aceptada, tolerada.

estudos que indicam que esse povo ainda encontra recursos para justificar o "bom uso da tortura":

O Estado de Israel, que faz questão de apresentar-se como paladino dos direitos humanos – até em honra às vítimas do Holocausto –, ingressou no século XXI com este sombrio distintivo: talvez seja o único país do mundo onde práticas de tortura para extrair informações de prisioneiros políticos contam com o aval do Poder Judiciário, desde que sejam torturas "módicas" (TRINDADE, 2002, p. 16).

Em verdade, a prática da tortura pode ser considerada, também, como indicador (negativo) de ausência da cidadania, segundo a realidade brasileira:

Em uma sociedade como a nossa, marcada muito mais pela hierarquia entre os cidadãos do que pelos valores da igualdade entre eles, há uma indisfarçável tolerância da parte de muitos grupos sociais (elites e classe média) com relação à tortura, uma vez que ela atinge pobres, moradores de áreas urbanas degradadas, negros, criminosos – afeta, enfim, os que não chegam a ser vistos por aqueles grupos como cidadãos portadores de direitos (PIOVESAN; SALLA, 2001, p. 32).

Mas há outro ponto crucial nessa abordagem, que tem a ver com a maior facilidade que a tortura representa em termos de obtenção de provas, visto que, pragmaticamente, os meios lícitos são mais difíceis de ser manejados pela via processual e reclamam mais tempo, além do fato de que pela via legal as solicitações de produção de provas às autoridades constitucionalmente estabelecidas podem redundar em indeferimentos que, vistos em perspectiva, contribuem para o maior interesse pelos meios ilícitos, o que mais reforça a tortura como recurso prático, conveniente e em muitos casos oportuno: "Sob o aspecto processual, a utilização dos tormentos proliferou e manteve-se durante tantos séculos por se tratar de meio fácil de conseguir a confissão do suspeito e intimidar as pessoas" (GOULART, 2002, p. 19).

Em razão disso, a tortura se mantém como prática generalizada e com reduzida perspectiva de punição de seus executores no Brasil, de modo que o "Subcomitê da ONU para Prevenção da Tortura manifestou preocupação com a prática generalizada da tortura e com o fato de as autoridades não assegurarem a realização de investigações e de processos judiciais efetivos" (ANISTIA INTERNACIONAL, 2013, p. 53).

A par dessa constatação, a Anistia Internacional³⁴, ao avaliar o cenário brasileiro no ano de 2011, concluiu que "apesar de avanços importantes em termos de políticas de

³⁴ A Anistia Internacional é um movimento global de mais de 7 milhões de pessoas que se mobilizam para criar um mundo em que os Direitos Humanos sejam desfrutados por todos. Sua missão é que todas as pessoas tenham

segurança pública, os agentes de aplicação da lei continuaram a usar a força de modo excessivo e a praticar torturas e execuções extrajudiciais" (2012, p. 109), como também constatou que "a prática da tortura ainda predominava no momento da prisão, durante os interrogatórios e no período de detenção, tanto em delegacias de polícia quanto em penitenciárias de todo o país" (2012, p. 111). Recentemente, em novos levantamentos realizados pela Anistia Internacional, mais uma vez restou evidenciada a prática da tortura no Brasil, dando-se especial destaque para o caso do "pedreiro Amarildo":

Em julho de 2013, Amarildo de Souza, trabalhador da construção civil, foi detido pela polícia quando voltava para sua casa na Rocinha, no Rio de Janeiro. Enquanto estava em custódia na Unidade de Polícia Pacificadora local, ele foi torturado até a morte. A polícia negou que Amarildo de Souza tivesse estado sob sua custódia, mesmo com uma gravação em vídeo mostrando que ele havia sido detido. Vinte e cinco policiais foram indiciados por participação no caso, inclusive o comandante da unidade. No fim de 2014, seis deles estavam detidos provisoriamente enquanto aguardavam o julgamento (ANISTIA INTERNACIONAL, 2014/2015, p. 74).

Em verdade, essas constatações feitas pela Anistia Internacional em relação à prática da tortura no Brasil são reflexos de casos corriqueiros da realidade nacional, que bem situam o modelo persecutório-penal, o qual, embora regido por inúmeras normas garantidoras do *status* de inviolabilidade da pessoa humana, apenas tangenciam as garantias pessoais, enquanto se aprofundam em buscar soluções rápidas para os procedimentos investigativos, aplicando punições ancoradas no devido processo legal, porém no aspecto meramente formal. De acordo com esse entendimento, é como se a sociedade civil e o próprio Estado fossem integrados por agentes anônimos, cujas convicções sobre a tortura não são publicamente declaradas, por razões óbvias, mas que em seu íntimo, de forma bastante reservada, são seus fervorosos defensores, em razão das vantagens que ela proporciona: "As garantias constitucionais conturbam a investigação porque, vinculando-se à lei, a autoridade e seus agentes encontram segura resistência da vontade do indiciado, demorando então o entrelaçamento dos indícios. Daí à tortura o caminho é pequeno" (FERNANDES; FERNANDES, 1996, p. 168).

Enquanto essa prática se perpetua, ao menos desde a primeira Constituição do Estado brasileiro (BRASIL, 1824), que se ocupou expressamente de proibi-la, organismos de

acesso aos direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em outras normas internacionais pertinentes. O trabalho da Anistia Internacional consiste em desenvolver pesquisas e campanhas de mobilização para prevenir e pôr fim às violações dos direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos. Desde a liberdade de expressão e de associação até a integridade física e mental, e desde a proteção contra a discriminação até o direito à moradia – esses direitos formam um todo indivisível.

abrangência internacional sem vínculo com o poder público, têm se ocupado da tarefa de identificar as graves violações dos direitos humanos no âmbito global. Desse modo, a influência, principalmente política, como resultado da exposição internacional das violações brasileiras aos direitos humanos, contribuiu, de alguma forma, para revelar situações extremas identificadas no País, onde a tortura ainda permanece como técnica usual de obtenção de provas (especialmente as confissões), quando em curso investigações em torno de fatos ilícitos. Também em razão disso, não há como negar a íntima relação que a tortura guarda como ato tipicamente vinculado ao Estado, podendo-se considerá-lo o principal gestor e interessado em preservá-la:

[...] podemos constatar que as convenções consideram que a tortura está diretamente relacionada com a atuação ou omissão do Estado. Ou seja, a tortura implica em um tipo de crime praticado pelo Estado, seja pela atuação de seus agentes – que a utilizam como método de investigação ou como forma de castigos corporais e mentais – ou pela omissão de seus agentes quando não tomam medidas para se evitar a prática da tortura (JESUS, 2010, p. 31).

Em decorrência disso, surge todo um conjunto de dificuldades para a apuração dos crimes de tortura e punição de seus executores, o que reforça ainda mais o interesse em se praticá-la como "método de investigação" e pela facilidade que ela permite de se produzirem as provas incriminadoras. Além do mais, há também fortes fatores corporativos que favorecem a perpetuação dessa técnica investigativa:

A tortura é um crime insindicável porque, mesmo quando há denúncias, poucos são os casos devidamente apurados. As autoridades não se mostram dispostas a investigar as denúncias e apurar os fatos. Isso está relacionado principalmente ao fato de as autoridades responsáveis pelas investigações serem, justamente, policiais. A tortura é impunível porque são relativamente poucos os casos que chegam a ser processados na justiça e, mesmo quando o são, isso não significa a responsabilização da maioria dos culpados (JESUS, 2010, p. 35).

Em suma, "a tortura tem sido descrita como método de investigação policial que, apesar de ilegal, encontra-se incorporada à cultura dessa corporação", segundo a literatura especializada nesse tema vem demonstrando (JESUS, 2010, p. 35). Com isso, ao mesmo tempo em que atua como fator contraposto ao pleno exercício do direito ao silêncio, a tortura reforça o sentido de desagregação social a partir da desigualdade individual de tratamento, por razões clinicamente conhecidas e convenientemente mantidas: "O funcionamento normativo do aparelho penal resulta na afirmação de diferenças e desigualdades, na manutenção das assimetrias, na manutenção das distâncias sociais e das hierarquias" (JESUS, 2010, p. 86).

Nesse sentido, tolera-se a "regulação da tortura de acordo com a gravidade da denúncia ou queixa e conforme a posição social dos envolvidos" (LIMA, 1997, p. 175).

A rigor, a instituição da tortura como ato de Estado decorreu, paradoxalmente, da forte influência da antiga doutrina católico-cristã, chegando-se ao ponto de "tornar-se um dos mais importantes instrumentos do processo penal" (TEIXEIRA, 2004, p. 14) e, como tal, de algum modo vem se mantendo na atualidade:

[...] sob a égide do Direito Canônico, especialmente na Baixa Idade Média, a tortura é largamente utilizada, exercendo papel decisivo nos processos criminais. Embora condenada no início, a partir do século XIII passou a ser admitida em documentos legais emanados da Igreja, de modo que, tal como nos tempos antigos, trata-se de prática legal (KIST, 2002, p. 37).

Mas novas contingências deram outros rumos à tortura, visto que, se até o século XIV ela pudesse ser considerada "instrumento processual sobre o qual pesavam garantias legais", já no século XV houve certo recrudescimento, "sobretudo nos estados absolutistas, quando os tormentos passam a relacionar-se com a segurança do Estado, reduzindo-se as garantias dos cidadãos" (TEIXEIRA, 2004, p. 15). Há, todavia, um preço político a ser cobrado (e pago) em razão dessa prática, não apenas no âmbito interno das nações, mas especialmente no plano internacional.

Imagem Pau de Arara³⁵:



Desse modo, colocado o problema quanto à obtenção de provas por meios ilícitos, não é difícil compreender como a tortura simplesmente anula qualquer pretensão de se usufruir do direito ao silêncio, visto que, por causa de sua natureza, ela é fator absolutamente impeditivo do exercício satisfatório desse direito, embora, para os executores dessa medida extrema e desumana, reste a satisfação de se encaminhar a solução de outras investigações, desde as mais simples até as mais complexas, não havendo para além disso qualquer obrigação moral de se punir com acerto, correção e justiça os verdadeiros autores dos crimes, segundo a disciplina do processo penal constitucionalmente regulamentada. Ao lado disso, a tortura é célere e permite a redução do tempo, quase sempre impraticável no processo penal legal, ao ponto desse método de obtenção de provas ter sido preferido pela Inquisição, ao argumento de que é "dado o tormento ao réu para apressar a confissão dos seus delitos" (EYMERICO, 2009, p. 46).

³⁵ A *Human Rights Watch* constatou fortes indícios do envolvimento de agentes estatais em 64 casos de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante ocorridos desde 2010, no Brasil. Em 40 dos 64 casos, as informações analisadas demonstravam que os abusos constituíram efetivamente tortura. Embora essas violações frequentemente ocorram durante as primeiras 24 horas da prisão, muitos presos têm de esperar três meses ou mais para serem conduzidos à presença de um juiz para quem poderiam denunciar os abusos sofridos. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2014/07/28/254675>>. Acesso em: 31 jul. 2015. Imagem disponível em: <<http://img.historiadigital.org/2011/08/Tortura-Pau-de-Arara.jpg>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

Outro problema que se associa à prática da tortura tem a ver com o fraco controle judicial das ações de agentes do Estado, que desenvolvem atividades persecutórias em nível de investigação de ilícitos diversos, uma vez que esse controle, quando exercitado, é pouco eficaz no sentido de remediar a brutalidade da medida, sendo ainda insensível à identificação de provas ilicitamente produzidas. Exemplo disso, são os incontáveis interrogatórios tomados de pessoas completamente desassistidas da defesa técnica, de forma arbitrária e mediante o emprego de meios físicos violentos e ameaças de imposição de indiciamentos ou denúncias, entre outras medidas igualmente perversas e contrárias ao Direito. Em torno dessa discussão, há também que se ter em conta que a tortura, tal como está inserida no tecido social, é um sistema bem definido e regularmente estruturado, sobre o qual se pode afirmar:

A tortura é parte de um sistema, e não o trabalho de algumas poucas "maças podres". Alegar que a tortura é sistêmica implica dizer que essa violência é persistente e disseminada, amparada por referenciais legais e ideológicos, incorporada por uma agência oficial com suas múltiplas divisões de trabalho interconectadas, alimentada e protegida pelo segredo, e viabilizada pela ausência de qualquer ação oficial contra ela (HUGGINS, 2014, p. 46-47).

Seguindo um pouco mais adiante, chega-se ao interrogatório como instrumento regular de conhecimento e esclarecimento de fatos, observando-se, ou não, o procedimento legalmente previsto. Entretanto, o fato é que o interrogatório, tomado mediante a extorsão do preso ou do investigado e realizado com o objetivo de se obter a confissão, revela a supremacia do poder de quem interroga sobre quem é interrogado. A partir dessa perspectiva, chegou-se à elaboração de um conceito formal/objetivo desse instituto:

Interrogatório: obtenção de informação pelo questionamento direto da pessoa ou pessoas sob a condição de que estão parcial ou totalmente controladas pelo interrogador; o interrogatório é usualmente reservado para as fontes [de informações] que são suspeitas, ou resistentes ou ambos (CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY, 1963, p. 5, tradução nossa)³⁶.

Como exemplo dessa relação de controle e de superioridade, que o interrogador exerce sobre o interrogado, tem-se um episódio elucidativo e explicativo descrito na obra "Bar Bodega":

Ele foi torturado quatro vezes. Uma numa delegacia e mais três vezes em outra. Os policiais ameaçavam colocar pacotes de cocaína na casa para incriminar a família inteira. Depois de cada espancamento, um delegado botava papéis a sua frente para que assinasse (DORNELES, 2007, p. 48).

³⁶ Interrogation: obtaining information by direct questioning of a person or persons under conditions which are either partly or fully controlled by the questioner; interrogation is usually reserved for sources who are suspect, resistant, or both.

Tomando-se ainda como referência o episódio relatado na obra "Bar Bodega", tem-se a opinião de um magistrado que retratou, de forma clara e sem apegos subjetivos, a intrínseca e profunda dependência da atividade policial à prática da tortura para a obtenção de confissões:

A mesma polícia que investigou cientificamente e elucidou a autoria de um dos crimes de maior repercussão dos últimos tempos carregará a nódoa da indignidade por usar métodos medievais para extorquir confissões mediante tortura, demonstrando, além do despreparo, extrema ignorância em matéria jurídica, imaginando que a confissão é a rainha das provas (DORNELES, 2007, p. 258).

O "caso Bodega", como ficou conhecido, passou a representar um parâmetro, uma referência obrigatória para descrédito da atividade policial. Todos os réus, depois deste caso, passaram o precedente das atrocidades, atribuindo-se de vítimas de torturas e agressões (DORNELES, 2007, p. 259).

Isso permite compreender como os constrangimentos físicos, assim como as intimidações psicológicas, engendradas no momento em que alguém é submetido ao interrogatório, reduzem ou anulam brutalmente a capacidade individual de produzir a própria defesa de forma coerente e eficaz, o que naturalmente exige a assistência jurídica, como meio apto a permitir a plena satisfação do direito ao silêncio, não apenas no plano formal, mas também de modo a concretizar o direito fundamental em questão.

Por último, não se pode deixar de considerar que os defensores da tortura, como prática regularmente exercida visando a obtenção de provas, entre outros propósitos, procuram defendê-la de maneira intelectualmente estruturada e com fundamento no regime democrático, conferindo-lhe, inclusive, natureza técnica, tudo isso servindo de reforço quanto a sua "utilidade" ou "praticidade". Em razão disso, surgiram expressões como "tortura light" ou "interrogatório avançado":

A expressão "tortura light" é usada em referência a diversas técnicas que, ao contrário das formas de tortura mais tracionais, não mutilam fisicamente o corpo da vítima. As técnicas normalmente descritas como "tortura light" – ou "interrogatório avançado" – incluem privação prolongada do sono, longos períodos em que as vítimas são forçadas a ficar em pé (técnica também conhecida como posições desconfortáveis), isolamento, manipulação de frio e calor, bombardeamento com ruídos, humilhações pessoais e simulação de execuções. Hoje e no passado, o uso freqüente dessas técnicas por governos democráticos destaca diferenças entre os métodos de tortura que as democracias tendem a aprovar e aqueles regimes autoritários tendem a utilizar (WOLFENDALE, 2014, p. 77).

Mas há, inegavelmente, quem se contraponha a essa "visão utilitarista da tortura":

Algumas pessoas repudiam a tortura por princípio. Elas acreditam que esse recurso é uma violação dos direitos humanos, um desrespeito à dignidade intrínseca dos seres humanos. Sua posição contra a tortura não depende de considerações utilitaristas. Elas argumentam que o direito e a dignidade humana têm uma base moral que transcende a noção de utilidade (SANDEL, 2014, p. 53).

3.3 O Jornalismo Investigativo e a Especulação Midiática em Confronto com o Direito ao Silêncio

Entre a liberdade de imprensa e o direito à informação, por um lado, e o direito ao silêncio, por outro lado, há um conjunto de fatores incidentalmente prejudiciais a serem considerados, especialmente no que respeita com o sensacionalismo e a especulação que os veículos de comunicação realizam em torno de fatos criminosos, de seus supostos autores e a evidente afronta ao direito ao silêncio no plano individual, além de também concorrer em prejuízo da dignidade, da imagem e da honra pessoal, em regra.

Tem-se, com isso, o direito ao silêncio cobrando sua efetividade que, ainda longe de ser alcançada, apresenta-se comprometida juntamente com outros direitos fundamentais, como a presunção de inocência e a proteção à imagem e à honra, sem prejuízo da violação da dignidade humana e, no centro desse conflito de direitos, situam-se o sensacionalismo e a especulação promovida pelos veículos de comunicação.

Tabela 9 – Quadro Comparativo de Normas.

LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITOS FUNDAMENTAIS		
- Direito à Informação (CF, art. 5º, XIV)	Jornalismo Investigativo	- Dignidade da Pessoa Humana (CF, art. 1º, III)
- Liberdade de Imprensa (CF, art. 220, <i>caput</i>)	Sensacionalismo	- Direito ao Silêncio (CF, 5º, LXIII)
	Especulação	- Direito à Honra e à Imagem (CF, 5º, X)
		- Princípio da Presunção de Inocência (CF, art. 5º, LVII)

Mas antes de examinar essa questão, é importante fazer um recorte em torno do entendimento sobre o jornalismo investigativo, propiciando a correta delimitação desse gênero jornalístico.

Em princípio, o jornalismo, admitido numa acepção mais ampla, deve ser compreendido como um importante instrumento revelador da democracia de um povo e de seu país, a partir da percepção de que também é um importante vetor para a formação e a difusão de valores, além de ser um espaço especialmente direcionado para a difusão da realidade a partir de sua atuação séria, isenta e comprometida com os interesses maiores da sociedade. Em torno dessa visão de compromisso com o social e dos valores e princípios que devem nortear toda a atividade jornalística, convém destacar o conceito dessa atividade tomando-se como referencial a perspectiva da Empresa Brasileira de Comunicação³⁷:

A EBC considera que jornalismo é espaço público por onde são transferidas informações relevantes, com potencial para alterar a realidade, que se sucedem no tempo e no espaço, objeto de interesse da coletividade e abrangidos pelos seus critérios de cobertura. Essas informações têm de ser transmitidas com honestidade, fidelidade, precisão e responsabilidade. Devem ser mediadas por um processo ético, rigoroso, criterioso, isento, imparcial, sem preconceito e independente – na sua apuração, organização, hierarquização, aferição e difusão dos acontecimentos. Também é necessário que estejam acompanhadas de contextualizações e análises confiáveis e sejam apresentadas com linguagem clara, precisa e objetiva, que permita elucidação e esclarecimento de seus significados, de suas causas e de seus efeitos na sociedade. E, dessa forma, ofereçam aos indivíduos e sujeitos sociais melhores condições de agir e tomar decisões para transformar a realidade em benefício dos interesses coletivos (EMPRESA BRASILEIRA DE COMUNICAÇÃO, 2012, p. 3).

A partir dessa noção introdutória, cumpre registrar que os estudos acerca dos gêneros jornalísticos ainda hoje são preponderantemente de cunho classificatório. Ao que se percebe, enquanto no eixo norte-americano houve a preocupação no trabalho de apuração, verificação e reportagem por intermédio de pesquisas empíricas, no eixo europeu a análise das noções de gêneros textuais e, depois, de gêneros discursivos foi produzida pela linguística. Mas no Brasil, embora se perseguisse o rastro norte-americano, seguiu-se a influência espanhola, que dividiu os principais gêneros jornalísticos segundo os critérios de função e de forma (SEIXAS, 2009, p. 46). Ainda assim, no Brasil esses critérios não foram aceitos de forma convincente e ampla, razão pela qual há sempre novas classificações de gêneros sempre que surge uma nova pesquisa em torno desse tema (SEIXAS, 2009, p. 55). Com referência à dificuldade de se ter uma classificação amplamente aceita, Luiz Beltrão, primeiro doutor em jornalismo no Brasil, propôs em 1976 que o jornalismo fosse dividido em três ramos, compreendendo-se o informativo, o opinativo e o interpretativo, atendendo-se, segundo ele, ao critério funcionalista (SEIXAS, 2009, p. 56).

³⁷ A EBC foi criada pela Lei n. 11.652, de 7 de abril de 2008, e seu Estatuto Social foi aprovado pelo Decreto n. 6.689, de 11 de dezembro de 2008. Trata-se de uma empresa pública, organizada sob a forma de sociedade anônima de capital fechado, vinculada à Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República.

Ao que interessa diretamente com esta pesquisa, os principais métodos de investigação, na área do jornalismo, são a pragmática da comunicação, a análise do discurso, a análise crítica do discurso, os estudos culturais, a teoria da interação e as teorias classificatórias (SEIXAS, 2009, p. 62). Com isso, caso se aceite que o jornalismo investigativo (gênero) se desenvolve com a aplicação de um ou mais desses métodos, não se pode negar que esse jornalismo, em dadas circunstâncias, também se realiza divorciadamente de suas bases éticas: "Uma das maiores dificuldades da investigação jornalística reside, justamente, nas bases éticas de uma atividade que tende a se misturar com uma atividade muito mais próxima do trabalho policial do que, propriamente, do jornalismo" (FORTES, 2005, p. 17).

Explica-se:

Muito se discute sobre o comportamento do jornalista diante as circunstâncias de uma matéria que exige infiltração, dissimulação e, não raras vezes, doses exageradas de perigo. A utilização de câmeras e gravadores escondidos suscita toda sorte de debate entre estudiosos da mídia, o público e os agentes da Justiça. Desse debate constante retiram-se mais dúvidas do que respostas, normalmente porque partem de uma avaliação do resultado, e não da ação em si. A tentação de se descobrir a verdade, ou dela se apropriar como trunfo, pode levar as redações a optarem por todo tipo de meio investigativo, legal ou não, graças à velha máxima de que os fins justificam o meio (FORTES, 2005, p. 17).

De olho nessa realidade, o jornalismo investigativo, ao qual se fará referência no curso desta pesquisa, não corresponderá ao gênero jornalístico que se possa inserir em uma daquelas classificações sugeridas por Luiz Beltrão, mas corresponderá à espécie de jornalismo que, embora apresente alguma vertente investigativa, se desenvolva sem qualquer submissão aos critérios éticos que são próprios dessa atividade profissional.

Em decorrência disso, a essa espécie de jornalismo é que se associam as marcas ou características de atividade sensacionalista e especulativa.

Ainda nesse contexto, impõe-se considerar que, tal como se passa com a tortura, com a qual se busca a obtenção de provas que subsidiarão procedimentos persecutórios diversos, a atuação do jornalismo investigativo pauta-se particularmente por uma postura por vezes afrontosa aos direitos e às garantias constitucionalmente estabelecidos e às diretrizes de conduta ética dos profissionais do ramo jornalístico. Ou seja, o jornalismo investigativo, de cunho sensacionalista e especulativo, ao mesmo tempo em que teoricamente informa, igualmente viola direitos individuais, aos quais, jurídica e eticamente, deveria resguardar.

Todavia, diferentemente da tortura, que em regra não é praticada com a finalidade de obter alguma vantagem econômica³⁸ (BRASIL, 1997b), o jornalismo investigativo, não fundado em bases éticas, busca manter-se concorrente num mercado que lhe é próprio e reservado e que, por razões óbvias, está associado à percepção de lucros: "Os meios de comunicação de massa, inseridos no sistema capitalista, visam essencialmente ao lucro" (TARGINO, 2009, p. 49).

Partindo-se do referencial ético da classe dos jornalistas, há que se ter em conta que o respectivo estatuto profissional pauta-se, rigorosamente, pela sujeição que seus profissionais devem ter ao Estado Democrático de Direito, cujas bases deontológicas se assemelham às dos demais profissionais das carreiras organizadas, servidores públicos e agentes políticos. Nesse contexto, o primeiro aspecto a se destacar diz respeito ao próprio Código de Ética estatuído pela classe dos jornalistas (FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS, 2007), o qual reconhece a informação como direito fundamental do cidadão (CEJ, art. 1º), lembrando-se, ainda, outro ponto importante: que a profissão do jornalista é classificada como de natureza social, subordinando-se às diretrizes do Código (CEJ, art. 3º); coerentemente com essa visão, o Código impõe o dever ao profissional de defender os princípios expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (CEJ, art. 6º, I), bem como os princípios constitucionais e legais, uma vez que formam a base do Estado Democrático de Direito (CEJ, art. 6º, X); em caráter peremptório, o Código expressamente veda ao profissional o uso do jornalismo para incitar a violência, a intolerância, o arbítrio e o crime (CEJ, art. 7º, V); outra particularidade muitíssimo apropriada do Código foi acolher a presunção de inocência como um dos fundamentos da atividade jornalística (CEJ, art. 9º), o que pode ser considerado, numa perspectiva jurídico-filosófica, complemento necessário ao regime de conduta de uma categoria profissional formadora de opiniões; por derradeiro, o Código impõe que o jornalista trate com respeito todas as pessoas mencionadas nas informações que divulgar (CEJ, art. 12, III) (Cf. FORTES, 2005, p. 20)³⁹.

³⁸ Há casos em que a tortura é praticada em decorrência do crime de extorsão mediante sequestro (art. 159 do Código Penal) e, por essa razão, tem incidência a causa de aumento da pena de que trata o art. 1º, § 4º, III, da Lei 9.455/1997.

³⁹ Segundo FORTES, o "Código de Ética do Jornalismo Brasileiro existe, está no papel, mas não ajuda muito. Foi aprovado em 29 de setembro de 1985 pela Federação Nacional dos Jornalistas a partir de uma discussão levada a cabo pela categoria. É um texto de formato burocrático, sem charme ou beleza de estilo, com jeitão de lei, enumerado a partir de artigos, incisos e parágrafos".

De acordo com essa regulamentação, pode-se destacar a metodologia de trabalho adotada por uma empresa do ramo jornalístico que, mediante a adoção de um estatuto de ética próprio, enfatizou a necessidade de seus profissionais observarem limites:

O mero registro policial ou a proposta de ação judicial não são elementos suficientes para divulgação de nomes de suspeitos ou acusados, a menos que haja a devida contextualização para se compreender um fato de interesse público. A citação de nomes e a divulgação de imagens de suspeitos ou acusados também podem ser decididas a partir de pelo menos uma das situações a seguir: indiciamento, detenção, prisões em flagrante, preventiva ou temporária, cumprimento de mandados de busca e apreensão, pedido de abertura de inquérito pelo MP à Justiça, aceitação da denúncia do MP pela Justiça ou confirmação de envolvimento por informações consistentes apuradas pelo veículo.

Ninguém poderá ser apontado como autor de um crime até que tenha sido proferida sentença judicial ou que não reste dúvida quanto à autoria (GRUPO RBS, 2011, p. 15).

Entretanto, em que pese essas referências éticas e estatutárias, o fato a ser considerado é que, uma vez que o Estado não tem se responsabilizado quanto à satisfação dos direitos fundamentais individuais, há setores do jornalismo que, ao promoverem a cobertura de investigações criminais, se valem dessa omissão e passam a atuar diretamente sobre as pessoas investigadas, expondo-as antecipadamente à execração pública e ignorando qualquer possibilidade de inocência e a validade de direitos como a honra e a imagem, violando não apenas os preceitos legais e constitucionais vigentes, mas o próprio Código de Ética da respectiva classe. Desse modo, na perspectiva de causa e efeito, a atuação do jornalismo investigativo reflete-se de forma contrária ao livre exercício do direito ao silêncio.

Ainda a propósito dessa questão, é oportuno mencionar, também a título de exemplo, o episódio no qual uma jornalista, apresentadora do telejornal "SBT Brasil", manifestou-se acerca de reportagem veiculada pelo mesmo canal de televisão⁴⁰, no dia 4 de fevereiro de 2014, expondo o lado negativo da atividade jornalística de cunho sensacionalista (TVSBT, 2014).

Em razão da forma como a jornalista abordou a notícia, diversos parlamentares do Poder Legislativo federal encaminharam representações à Procuradoria-Geral da República. Tal foi a repercussão da abordagem e das opiniões externadas pela jornalista, num contexto de desprezo pelas garantias individuais e de estímulo à vingança privada que, ao final, o órgão da

⁴⁰ Link de acesso à reportagem: <<https://www.youtube.com/watch?v=unVIpQHLDwE>>.

Procuradoria da República no Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública. Os fatos podem ser resumidos nos termos seguintes:

As representações noticiam que, no dia 4 de fevereiro do presente ano, a âncora Rachel Sheherazade, do telejornal "SBT Brasil", veiculado pela TVSBT em horário considerado nobre, de amplo acesso do público em geral, manifestou-se em comentário à reportagem exibida na oportunidade, defendendo, legitimando e estimulando as atitudes de transeuntes (14 pessoas) que agiram como "vingadores/justiceiros", em verdadeiro linchamento de jovem, com registros criminais em delegacia de polícia, que foi amarrado, sem roupas, a um poste na zona sul da cidade do Rio de Janeiro, pelo pescoço, por meio de um cadeado de bicicleta, com várias lesões e hematomas.

Segundo os representantes, a conduta da apresentadora incorreria nos crimes previstos nos artigos 286 e 287 do Código Penal Brasileiro, incitação ao crime e apologia de crime ou criminoso, sendo passível de responsabilização tanto da apresentadora quanto da emissora concessionária de serviço público de radiodifusão de sons e imagens, a TVSBT.

Adicionam os parlamentares que o Sindicato de Jornalistas Profissionais do Município do Rio de Janeiro e o Sindicato de Jornalistas Profissionais do Distrito Federal já teriam se manifestado contra os comentários proferidos pela apresentadora, eivados, inclusive, de violação ao Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros.

A declaração da âncora do programa "SBT Brasil" foi proferida por cerca de um minuto, logo após a exibição de reportagem em que foi mostrada a violência e a situação vexatória e altamente constrangedora pela qual passou um jovem adolescente de 15 anos, espancado e acorrentado nu a um poste, conforme pode ser verificado na gravação constante no CD acostado à fl. 162 dos autos do procedimento preparatório nº 1.34.001.002338/2014-66, anexo.

Apresentadora Rachel Sheherazade: "catorze jovens de um grupo conhecido como justiceiros foram presos e depois liberados hoje no Rio, parte do bando é suspeito de espancar e acorrentar um adolescente nu a um poste no Rio. O garoto agredido já foi detido três vezes, por roubo e furto."

Apresentadora Rachel Sheherazade: "é, o marginalzinho amarrado ao poste era tão inocente que em vez de prestar queixa contra os seus agressores, ele preferiu fugir, antes que ele mesmo acabasse preso. É que a ficha do sujeito está mais suja do que pau de galinheiro. Num país que ostenta incríveis 26 assassinatos a cada 100 mil habitantes, que arquiva mais de 80% de inquéritos de homicídio e sofre de violência endêmica, a atitude dos vingadores é até compreensível. O Estado é omissivo, a polícia desmoralizada, a Justiça é falha. O quê que resta ao cidadão de bem que ainda por cima foi desarmado? Se defender é claro! O contra-ataque aos bandidos é o que eu chamo de legítima defesa coletiva de uma sociedade sem Estado contra um estado de violência sem limite. E aos defensores dos Direitos Humanos que se apiedaram do marginalzinho preso poste, eu lanço uma campanha: faça um favor ao Brasil, adote um bandido!"

No contexto em que foram proferidas as declarações da apresentadora resta evidente o abuso do direito à liberdade de expressão/de imprensa, notadamente ao justificar e legitimar, inclusive apta a estimular, as atitudes adotadas pelo grupo de "justiceiros", exibidas na reportagem, que agrediram, despiram e acorrentaram um jovem de 15 anos pelo pescoço a um poste na zona sul da cidade do Rio de Janeiro, em razão do seu indiciamento pela prática de pequenos furtos.

Ademais, ao se veicular tais comentários, em canal de televisão aberta, serviço público da União, exercido pela TVSBT, mediante concessão pública, violou-se o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária, a presunção de inocência, os fundamentos da dignidade da pessoa humana, da cidadania, do dever de proteção do Estado, ao adolescente, contra qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, bem como das diretrizes da comunicação social, respeitadas a ética e a moralidade da pessoa e da família.

E, apesar da apresentadora Rachel Sheherazade ter proferido tais declarações, que desenganadamente buscaram legitimar a atitude desproporcional de tais "justiceiros", bem como estimular que sejam adotadas, em outras situações assemelhadas, a ré TVSBT limitou-se a dizer que a emissora e a apresentadora seguiram e seguem a política da empresa e seus princípios editoriais.

Frise-se que a lesão social ocasionada pelas declarações é evidente, ante o grande poder persuasivo e formador de opinião que detém o meio televisivo perante a sociedade brasileira, agravada neste caso pelos índices de audiência do referido programa.

Além disso, a veiculação das declarações da apresentadora Rachel Sheherazade vão na direção diametralmente oposta ao que determina a Constituição Federal, ao fixar os princípios da produção e a programação das emissoras de rádio e televisão, notadamente quanto às finalidades educativas e informativas, bem como respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (artigo 221, Constituição Federal) (BRASIL, 2014a).

Diante desse caso, bastante ilustrativo de uma postura muito pessoal de se fazer jornalismo (ou apenas sensacionalismo), é prudente que se fortaleçam os laços ético-profissionais, o que exige que os "repórteres precisam ser extremamente cuidadosos para não usarem o seu poder indevidamente. Se uma investigação levar a acusações substanciais contra uma pessoa, geralmente não é necessário adicionar insultos pessoais à receita" (HANSON, 2013, p. 78).

É inquestionável que, do ponto de vista do mercado, essa forma de tornar públicos os fatos, realizada pelo jornalismo investigativo, é conveniente para se manter a concorrência entre os diversos segmentos de comunicação, mesmo atropelando os direitos e as garantias individuais. Por outro lado, segundo o enfoque dos órgãos policiais, a intervenção do jornalismo investigativo contribui sobremaneira para a exposição dos investigados, dado o poder que esse meio possui de se irradiar, sob a forma de imagens e sons, atingindo e influenciando o público, numa escala de milhares a milhões de pessoas, instantaneamente. Isso sem dúvida favorece inclusive o encaminhamento da solução de crimes, ainda que não tenham sido observadas, em momento algum, as diretrizes constitucionais e legais que condicionam e restringem a atuação do Estado, quando age, preordenado e abusivamente, determinado a encontrar qualquer solução para as elevadas taxas de violência, mesmo que

isso ocorra em detrimento dos direitos individuais. Nesse aspecto, é oportuno questionar acerca dessa face sensacionalista da mídia:

Discorrer sobre o tema sensacionalismo, imprensa e criminalidade trata de saber se a mídia, considerada sua responsabilidade social, tem agido de forma racional (sensata), ou irracional (insensata), em relação aos fatos criminais e ao fenômeno da criminalidade como um todo e em cada um dos tipos específicos de suas manifestações (BARROS, 2003, p. 24).

Com isso, há uma resultante identificada como consequência do sensacionalismo exacerbado e sem limites, decorrente de uma conclusão bastante reveladora e intrigante, mas também muito preocupante, pois não se encontra na população o desenvolvimento da capacidade crítica, senão apenas a indução de ideias e de (pré) conceitos produzidos e reproduzidos para o consumo massificado:

O sensacionalismo estimula a violência em virtude da banalização a que os fenômenos da criminalidade são submetidos e porque eleva ao estrelato os criminosos, que se vêem como figuras públicas de grande projeção e destaque, hoje não mais apenas nos tablóides de "jornalismo marrom", do tipo que "se espremer sai sangue", como dizia o povo, mas de uma forma geral, em toda a grande mídia brasileira (BARROS, 2003, p. 24).

Como, enfim, não há senso crítico qualificado em torno do processo midiático de formação de estereótipos, a parcela mais representativa da sociedade segue envolvida pelo conceito já definido de que "Bandido não tem direito algum!", o que seguramente reforça e estimula o outro lado do sensacionalismo, que é justamente a ausência de neutralidade jornalística:

O sensacionalismo transgride radicalmente com os ideais de neutralidade da imprensa. As técnicas sensacionalistas valem-se da exploração e manipulação intensa e deliberada das emoções primárias (sensações) do leitor, do ouvinte ou do telespectador, em geral induzindo baixo nível de reflexão crítica ou intelectual a respeito dos fenômenos ("fatos") reportados (BARROS, 2003, p. 24).

Em meio a tudo isso, somando-se ainda as inúmeras crises sociais e políticas vivenciadas pela sociedade brasileira, antes e após o processo de (re) democratização da República Federativa do Brasil, a atividade jornalística, sempre presente, tem influenciado os novos rumos dessa mesma sociedade. Essa influência pode estar relacionada com a ausência de quaisquer outros mecanismos que tenham tanto poder e penetração no tecido social quanto os têm os veículos de comunicação. Ao que parece, nem a Academia nem a Igreja assumiu papel tão ativo e influenciador de decisões sociais e políticas como a Imprensa o fez e continua fazendo:

Diante do avanço da ciência, em qualquer período histórico e para qualquer sociedade, é de se esperar que o jornalismo acompanhe as mutações contextuais. De fato, no Brasil, desde os primórdios do século XIX, a imprensa exerce função decisiva para a sociedade, dando lugar à premissa segundo a qual só acontece aquilo que é veiculado pela mídia, uma vez que ela atravessa a sociedade, de forma tão tênue e ao mesmo tempo tão intensa, que a vida social só se consolida graças a ela (TARGINO, 2009, p. 32).

Mas, ao lado dessa realidade, percebe-se que por vezes o jornalismo investigativo confunde-se com a própria atividade policial, alcançando interessantes resultados decorrentes dessa forma de atuação, nas hipóteses em que a polícia, institucionalmente, não conseguiu ou não se esforçou para conseguir. Em abono a esse ponto de vista, pesquisa realizada no âmbito do Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro (IUPRJ) destacou a relação entre a Imprensa e o agendamento de pautas de políticas públicas:

Apesar das deficiências que ainda persistem, pesquisadores e especialistas são enfáticos em apontar o papel decisivo dos meios de comunicação, e o da imprensa em especial, nas respostas de governos e da sociedade aos problemas da violência. Alguns jornalistas refletiram sobre essa atribuição e sobre a importância num país como o Brasil: "A imprensa sempre teve esse papel de deflagrar processos e descobrir informações, mas eu acho que no Brasil ele é muito mais valorizado justamente pela falha de outros sistemas. Como a polícia não funciona e só investiga o que realmente tem repercussão, a imprensa acaba funcionando como polícia às vezes. Há muitos casos em que se a imprensa não investiga, a polícia, por incompetência ou por desvio, acaba não investigando" (RAMOS; PAIVA, 2007, p. 21-22).

Ainda assim, é importante considerar que há particularidades da investigação desenvolvida pelo setor jornalístico que não coincidem necessariamente com as desenvolvidas pela polícia, segundo a ênfase que se dê a um fato e até o grau de ética com que se apresente esse fato e suas circunstâncias, o que permite estabelecer que a "dinâmica de trabalho do jornalista obedece a regras distintas e sua ética muitas vezes diverge da mecânica de trabalho da investigação criminal" (MACHADO, 2007, p. 254). Em acréscimo, essa particularidade que caracteriza o jornalismo investigativo pode estar associada à própria essencialidade da informação, como núcleo de proteção constitucional (CF, art.5º, XIV) e a garantia de não-restrição à manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, sob qualquer forma, processo ou veículo (CF, art. 220), mesmo quando se possa exercitar o direito à resposta e à indenização decorrente de dano material, moral ou à imagem (CF, art. 5º, V e X). Consequentemente, é grande a responsabilidade de se obter a informação e de disseminá-la para toda a sociedade, ciente que essa atuação pode influenciar grande massa de receptores, entre os quais muitos não dispõem de recursos suficientes para o adequado discernimento e valoração das informações recebidas.

Para situar o poder de influência da mídia na sociedade, na chamada fase moderna da imprensa brasileira⁴¹, basta verificar a intensificação do "consumo de notícia", notadamente por causa da urbanização e da industrialização progressivas e da maior escala de alfabetização da população (TARGINO, 2009, p. 42). Não obstante, a atividade jornalística mantém-se, preponderantemente, como atividade do setor privado, vinculando-se aos princípios de mercado, o que possibilitou e fomentou o crescimento da indústria cultural: "[...] a mercantilização crescente do setor de informação pelo mundo afora, com imposição quase afrontosa de interesses mercadológicos e mercantilistas no jornalismo, fortalece a expressão da indústria cultural, em território nacional" (TARGINO, 2009, p. 43).

No entanto, mesmo havendo reflexos imediatos dessa circunstância, pouco se fez no sentido de estimular o consumo mais reflexivo da notícia:

No Brasil ou fora dele, a característica central da indústria cultural é a exploração comercial e a vulgarização da cultura, produzindo, sobretudo, entretenimento, em detrimento do pensamento reflexivo. A massificação padroniza e uniformiza as profundas diferenças individuais, a fim de maximizar os lucros das empresas de comunicação, a despeito do risco de alienação, aculturação, perda de criticidade e passividade a que expõe o grande público, o que justifica a objeção de profissionais e teóricos em relação ao uso do seguinte enunciado: meios de comunicação em massa (TARGINO, 2009, p. 43).

Sob esse ponto de vista, o jornalismo pode ser mais uma ferramenta do controle social, ao reforçar a perspectiva de sua influência negativa:

Isso mostra que a noção de indústria cultural ocasiona controvérsia sobre o conceito moral desse novo jornalismo, que se apresenta com potencial inovador. É o poder, nunca inocente ou ingênuo, de influenciar ou desagregar valores e tradições ao propagar idéias, de modo a delinear e condicionar comportamentos e atitudes de indivíduos e grupos sociais. Essa força de atuação, contudo, não exclui responsabilidades sociais inerentes à mídia, na mesma medida do exercício das liberdades públicas, mantidas por leis, ainda que, paradoxal ou irreversivelmente, estas não assegurem imunidade às eventuais violações (TARGINO, 2009, p. 43).

Em acréscimo a esse fator, há também a inegável influência que o jornalismo especulativo exerce no sentido de intensificar as desigualdades a partir de referências sociais, que têm sido insistentemente entregues ao consumo acrítico da sociedade:

⁴¹ Segundo Targino, essa fase teve início com a Revolução dos Anos 30, chefiada por Getúlio Vargas e Juarez Távora.

Um ponto destacado pelos entrevistados é a disparidade entre o tratamento recebido por pobres e ricos. Segundo os repórteres, suspeitos da classe baixa encontram menos oportunidades de defesa nos jornais e chegam a ser obrigados a mostrar o rosto para os fotógrafos – constrangimento que raramente merece alguma observação dos jornalistas. "Quando você chega numa delegacia, o preso acusado de roubo, assalto, furto fica exposto. Você pode chegar, fazer foto, conversar com ele. Como não tem ninguém para sair em sua defesa, está totalmente desprevenido, desprotegido. O preso que tem poder econômico é diferente, porque ele pode acionar algum dirigente de jornal, algum diretor. Ele já começa a ameaçar: 'Olha, vou te processar! Não quero que a minha imagem saia no jornal'. E você sabe que ele tem uma série de instrumentos para fazer isso" (RAMOS; PAIVA, 2007, p. 66).

Aliado a isso, os presos que são expostos nas delegacias e em outras unidades policiais para as câmeras e os microfones dos veículos de comunicação, tendo suas imagens devassadas pelos "repórteres de plantão", muito provavelmente encontram-se desassistidos pela defesa técnica (CF, art. 5º, LXXIV), embora este seja (mais) um direito assegurado constitucionalmente. Em verdade, sequer há qualquer regulamentação sobre esse assunto, de modo a respaldar, ainda que em padrões mínimos, se e como poderia o preso ser exposto publicamente:

A lei não prevê que faça parte do procedimento ser filmado e aparecer na televisão, aos olhos de milhares ou milhões de pessoas. Mesmo que ele conceda entrevista, é provável que o faça pressionado, premido pela circunstância de um repórter que insiste em que lhe [*sic*] colocar um microfone à boca e lhe fazer mil vezes as mesmas indagações. Pode ser que a resposta seja mais uma tentativa de se livrar do assédio do que uma aceitação desinibida. Se ficar em silêncio, a reportagem dará um jeito de antipatizá-lo por causa disso (LEMOS JÚNIOR, 2015, p. 57).

Ao lado da desassistência da defesa, a questão irrecorrível é que esses mesmos presos estão incluídos na classe dos mais desamparados do ponto de vista social e econômico:

Em todos os estudos, há um consenso quanto aos efeitos provocados pelo efeito discriminatório das agências encarregadas de conter a criminalidade: a intimidação policial, as sanções punitivas e a maior severidade no tratamento dispensado àqueles que se encontram sob tutela e guarda nas prisões recaem preferencialmente sobre "os mais jovens, os mais pobres e o mais negros" (ADORNO, 1996, p. 284).

3.4 A Reação Social à Sensação de Impunidade: a busca da condenação a qualquer custo

Aliado a tudo isso, isto é, à sempre presente técnica de obtenção de provas mediante tortura e à especulação que o jornalismo investigativo promove em torno de fatos criminosos e de seus possíveis autores, há outro importantíssimo fator a ser considerado e que

pode estar relacionado a preconceitos que, aos poucos e de forma às vezes subliminar, domina o consciente coletivo que, por sua vez, deixa de operar raciocínio crítico, sereno e isento, para abrigar estereótipos, quase sempre relacionados aos aspectos da pobreza e da cor das pessoas. Trata-se do senso comum, que para alguns pode ser considerado um "sistema de caráter mais prático que intelectual", podendo consistir nas "tradições, profissões, técnicas e interesses" estabelecidos pelo grupo social (ABBAGNANO, 2007, p. 873).

Nesse aspecto, o comportamento da sociedade pode interferir e influenciar as decisões políticas de recrudescimento ao combate à criminalidade, hipótese em que a criminalidade a ser considerada é apenas aquela praticada por pessoas das classes menos favorecidas, menos esclarecidas e, quase sempre, socialmente desamparadas pelo Estado, podendo-se mencionar, como exemplo, que a "exclusão social é reforçada pelo preconceito e pela estigmatização. No senso comum, cidadãos negros são percebidos como potenciais perturbadores da ordem social" (ADORNO, 1996, p. 283).

Ressalte-se, no entanto, que não se está defendendo a tese de que o Estado deve ser protetor, paternalista, grande e único provedor dos necessitados, mas apenas pretende-se a presença e a atuação do Estado tratado na Constituição, que tem a tarefa de cumprir as políticas públicas mais essenciais, voltadas para a proteção ao trabalho, à saúde, à educação e ao controle e equilíbrio do mercado financeiro, contra o empobrecimento provocado por falhas das políticas estruturais, generalizadas e insuficientemente desenvolvidas.

Com isso, cada um dos atores sociais (indivíduos e instituições) representa um juízo próprio sobre a condução das políticas criminais e de segurança pública, chegando-se ao ponto de se tolerar ou mesmo de se estimular as práticas violentas de alguns setores do Estado contra determinadas pessoas, criminosas ou não. Essa tolerância ou estímulo social à ação violenta do Estado decorre em parte da própria omissão do Estado que, primeiramente, falhou e faltou com o cumprimento de suas missões constitucionais definidas. Com isso, abriu-se caminho para as ações desproporcionais, descontroladas e ilegais do Estado em favor de uma política de enfrentamento da criminalidade. A partir dessa realidade, constituiu-se um novo referencial, apoiado na concepção de "Tolerância Institucional", pela qual se pretende explicar o processo de aceitação da violência, segundo o viés também associado ao sentimento geral de impunidade:

Por diversos mecanismos, mas fundamentalmente pela culpabilização da vítima, justificando a violência dirigida, principalmente, a setores vulneráveis que demandam proteção específica, como mulheres, crianças e adolescentes, idosos, negros. Por essa via, por exemplo, a estuprada foi quem provocou o estupro, porque ela se vestia como uma "vadia"; e o adolescente torna-se marginal, delinqüente, drogado e traficante. A própria necessidade de leis ou mecanismos específicos de proteção: Estatuto da Criança, do Adolescente, do Idoso, Lei Maria da Penha, ações afirmativas, indicam claramente as desigualdades e vulnerabilidades existentes.

Dessa forma, uma determinada dose de violência, que varia de acordo com a época, o grupo social e o local, torna-se aceita e até necessária, inclusive por aquelas pessoas e instituições que teriam a obrigação e responsabilidade de protegê-los (WAISELFISZ, 2014, p. 137).

Enquanto isso, as pessoas, isoladamente consideradas, são submetidas a um sistema brutal, violento e perverso, que atinge as camadas mais frágeis do tecido social, inculcando-lhes informações por vezes manipuladas e tão complexas que não lhes permitem desenvolver valoração minimamente crítica e adequada para aceitarem ou repudiarem o discurso do enfrentamento da criminalidade:

O combate à criminalidade no Brasil tem se orientado por preconceitos e falsas premissas, generalizadas entre a população leiga, e que repercutem entre as autoridades incumbidas daquele combate. Essa é uma das razões do nosso fracasso na guerra contra o crime: partimos de falsos pontos de partida e orientamos nossa estratégia em bases equivocadas (SANTOS, 2006, p. 33).

E, como o enfrentamento da criminalidade passa também pela produção e adoção de políticas públicas específicas e de caráter técnico, a decisão insuficientemente orientada pode levar ao agravamento da crise:

O combate ao crime está fracassando porque está baseado em preconceitos, falsas premissas e soluções eleitoreiras ou históricas que dominam o debate sobre o tema. Antes de procurar as respostas certas para a questão do crime, importa identificar as respostas erradas, para descartá-las de plano (SANTOS, 2006, p. 32).

No meio desse sistema, às vezes confuso, às vezes mal-resolvido, diversos direitos e garantias individuais não são reconhecidos ou não são tutelados de modo a alcançar a plena efetividade. Nesse quadro, surge o discurso da impunidade, que a população acredita ser devido a todo esse plexo de garantias constitucionais. Mas, verdadeiramente, o que as pessoas não enxergam é que a impunidade é uma realidade que somente alcança uma parcela menor da sociedade, eis que a ampla maioria é punida, sem que seus direitos mais essenciais sejam respeitados:

Brasil, país da Impunidade. Essa é outra verdade infame, bastante popular, e que esconde a verdade inteira, que é muito pior. Não existe nenhuma impunidade para a imensa maioria dos clientes da Justiça criminal: pobres, de cor ou mestiços, analfabetos ou semi-alfabetizados, desempregados ou subempregados, autores de crimes patrimoniais. As cadeias estão todas cheias, todas superlotadas. E quase todos os seus habitantes se encaixam no perfil acima. Para esses a impunidade é um sonho: a punição é dura e certa (SANTOS, 2006, p. 43).

Diante desse cenário de criminalidade intensa, a "opinião pública, mobilizada pelo medo, é francamente favorável à ideia de tolerância zero" (SANTOS, 2006, p. 50), como reflexo de sua fragilidade social e da inoperância do Estado que, no caso do Estado-polícia, inverte a lógica do Estado de Direito e assume uma postura de negação dos direitos e das correlatas garantias constitucionais, o que pode ser reduzido à simples constatação de que "a polícia brasileira não parte do fato para o homem, mas do homem para o fato" (SANTOS, 2006, p. 94).

É perceptível que o senso coletivo hoje dominante em torno do combate à violência no Brasil é decorrente da forma como a sociedade busca respostas imediatas para o fenômeno criminológico, uma vez que "clama por polícia firme, dura, e quer a solução do crime a qualquer custo: velada ou abertamente, parte da opinião pública apoia a polícia que bate" (SANTOS, 2006, p. 96-97). Além disso, há um laço que une como um corpo único todos os setores do Estado que praticam a tortura e o jornalismo investigativo, uma vez que têm a mesma origem e compartilham das mesmas incoerências e defeitos estruturais. Assim, como o padrão cultural é o mesmo, todos esses setores compartilham as mesmas referências sobre certo e errado, ainda que isso não corresponda, necessariamente, ao que é ou deveria ser legal e justo:

Quando um bandido pobre é escolhido pela polícia para "carregar" todos os crimes que ela não investigou nem elucidou, ou quando a imprensa sensacionalista o escolhe para carregar a glória negativa do "inimigo público", com alcunha forjada na redação, o que resta ao sociólogo fazer que não seja denunciar essa construção do "personagem criminal"? Os procedimentos policiais e da imprensa não podem ser interpretados apenas como "desvios", pois estão conectados a representações sociais que parecem seguir padrões e roteiros semelhantes e que se vinculam, por sua vez, à estrutura social como um todo (MISSE, 2006, p. 47).

A junção dos possíveis fatores que levam a sociedade ser tolerante ou permissiva com a prática da violência do Estado em oposição ao avanço da criminalidade, ainda que isso resulte da inobservância de direitos e garantias constitucionais, revela a condição fraca e insustentável em que o cidadão aparece frente ao Estado. Essa situação demonstra como a sociedade se comporta de forma tendencialmente pragmática quanto ao combate à

criminalidade, consentindo com todas as formas violentas e punitivas do Estado-polícia e antiéticas do jornalismo investigativo, rejeitando ou mesmo ignorando o formalismo, que envolve toda atividade regrada pelo Estado de Direito.

Resumidamente, é como se a sociedade se satisfizesse apenas com os "resultados", sem se preocupar como "os caminhos" a serem trilhados, podendo-se falar nesse caso que há uma visão preponderantemente pragmática em oposição à formalista⁴², decorrente das normas constitucionais e infraconstitucionais (FREITAS, 2002b, p. 55). Em outras palavras, ignora-se absolutamente o devido processo legal e, nesse contexto, obviamente, direitos de permanecer em silêncio, à honra e à imagem, por exemplo, escapam de qualquer valoração positiva e de finalidade prática.

Quanto ao tema relativo à criminalidade e todos os aspectos que o envolvem, como a brutalidade das ações criminosas e a própria violência desenvolvida pelos setores investigativos do Estado, pode-se compreender como o senso coletivo pode ser tão profundamente influenciado, ainda que de forma sub-reptícia. Nesse campo, destaca-se que o perfil e o formato de alguns veículos de informação mais populares, como alguns telejornais, são adremente preparados para suggestionar e conduzir a opinião pública, exatamente porque são veículos com ampla capacidade de "formar opiniões". E, enquanto esse processo se desenvolve por um lado, há toda a construção de (pré) conceitos e a formação de valores desviados (valores invertidos) pela população, enquanto consumidora do jornalismo investigativo, que passa a definir suas opiniões, sem, contudo, conhecer algumas variáveis que escapam de seu campo de conhecimento. Desse modo, o sentimento quanto à necessidade de se combater a criminalidade se forma inclusive a partir de referências decorrentes, entre outras possíveis variáveis, da realidade construída segundo o ponto de vista de algumas agências de jornalismo e informação. Ao mesmo tempo, esse jornalismo se especializa em atingir a camada social consumidora de informações sobre a criminalidade, formando, com isso, um ciclo que se realimenta continuamente:

⁴² Segundo Freitas, o pragmatismo é uma doutrina que toma por critério da verdade o valor prático. O pragmatismo rejeita a busca por uma verdade absoluta, enquanto o formalismo é um ramo da sociologia que tem por objetivo captar as formas subjacentes de relações sociais e, assim, fornecer uma espécie de geometria ou fórmula da vida social.

Empiricamente, o que se revela no Brasil hoje é a constituição de dois pólos produtores de notícias sobre a criminalidade. Ainda que dentro do campo jornalístico como um todo as notícias televisivas possam ser incluídas em geral no pólo popular, é sensível a tendência de as emissoras periféricas produzirem uma distinção entre telejornais com notícias gerais e telejornais voltados para a apresentação de crimes, estes últimos envolvendo um estilo improvisado, opinativo e em primeira pessoa (NATALINO, 2007, p. 54).

Mas há uma especial peculiaridade na relação que se desenvolve entre o jornalismo investigativo e o referencial popular que se forma em torno da criminalidade. Há um sentimento social bastante generalizado que aceita e até consente com a violência do Estado, quando aplicada a determinados criminosos, grupos ou facções, sem desenvolver qualquer valoração crítica sobre isso, o que intuitivamente finda por reforçar a necessidade de aplicação da violência como meio razoável para controlar a violência. Verifica-se, desse modo, que a expressão desse sentimento, embora em alguns casos possa ser argumentativamente fraca⁴³, é forte o suficiente para respaldar as práticas violentas do Estado, como também legitima e fortalece a especulação promovida pelos veículos de comunicação de massa. Esta é uma relação que se pode resumir na associação do binômio causa e efeito, que alimenta e realimenta o ciclo da violência.

Sob esse enfoque, é importante considerar o desnível em que se encontra esse sentimento generalizado, ainda mais quando diz respeito a temas tão sensíveis e polêmicos, como a dignidade e a liberdade das pessoas. A propósito, basta considerar, por exemplo, a paixão com a qual por vezes a população enfrenta problemas sociais contemporâneos importantes, revelando, em alguns casos, a completa desconsideração e desarmonia quanto às possíveis consequências das más escolhas quanto à gestão de assuntos intimamente relacionados com as liberdades individuais, entendendo-se que a "paixão é incompatível com o conhecimento científico", uma vez que "sua presença na natureza humana representa a exata medida da incapacidade do homem para agir e pensar racionalmente" (SANTOS, 1989, p. 117-118).

Ao se tratar do homem em face de seus direitos mais essenciais, é preciso ter critério e cuidado com o emprego da linguagem dita vulgar do senso comum, por ser esta fonte veiculadora de falsas concepções (SANTOS, 1989, p. 111). Lembre-se de que o senso comum, assim como o conhecimento vulgar, são formas de conhecimento falso, e podem se

⁴³ Exemplos de alguns argumentos declarados: "Lugar de bandido é na cadeia!", "Bandido bom é bandido morto!" e "Bandido não tem direito a ter direitos!".

constituir numa poderosa ferramenta de ataque e de negação aos direitos fundamentais e ao próprio regime do Estado de Direito, se empregados apenas como meio de vingança apaixonada e cega da razão (SANTOS, 1989, p. 51).

Essa breve síntese presta-se apenas para chamar à razão que o discurso popular, que se manifesta com a aceitação pura e simples do rigor na punição de "bandidos", por vezes acompanhada de aclamações públicas pela aplicação da pena de morte, por exemplo, provém das mesmas camadas sociais que mais intensamente são castigadas pela brutalidade do aparelho repressor/punitivo do Estado, como também da parcela da mídia que se favorece com a elevação dos índices de audiência em decorrência da simplicidade e do completo desamparo intelectual (e também jurídico) das pessoas classificadas como pobres ou socialmente desfavorecidas.

Em decorrência disso, o senso popular e suas falsas concepções contribuem para que cada indivíduo seja produto do próprio meio, enquanto amplifica a dependência e a intensa vinculação do indivíduo ao meio, o que favorece o controle final do Estado sobre essas pessoas:

[...] o indivíduo é concebido como agente historicamente situado, amoldado e orientado pelo mundo objetivo de uma dada sociedade, que dá a direção tanto de suas representações como de suas práticas, e estas, por sua vez, tendem a assegurar a reprodução das estruturas vigentes. Desse modo, os indivíduos são visualizados como produtores e reprodutores da ordem social (PONCIONI, 2012, p. 254).

Em reforço aos pontos de vistas e demais constatações presentes nos tópicos antecedentes, afirma-se que a regra contra a autoincriminação, que é um dos pilares do direito ao silêncio, pode vulnerar-se de forma manifesta ou latente, abarcando as seguintes possibilidades:

- a) uma declaração precipitada de culpa, por exemplo através das instituições que emergem das práticas processuais dos países anglo-saxônicos, como o *plea bargaining* e o *guilty plea* nos procedimentos abreviados e simplificados (arbitrariedade judicial);
- b) através de um interrogatório sem a assistência de um advogado ou uma declaração policial forçada (arbitrariedade policial); ou,

c) mediante a exibição pública da pessoa suspeita de cometer uma infração, para sua rotulação ou etiquetamento – *labeling approach* – como delinqüente ante os meios de comunicação, o qual vulnera de forma flagrante o *status* jurídico da presunção de inocência, além do direito ao bom nome e a propriedade personalíssima de sua imagem (arbitrariedade mediática) (PALADINES, 2013, p. 143, tradução nossa)⁴⁴.

Afora tudo isso, há outro gravame que atinge e desqualifica a sociedade como um todo, exatamente porque ela não enfrenta as questões ligadas com a proteção dos direitos fundamentais. Na percepção de Margalit, esta seria uma sociedade indecente.

Em sua análise, Margalit questionou sobre o que seria uma sociedade decente, tendo como ponto de partida uma distinção que ele próprio estabeleceu. De acordo com seu entendimento, as sociedades se distinguem de dois modos: a civilizada e a decente, compreendendo que a sociedade civilizada é aquela na qual nenhum de seus membros humilha o outro, e a decente é aquela na qual as instituições não humilham as pessoas⁴⁵ (1998, p. 1). Entende, ainda, que a ideia de sociedade civilizada encerra um conceito microético com referência às relações entre os indivíduos, ao passo que a ideia de sociedade decente corresponde a um conceito macroético, com referência à sociedade como um todo⁴⁶ (1998, p. 2).

No passo seguinte, Margalit descreveu a humilhação como qualquer tipo de comportamento ou condição que constitua motivo para uma pessoa se considerar ofendida em seu próprio respeito (1998, p. 9)⁴⁷. Parece intuitivo, por esse ponto de vista, que as ofensas promovidas contra o respeito às pessoas, individual ou coletivamente consideradas, nada mais são que a violação da dignidade delas, e podem ser perspectivadas como violação a um ou alguns de seus direitos fundamentais.

⁴⁴ "i) una precipita declaración de culpabilidad, por ejemplo a través de las instituciones que emergen de las prácticas procesales del mundo anglosajón como el *plea bargaining* y *guilty plea* en los procedimientos abreviados y simplificados (arbitrariedad judicial); ii) a través de un interrogatorio sin la asistencia de un abogado defensor o una forzada declaración policial (arbitrariedad policial); o, iii) mediante la exhibición pública de la persona sospechada de cometer una infracción para su rotulación o etiquetamiento – *labeling approach* – como delincuente ante los medios de comunicación, lo cual vulnera de forma *flagrante* el estatus jurídico de la presunción de inocencia además del derecho al buen nombre y a la propiedad personalísima de su imagen (arbitrariedad mediática)."

⁴⁵ I distinguish between a decent society and a civilized one. A civilized society is one whose members do not humiliate one another, while a decent society is one in which the institutions do not humiliate people.

⁴⁶ The Idea of a civilized society is a microethical concept concerned with the relationships between individuals, while the idea of a decent society is a macroethical concept concerned with the setup of the society as a whole.

⁴⁷ Humiliation is any sort of behavior or condition that constitutes a sound reason for a person to consider his or her self-respect injured.

Com isso, a sociedade brasileira, considerada em sua dimensão total, se ajusta perfeitamente na descrição de sociedade indecente, especialmente porque consente, permite e tolera práticas (institucionalizadas) de violação dos direitos das pessoas, negando-lhes o acesso a seus direitos e o exercício satisfatório da dignidade, da liberdade, da integridade física e mental, da honra, da imagem etc.

4 FATORES ESPECÍFICOS QUE CONTRIBUEM PARA A INEFETIVIDADE DO DIREITO AO SILÊNCIO: ANÁLISE DE CASOS

4.1 Considerações Preliminares

Na unidade anterior foram destacados alguns aspectos circunstanciais relativos com a tortura, o jornalismo investigativo e a reação social à sensação de impunidade, situando-os como fatores genéricos que se contrapõem à efetividade do direito ao silêncio. Nesta unidade serão abordados aspectos pragmáticos, isto é, casos reais quanto a algumas atividades exercidas por setores específicos do Estado brasileiro, que exemplificam como o direito ao silêncio se encontra inserido no sistema persecutório-penal e como isso pode comprometer sua efetividade, além de estabelecer uma linha distintiva que separa as pessoas segundo elas possam ter acesso ou não à defesa técnica, de maneira oportuna e adequada à salvaguarda de seus direitos individuais mais caros.

Com essas abordagens de vertente empírica, pretende-se demonstrar de forma didática e prática quanto à realidade que circunda o exercício desse direito, quando cabe ao Estado, a despeito de exercer funções persecutórias, concretizar suas missões constitucionais e, simultaneamente, prover o indivíduo das garantias previstas na ordem jurídico-constitucional, estabelecendo um curioso e sutil confronto interno com o Estado de Direito.

A primeira abordagem versará sobre a investigação denominada "CPMI do Cachoeira" e enfocará o modo como o direito ao silêncio pode ser exercitado a partir da condição própria de quem possui meios de constituir sua defesa de forma prévia e com planejamento. Também se ocupará em destacar que, mesmo satisfeita essa condição, integrantes da referida CPMI tentaram se opor ao livre exercício desse direito, inclusive propondo forma alternativa de interrogar o investigado, além de evidenciar o claro e ostensivo desagrado desses integrantes ante a manifestação do investigado de que faria uso desse seu direito.

A segunda abordagem versará sobre alguns aspectos da prisão de um indivíduo que, em razão de sua condição pessoal, foi privado da liberdade em flagrante delito, sendo

imediatamente apresentado a um segmento do jornalismo televisivo, que o entrevistou, sem serem respeitadas as garantias constitucionais de informação e de satisfação de seu direito ao silêncio e de receber assistência de advogado. Nesse caso, as condições gerais que envolveram o procedimento da prisão evidenciaram a fragilidade de quem não tem condições de receber a imediata assistência jurídica no momento de seu aprisionamento, revelando, com isso, a desigualdade de tratamento a que as pessoas estão sujeitas.

A terceira abordagem se ocupará de algumas decisões proferidas pelo STF e também pelo STJ relacionadas com o exercício do direito ao silêncio e outros correlatos, na perspectiva do exercício da atividade policial, especialmente vinculada a situações que impõem a imediata privação da liberdade do indivíduo. São decisões que, de algum modo, refletem o perfil desarmonizado desses dois grandes segmentos da atividade jurisdicional que, diferentemente do que se passou no caso *Miranda v. Arizona*, resolvido em última instância pela Suprema Corte dos Estados Unidos, não favorecem a participação da defesa técnica no curso dos procedimentos investigativos, especialmente nos casos em que se impõe a prisão do indivíduo, decorrente de flagrante delito. Em caráter complementar, a pesquisa se ocupou em destacar um estudo específico realizado em torno do corpo de magistrados com atuação no primeiro grau de jurisdição do Estado do Rio de Janeiro, o qual demonstrou que a maioria daqueles magistrados, embora conheçam a Convenção Interamericana para a Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção contra a Tortura e de outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, simplesmente não as empregam na realização de suas atividades judiciais, mesmo considerando que essa prática não favorece a satisfação de alguns direitos fundamentais dos presos, em especial o relacionado com o exercício do direito ao silêncio.

Antes, porém, de iniciar a abordagem de cada um desses casos, é importante esclarecer porque foram escolhidos e qual o critério que norteou a seleção. Para tanto, convém observar que esses casos não são situações únicas e estritamente particulares, reservadas a algumas pessoas ou pequenos grupos, mas antes são ocorrências típicas da realidade brasileira que atingem um contingente indeterminado de indivíduos e têm aptidão de influenciar decisões políticas e o próprio consciente coletivo.

Partindo desse ponto de vista, os fatos em apuração na "CPMI do Cachoeira" não apenas conferiram caráter público a todos os acontecimentos investigados, com desdobramentos nas esferas política, administrativa e criminal, como também revelaram e

reforçaram a perspectiva já há muito conhecida de que a presença do poder político e econômico é um fator que concorre sobremaneira quanto a forma de exercício de direitos fundamentais, porque reafirma o caráter inclusivo das pessoas que se encontram melhor e mais adequadamente assistidas em torno da defesa de seus direitos mais sensíveis.

Paralelamente a isso, a escolha pelo caso relativo com o processo criminal promovido contra Walter Dias Duarte, longe de ser uma opção meramente casual, ocorreu porque o episódio que o envolveu retratou de forma bastante clara como as pessoas menos favorecidas de amparo social, em especial as desprovidas dos recursos mínimos de sobrevivência, são excluídas do processo de fruição de seus direitos mais essenciais, sem que isso represente qualquer afronta ao Estado de Direito.

Esse caso, igualmente, longe de ser um fato isolado, é apenas mais um em um extenso conjunto de situações similares, que são recorrentes e compõem a realidade da maioria da população brasileira, carente de recursos e sem acesso aos meios e às oportunidades que viabilizem o exercício satisfatório de seus direitos fundamentais. Além disso, em relação a esse caso-paradigma não se pode deixar de reconhecer as inúmeras particularidades que o tornam semelhante aos acontecimentos que consubstanciaram o caso *Miranda v. Arizona*.

A essas duas realidades, isto é, a investigação desenvolvida pela "CPMI do Cachoeira" e o processo criminal quanto ao réu Walter Dias Duarte, deve-se associar a perspectiva de como o STF e o STJ têm pautado a construção de suas jurisprudências nas situações que envolvem o exercício de direitos fundamentais por pessoas privadas ou sujeitas à privação da liberdade, quanto estas não contem com a necessária e oportuna atuação da defesa técnica.

Em razão dessa indisfarçável condição que afasta ou aproxima as pessoas da fruição de seus direitos mais essenciais, segundo tenham ou não a oportunidade de serem juridicamente assistidas em suas demandas, o critério que norteou a escolha desses casos não está associado à perspectiva subjetiva, mas sim à perspectiva objetiva, notadamente em razão de como esses casos foram iniciados, desenvolvidos e concluídos, além da óbvia constatação de que retratam de forma clara aspectos de uma população largamente excluída da fruição de direitos até então qualificados como fundamentais.

Basicamente, esses casos ou situações paradigmáticas ilustram o processo de inclusão e de exclusão dos indivíduos no âmbito da fruição dos direitos fundamentais, em geral.

4.2 O Direito ao Silêncio e as Comissões Parlamentares de Inquérito: análise da investigação denominada "CPMI do Cachoeira"

Conforme já registrado, uma CPI é criada no âmbito das casas legislativas com a finalidade de apurar fatos determinados dentro de prazo certo, dispondo de poderes investigativos próprios das autoridades judiciais, de modo que, ao final, suas conclusões possam subsidiar a atuação do MP, visando à promoção de responsabilidades civis e/ou criminais. Diante das circunstâncias, a CPI poderá ser simples ou mista conforme haja interesse em que o Senado Federal e a Câmara dos Deputados atuem isolada (CPI) ou conjuntamente (CPMI) na investigação do fato a ser desvendado, ressalvando-se que:

Não cabe à CPI fazer julgamentos. A Constituição Federal instituiu às CPIs “poderes de investigação próprios de autoridades judiciais”, mas não lhes estendeu os poderes de julgamento, devendo suas conclusões ser “encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores” (BRASIL, 2012a, p. 22).

Para ilustrar a pertinência da aplicabilidade do direito ao silêncio e a interferência que uma CPI pode provocar no sentido de garanti-lo ou negá-lo, escolheu-se, entre as inúmeras CPIs que tiveram curso no Congresso Nacional, a CPMI instalada em 2012 e que teve como ponto de partida as operações "Vegas" e "Monte Carlo", realizadas pela Polícia Federal. Essas operações estavam em curso porque havia indícios quanto ao envolvimento de Carlos Augusto de Almeida Ramos, conhecido como "Carlos Cachoeira"⁴⁸, com práticas ilícitas envolvendo diversos órgãos do Poder público. Além disso, as investigações indicavam a existência de uma rede de espionagem nas esferas política e econômica, cujo propósito era obter informações sigilosas, especialmente por intermédio de escutas telefônicas ilegais:

⁴⁸ Por razões óbvias, essa investigação legislativa foi denominada "CPMI do Cachoeira".

As investigações levadas a cabo pela Polícia Federal com autorização da Justiça, nas Operações Vegas, entre os anos de 2008 e 2009, e Monte Carlo, entre os anos de 2010 e 2012, evidenciaram um espectro de ilicitudes que envolvem o Senhor Carlos Cachoeira, e seu envolvimento com o Poder Público, estendendo-se ao Executivo, Legislativo e Judiciário do Estado de Goiás, bem como membros do Ministério Público.

O objeto desta Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), apelidada “CPMI Caso Cachoeira”, ou simplesmente “CPMI do Cachoeira”, é investigar as práticas criminosas levadas a cabo pelo Senhor Carlos Cachoeira e averiguar como a organização criminosa por ele liderada conseguiu infiltrar-se nas estruturas de Estado e quais os agentes públicos e privados que com ele colaboravam.

Os indícios também apontavam para uma rede de espionagem política e econômica, na qual a organização criminosa se baseava em comprar informações sigilosas muitas vezes por meio de interceptações telefônicas clandestinas (BRASIL, 2012a, p. 26).

Em sua metodologia de trabalho, a CPMI destacou seus poderes de atuação tal como os que são conferidos às autoridades judiciais, podendo, em razão disso, determinar, mediante decisão colegiada, a quebra de sigilos bancários, fiscais e telefônicos, bem como requisitar informações e documentos e proceder à oitiva de testemunhas, investigados e indiciados. A esse modo especial de agir denominou-se "atividade parajudicial" (BRASIL, 2012a, p. 35).

Mas, em contraponto a isso, a CPMI deixou patentes as limitações de seus poderes, destacando que alguns são exclusivos das autoridades judiciais, a exemplo das hipóteses de indisponibilização de bens, de decretação de prisão preventiva, embora possa determinar a prisão em flagrante, de autorização para a realização de escutas e interceptações telefônicas, de afastamento de servidores dos respectivos cargos ou funções e de autorizações de buscas domiciliares e de documentos (BRASIL, 2012a, p. 37).

Na parte final do relatório⁴⁹, apresentado ao término do ano de 2012, a CPMI fez referência expressa ao direito ao silêncio, invocando, para tanto, a orientação jurisprudencial do STF sobre esse assunto:

⁴⁹ O Relatório Final da "CMPI do Cachoeira" é um documento distribuído em 3 (três) volumes, totalizando 5.331 (cinco mil, trezentas e trinta e uma) páginas, encerrado no dia 20 de novembro de 2012. O Relatório recomendou às várias instituições do Ministério Público e corporações policiais, civis e militares, a promoção de medidas e o acompanhamento delas, tendo em vista o envolvimento de servidores públicos, com a necessidade de reparação de danos e aplicação de sanções disciplinares e criminais, entre outras inúmeras providências.

Segundo jurisprudência do STF, há a possibilidade de o investigado ou acusado permanecer em silêncio, evitando autoincriminação. Assim, são seus direitos: a) silenciar diante de perguntas cuja resposta implique autoincriminação; b) não ser preso em flagrante por exercer essa prerrogativa constitucional; c) não ter o silêncio interpretado em seu desfavor (BRASIL, 2012a, p. 37).

E, em razão disso, teceu considerações quanto à importância dos depoimentos que seriam tomados naquela investigação em curso:

As convocações e os depoimentos prestados às Comissões Parlamentares de Inquérito em geral são importantes para a investigação dos eventos sob o foco do inquérito. Os depoimentos revelam fatos, enriquecem a análise sobre os eventos investigados e confirmam ou refutam vínculos pessoais, econômicos, profissionais que são importantes para a investigação (BRASIL, 2012a, p. 38).

Todavia, o fato é que a CPMI deparou-se com uma situação inesperada, uma vez que um contingente considerável de testemunhas e de investigados valeu-se do direito de permanecer em silêncio perante a Comissão:

Quanto às oitivas, esta Comissão Parlamentar Mista de Inquérito vivenciou uma peculiaridade ao se deparar com uma Organização Criminosa (ORGCRIM) que possui evidente pacto de silêncio, que reproduziu o comportamento mostrado nas instâncias judiciais, pois tanto os investigados quanto as testemunhas recorreram ao direito constitucional de permanecer em silêncio, sob a escusa do direito a não autoincriminação (21 pessoas que possuem algum tipo de relação com Carlos Cachoeira vieram à CPMI e ficaram em silêncio) (BRASIL, 2012a, p. 40).

Apesar disso, a CPMI entendeu que houve casos em que o silêncio de algumas pessoas convocadas foi algo mais expressivo que os depoimentos que elas prestariam:

É o caso de se afirmar que o silêncio das pessoas convocadas, muitas vezes, falou mais do que o próprio depoimento. Muitas pessoas vieram na condição de testemunha e mesmo assim deixaram de colaborar com os trabalhos da CPMI, evitando prestar esclarecimentos que pudessem ser importantes para a investigação. Ficou nítido o pacto de silêncio das pessoas que de alguma forma colaboraram com a complexa organização criminosa de Carlos Cachoeira (BRASIL, 2012a, p. 42).

De qualquer modo, segundo a CPMI informou no relatório final, havia 21 pessoas que, possuindo alguma relação com Carlos Cachoeira, compareceram às reuniões, porém permaneceram em silêncio. Desse conjunto, foram identificadas 18 ações de *Habeas Corpus* impetradas no STF, deferindo-se aos respectivos pacientes⁵⁰ o direito de permanecer em silêncio.

⁵⁰ No quadro constam apenas as iniciais dos nomes dos pacientes e os respectivos *HCs*.

Tabela 10 – Detalhamento de *HCs* e respectivos Pacientes.

ORDEM	PACIENTES	NÚMERO DO HC NO STF
1	AA	114.929
2	AAS	114.623
3	ACP	114.879
4	ATJ	115.055
5	CDA	113.665
6	DT ⁵¹	-
7	ECP	114.784
8	FACS	114.859
9	GFC	113.646
10	HBA	114.806
11	JCF	114.127
12	JCF	114.127
13	JER	114.831
14	JGTN	114.259
15	JOQN	113.645
16	MOL	114.134
17	RFC	114.588
18	RMDA	113.749
19	SMGS	113.881

Esses números permitem estabelecer um percentual muitíssimo significante ($18/21 = 85,71\%$), que pode ser indicativo da crença de que uma CPI somente respeita o direito ao silêncio de quaisquer das partes envolvidas na investigação ante a segurança da liberdade individual, mediante ordem deferida pelo STF, em sede de *Habeas Corpus* preventivo, concedido "quando há ameaça de violência ou coação à liberdade de locomoção e, neste caso, concedendo a ordem, o juiz ou o tribunal expede um salvo-conduto ao paciente. Ou seja, que ele seja conduzido a salvo sem ser molestado" (RANGEL, 2003, p. 815).

Doutrinariamente, o *Habeas Corpus* é qualificado como "ação autônoma de impugnação cuja pretensão é de liberdade" (RANGEL, 2003, p. 814) e terá cabimento sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (CF, art. 5º, LXVIII).

Feitas estas breves considerações, é importante registrar alguns aspectos marcantes envolvendo o depoimento do principal investigado pela "CPMI do Cachoeira", o próprio Carlos Augusto de Almeida Ramos, cuja apresentação para ser ouvido pela Comissão foi marcada para a 7ª Reunião, que ocorreu no dia 22 de maio de 2012.

⁵¹ A parte não impetrou *Habeas Corpus* possivelmente por ser senador da República à época e ter imunidade parlamentar assegurada constitucionalmente.

Carlos Augusto, que estava preso naquela ocasião, foi escoltado e conduzido pela Polícia Federal até o local de funcionamento da Comissão, no Senado Federal, oportunidade em que lá chegou acompanhado por sua companheira e por seu advogado. Aberta a Reunião, Carlos Augusto informou à Comissão que, seguindo orientação de seu advogado, permaneceria em silêncio e que somente se manifestaria em juízo. Em consequência dessa manifestação, o investigado foi dispensado, sendo essa circunstância registrada no relatório final nos termos seguintes:

O Sr. Carlos Augusto de Almeida Ramos compareceu à CPMI no dia 22 de maio de 2012 acompanhado de seu advogado, oportunidade em que anunciou sua disposição de permanecer calado, visto que responde a inquérito policial, e que só falaria após seu depoimento em Juízo. Perguntado pelo presidente da CPMI, Senador Vital do Rêgo (PMDB-PB), se aceitaria falar em sessão secreta, voltou a repetir que permaneceria em silêncio, e assim o fez, negando-se a responder às perguntas formuladas pelo Sr. Relator Deputado Federal Odair Cunha (PT-MG) e por outros membros desta Comissão.

Diante a opção do depoente de não tecer esclarecimentos às investigações da CPMI, respondendo aos questionamentos dos Parlamentares, o presidente da Comissão, Senador Vital do Rêgo (PMDB-PB), decidiu encerrar a oitiva, com a dispensa do investigado (BRASIL, 2012a, p. 65-66).

Aparentemente, partindo das informações registradas no relatório, poder-se-ia admitir que o exercício do direito ao silêncio foi livre e automaticamente garantido ao investigado pela CPMI. Entretanto, o fato é que, embora ostentando a condição pessoal de investigado, Carlos Augusto compareceu à CPMI acompanhado de advogado e munido de *Habeas Corpus*, concedido previamente pelo STF, garantindo-lhe o exercício de seus direitos (BRASIL, 2012b). Em decorrência disso, há algumas particularidades ocorridas na 7ª Reunião da CPMI que não constaram oficialmente do relatório final, embora fossem interessantes do ponto de vista de um observador que acompanhasse as investigações, especialmente se pretendesse identificar a realidade dos fatos segundo a perspectiva da condição pessoal do investigado⁵².

⁵² Esclareça-se que, inicialmente, com a impetração do HC 113.548/DF - STF, foi ajuizado pedido concomitante de Medida Cautelar. A defesa argumentava que a Comissão recusava dar-lhe acesso aos "elementos de convicção" até então produzidos e que teriam sido formalmente incorporados ao acervo probatório que estava em poder da Comissão. Com isso, no julgamento da Medida Cautelar, o relator, Min. Celso de Mello, acolheu o pedido e, cautelarmente, suspendeu, até o final do julgamento do HC, o comparecimento e a inquirição de Carlos Augusto perante a CPMI, cuja reunião havia sido designada para o dia 15/5/2012. Adiante, porém, a CPMI designou a 7ª Reunião, a qual se realizaria no dia 22/5/2012. Com efeito, a defesa de Carlos Augusto buscou, mais uma vez, sustar a realização dessa nova reunião. Entretanto, o HC em questão foi julgado, no mérito, já no dia 21/5/2012, oportunidade em que seu relator indeferiu o pedido de dispensa de comparecimento do paciente à nova reunião, mantendo-a conforme agendado, por entender que não mais subsistia o motivo inicialmente alegado e que respaldou a decisão tomada em sede cautelar.

Nesse contexto, têm pertinência as possíveis constatações que um observador, desvinculado dos acontecimentos e das partes envolvidas, pudesse fazer acerca dos fatos ocorridos durante aquela 7ª Reunião da Comissão, assim considerando que a observação é: "[...] muito útil quando é dirigida ao conhecimento de fatos ou situações que tenham certo caráter público, ou que pelo menos não se situem estreitamente no âmbito das condutas privadas. É, pois, muito apropriada para o estudo das condutas mais manifestas das pessoas na vida social" (GIL, 1987, p. 106).

Por conseguinte, destacam-se algumas observações e percepções registradas durante àquela reunião da CPMI e que foram publicizadas pelos veículos de comunicação:

a) em primeiro lugar, conforme já referido, Carlos Augusto compareceu à 7ª Reunião da CPMI assistido por seu advogado e por sua companheira, tendo os seus direitos assegurados previamente por *Habeas Corpus*;

b) em segundo, embora a CPMI tenha insistido que o investigado respondesse às perguntas, inclusive propondo que o depoimento fosse prestado em seção secreta, o fato é que nenhum constrangimento físico lhe foi imposto no sentido de obrigá-lo a depor (BRASIL, 2012a, p. 66), e

c) em terceiro, mesmo considerando que aquela CPMI era um órgão estruturado no plano mais elevado da organização do Poder Legislativo federal, incumbindo-lhe o dever de zelar pela efetividade dos direitos fundamentais de todas as pessoas submetidas à sua alçada, ainda assim houve manifestações de seus integrantes, que se contrapuseram à perspectiva do respeito a preceitos fundamentais, como a presunção de inocência, o direito à ampla defesa e o respeito à dignidade da pessoa humana, tendo em vista a negativa de Carlos Augusto em responder às perguntas da Comissão, circunstância essa que conflitou com a afirmação anterior de que à Comissão não competiria "fazer julgamento" (BRASIL, 2012a, p. 22).

Aliado a tudo isso, tem-se que durante a 7ª Reunião houve cobertura jornalística, cuja matéria produzida foi posteriormente transmitida em rede aberta de televisão, pelo "Jornal Nacional", da Rede Globo⁵³. Nas imagens veiculadas, foram exibidos os momentos

⁵³ Link de acesso à reportagem: <<https://www.youtube.com/watch?v=C2coMQ-mJGI>>.

em que Carlos Augusto declarou à Comissão sua intenção de se manter em silêncio, como também foram veiculadas as imagens que revelaram de forma concreta ter havido confronto ao livre exercício desse direito por integrantes daquela Comissão. Com a transcrição do áudio, verificou-se o momento em que houve a manifestação de uma integrante da Comissão, em relação ao precedente esclarecimento de Carlos Augusto de que permaneceria em silêncio:

– Se nós estamos aqui perguntando prá essa múmia, prum cidadão que não quer responder, o que é que as pessoas em casa vão pensar de nós?

– Eu não vou ficar aqui dando ouro pro bandido...

– E nós tamos aqui é para trabalhar e não para fazer papel de bobo prum chefe de quadrilha ali sentado, com essa cara cínica, como se nada tivesse acontecendo no mundo (REDE GLOBO, 2012). (*sic*)

Esse confronto, visto na perspectiva do direito à defesa, pode repercutir como reforço quanto a necessidade de qualquer parte convocada para depor perante uma CPI munir-se preventivamente de *Habeas Corpus*, ante os possíveis constrangimentos e tentativas de negação do exercício do direito ao silêncio. Isso equivale dizer que, nas mesmas condições do exemplo destacado, ocorrentes na 7ª Reunião da CPMI, a única possibilidade de se conferir efetividade ao direito ao silêncio no âmbito de uma CPI pode se limitar exclusivamente à prévia obtenção de *Habeas Corpus* perante o STF. Para tanto, no caso indicado, a atuação oportuna de um advogado se revelou imprescindível.

Esse referencial empírico reveste-se de valor didático especialmente revelador da assimetria entre o Estado de Direito e o Estado no exercício de funções persecutórias, podendo-se em razão disso estabelecer que, embora o Estado reconheça e se submeta ao regime do Estado de Direito, apenas formalmente, é nítido ser ônus integral e exclusivo do indivíduo agir no sentido de alicerçar sua defesa e tornar exequíveis seus direitos, mormente quando sua liberdade estiver passível de sofrer restrições. Com isso, surge uma indagação muito apropriada, que é saber por que as pessoas convocadas para comparecimento perante uma CPI buscam se resguardar, previamente, com *Habeas Corpus*.

A par das ponderações acima, a resposta a esse questionamento pode estar associada a circunstâncias tangíveis, que levam a defesa técnica experiente a não se limitar à simples expectativa de que a CPI irá naturalmente respeitar os direitos dos convocados. Desse modo, a impetração de *Habeas Corpus* preventivo parece não ser apenas providência

tradicional, incorporada ao costume forense, mas antes providência bastante recomendável, especialmente como forma de se ter alguma garantia judicial ante a falibilidade do sistema persecutório em oposição ao Estado de Direito.

De fato, experiências passadas vivenciadas noutras CPIs contam muito nesse sistema, tendo em vista a atuação de Comissões de forma abusiva e contrária ao ordenamento jurídico, como no caso do *Habeas Corpus* concedido em face da "CPI do INSS", que havia decretado a prisão preventiva de uma testemunha⁵⁴ (BRASIL, 1996b, p. 278). Essa ordem de prisão foi oportunamente cassada pelo STF, reconhecendo-se que estava pautada na ilegalidade e que, o exercício do direito ao silêncio pela testemunha não configuraria crime, pois ela, nessa condição, "não pode prever as perguntas que lhe serão feitas" (BRASIL, 1996b, p 280).

Certamente que, embora a testemunha compromissada tenha o dever de dizer a verdade e de não se calar sobre os fatos a serem apurados, há um limite muitíssimo subjetivo e tênue em que não se pode divisar entre a simples resposta da testemunha e o testemunho de fatos que possam vir a incriminá-la. Essa subjetividade na valoração quanto à conveniência de responder a todas as perguntas ou apenas algumas não se insere nos poderes da Comissão ou de quaisquer de seus membros, sendo esse um juízo exclusivamente da testemunha e, portanto, pessoal.

Sob um olhar mais pragmático, isso remete à constatação bastante simples de se alcançar: se a testemunha, embora sujeita a prestar o compromisso legal, comparece à CPI munida de *Habeas Corpus* preventivo, que lhe assegura o direito de permanecer em silêncio, isso indica que ela sinaliza com a possibilidade de ter algum envolvimento com o caso em apuração, razão pela qual a prudência reclama maior atenção em relação a ela, pois podem surgir fundamentos concretos que a vinculem à investigação em curso; se, ao contrário, a testemunha comparece e livremente presta o depoimento, respondendo às perguntas formuladas pela Comissão, embora não seja impossível, é improvável que ela tenha algum envolvimento. Com efeito, o problema candente do sistema persecutório desenvolvido pelas CPIs é justamente o que surge quando alguém, investigado ou testemunha, comparece perante a Comissão, mas, em razão do exercício do direito de permanecer em silêncio, que o socorre por força da própria Constituição, vem a ser preso apenas por não estar munido de *Habeas*

⁵⁴ HC 71.039-5/RJ STF.

Corpus preventivo, a juízo da Comissão, não segundo critérios legais e jurídicos, mas antes discricionários ou políticos.

Outra circunstância que pode ser compreendida como possível resposta à pergunta anterior é a própria condição de formação das CPIs, que são órgãos não permanentes, aos quais foram atribuídos alguns dos principais poderes judiciais, chegando-se ao ponto de serem denominados "órgãos parajudiciais" (BRASIL, 2012a, p. 35). Nessa perspectiva, é importante ter em conta que os órgãos judiciais são estruturas políticas criadas dentro do Poder Judiciário, que se caracterizam pela titularidade de seus agentes e pela inamovibilidade destes, havendo ainda em reforço a esses critérios a vedação de constituição de tribunais de exceção (CF, art. 5º, XXXVII), ao passo que as CPIs são temporárias, contando em sua composição com agentes político-partidários, de diversas formações ideológicas e que podem considerar, por exemplo, que, diante das circunstâncias do caso concreto a ser investigado, a gravidade do fato é em si preponderante em relação a qualquer direito, o que pode justificar a tomada de decisões mais extremadas, como a determinação da prisão de investigados ou testemunhas, mais como uma decisão de cunho político, ainda que sem qualquer respaldo jurídico:

(a) a investigação parlamentar, por mais graves que sejam os fatos pesquisados pela Comissão de Inquérito (CPI), não pode desviar-se dos limites traçados pela Constituição nem transgredir as garantias, que, decorrentes do sistema normativo, foram atribuídas à generalidade das pessoas, físicas e/ou jurídicas; (b) a unilateralidade do procedimento de investigação parlamentar não confere, à CPI, o poder de negar, em relação ao indiciado, determinados direitos e certas garantias que derivam do texto constitucional ou de preceitos inscritos em diplomas legais (BRASIL, 2012b)⁵⁵.

Em acréscimo, é importante destacar que, diferentemente das autoridades judiciais, que podem ser afastadas da condução dos processos a elas distribuídos em conformidade com as regras processuais vigentes, como em razão de suspeição ou de impedimento, não se tem conhecimento de nenhuma situação concreta em que tal medida tenha sido adotada em relação a algum integrante de CPI, cujas manifestações acaloradas pudessem induzir à suspeição ou ao impedimento, podendo-se citar como exemplo as manifestações de alguns dos integrantes da "CPMI do Cachoeira" no curso da 7ª Reunião.

⁵⁵ HC 113.548/DF STF.

4.3 O Direito ao Silêncio e a Prática Investigativa Policial no Distrito Federal: confronto entre o texto e o contexto dos Autos de Prisão em Flagrante

Este tópico é especialmente dedicado à abordagem da relação existente entre algumas práticas policiais desenvolvidas com o objetivo de apurar e esclarecer infrações penais, notadamente quanto à materialidade e a autoria, e o atendimento dos direitos dos presos ou investigados durante o procedimento policial, de modo a destacar se e como o direito ao silêncio tem sido tratado especificamente quanto à vertente da efetividade.

A abordagem dessa questão se manterá na linha de convergência com a questão central do problema, na perspectiva de que os direitos e as garantias das pessoas presas ou submetidas a alguma investigação formam um conjunto de valores individuais indeclináveis, sem os quais a pretensão de descoberta da verdade ou de provas para o regular desenvolvimento da instrução processual penal pode não estar validamente situada no âmbito do Estado de Direito.

Assume-se com isso que tanto a atividade investigativa quanto os direitos atribuídos aos presos estão igualmente tutelados e limitados pelo Estado de Direito, segundo as normas do ordenamento jurídico-constitucional positivado. O ponto central desse debate parte da perspectiva de que o preso deve ter assegurados, em todas as fases dos procedimentos investigativos, todos os direitos garantidos nas convenções e nos tratados internacionais, nas disposições da CF de 1988 e nos estatutos e leis processuais vigentes no Estado brasileiro.

Diante desse cenário, e objetivando dimensionar como os direitos das pessoas presas em flagrante delito são tratados pelas corporações policiais, buscou-se apurar alguns dados, mediante coleta direta de informações nos APFs. Essa coleta de dados abrangeu 6 (seis) entre as 14 (catorze) Circunscrições Judiciárias do DF, que representam 20 (vinte) de um total de 31 (trinta e uma) Regiões Administrativas (RAs) e alcançam, numericamente, a maioria da população do DF⁵⁶.

⁵⁶ O padrão desse levantamento foi de simples amostragem e teve o propósito meramente ilustrativo.

Tabela 11 – Detalhamento Descritivo das Circunscrições Judiciárias do DF (Parcial).

CIRCUNSCRIÇÕES	REGIÕES ADMINISTRATIVAS	RA n.:
Brasília	Brasília	I
	Cruzeiro	XI
	Lago Sul	XVI
	Lago Norte	XVIII
	Sudoeste/Octogonal	XXII
	Varjão	XXIII
	SCIA – Setor Complementar de Indústria e Abastecimento	XXV
	Jardim Botânico	XXVII
	SAI – Setor de Indústria e Abastecimento	XXIX
Taguatinga	Taguatinga	III
	Águas Claras	XX
	Vicente Pires	XXX
Ceilândia	Ceilândia	IX
Samambaia	Samambaia	XII
	Recanto das Emas	XV
Núcleo Bandeirante	Núcleo Bandeirante	VIII
	Candangolândia	XIX
	Park Way	XXIV
Riacho Fundo	Riacho Fundo I	XVII
	Riacho Fundo II	XXI

Fonte: *Site* oficial do TJDF⁵⁷.

Sabendo-se que a CF de 1988 assegurou aos presos os direitos de permanecer calados, de ser assistidos por defensor, constituído ou nomeado, de ser assistidos pela família ou por qualquer outra pessoa indicada e de requerer diligências à autoridade responsável por seu aprisionamento, a pesquisa identificou e selecionou um total de 100 (cem) APFs, distribuídos, quantitativamente, nas Circunscrições Judiciárias do DF especificadas.

Tabela 12 – Detalhamento Descritivo do Levantamento de Dados.

CIRCUNSCRIÇÕES JUDICIÁRIAS	QUANTIDADE DE APFs:
Brasília	25
Taguatinga	15
Ceilândia	20
Samambaia	15
Núcleo Bandeirante	10
Riacho Fundo	15
Total de APFs Examinados:	100

Esclareça-se, contudo, que esta foi uma simples pesquisa por amostragem intencional ou não-probabilística, do tipo que tem maior aplicabilidade nas pesquisas jurídicas qualitativas e não necessitam de tratamento estatístico (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 94-95). Em razão disso, a quantidade de APFs indicada na tabela anterior representou simples

⁵⁷ Link de acesso ao TJDF: < <http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/juizados-especiais/saiba-sobre/circunscricoes-e-regioes-administrativas>>.

amostragem e serviu como referencial acerca do elemento empírico investigado, isto é, o conteúdo real dos APFs. Mas isso não quer dizer que no conjunto dos APFs pesquisados havia escasso material com conteúdo revelador da forma como esses procedimentos são rotineiramente lavrados. Ao contrário, a maioria dos incontáveis APFs são iguais aos que foram selecionados, de modo que tanto poderiam ter sido selecionados 100 APFs como poderiam ter sido selecionados 1000. Contudo, a principal característica destes APFs tem a ver com a data em que foram lavrados. De fato, durante a seleção de todo esse material o campo de análise foi limitado aos três últimos meses, considerando para esse fim a data em que se fez os levantamentos em cada uma das 6 (seis) Circunscrições Judiciárias.

No próximo passo, após a análise do material selecionado, verificou-se, primeiramente, que em 100% dos APFs analisados constaram, expressamente, o registro de que foram garantidos aos presos os direitos a) de permanecer em silêncio, b) de receber assistência de defensor e c) de receber assistência da família. Esses registros consistiram em um texto-padrão presente em todos os APFs pesquisados, contendo a informação de que o preso foi "cientificado de seus direitos constitucionais, dentre os quais, o respeito a sua integridade física e moral, o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família ou à pessoa por si indicada, bem como a identificação dos responsáveis por sua prisão".

No entanto, em nenhum dos APFs pesquisados (0,00%) verificou-se a identificação e a presença de qualquer advogado ou defensor que tivesse acompanhado a lavratura do APF e prestado qualquer assistência ao preso, ou de algum familiar ou outra pessoa que tivesse comparecido e sido informada quanto à prisão para prestar qualquer forma de assistência ao preso. Não havia registro sequer da tentativa de se manter contato com quaisquer dessas pessoas. Do mesmo modo, não se identificou nenhuma situação (0,00%) em que houvesse qualquer referência a eventuais diligências requeridas pelos presos nos termos do art. 14 do CPP: "O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade".

Verificou-se, ainda, que todos os depoimentos reproduzidos nos APFs continham apenas as manifestações de testemunhas e/ou vítimas contrários aos interesses de possíveis teses que, de algum modo, favorecessem os presos. Esses dados apurados permitem estabelecer, *a priori*, que no contexto da pesquisa realizada, os ditos direitos e garantias não

passaram de meras formalidades registradas textualmente, mas sem nenhuma consequência prática, que efetivamente favorecesse os presos, no sentido mais singelo de lhes permitir a construção de uma linha de defesa, que lhes fosse útil, tanto na ordem processual quanto em relação à proteção de sua integridade física e mental.

Em linhas gerais, os APFs examinados continham apenas versões pró-acusação, cujo conteúdo literal não dava margem a qualquer possibilidade de se estruturar alguma tese de defesa, lembrando-se no mais que a regra do imediatismo que norteia a atividade persecutório-policial somente teve aplicação contra os possíveis interesses dos presos.

Ainda perseguindo a tentativa de ilustrar a verdadeira condição das pessoas presas em flagrante delito, no contexto maior dos direitos que lhes assistem, e da evidente desigualdade de tratamento que o Estado lhes dispensa, muitas vezes decorrente de suas condições sociais e de suas origens, identificou-se um caso-paradigma que permite correlacionar a condição própria de um preso desassistido, que pratica crime violento, com a de quem pratica crimes intelectualmente mais elaborados, a exemplo do que foi anteriormente descrito como objeto de investigação da "CPMI do Cachoeira".

Esse suporte empírico não foi apresentado com a pretensão de estabelecer alguma generalização, mas antes servirá apenas para evidenciar a circunstância de que da mesma forma como ocorreu no caso *Miranda v. Arizona*, nos Estados Unidos, há no Brasil incontáveis casos que com aquele guardam semelhanças fáticas e jurídicas, e que não se pode simplesmente ignorar o perfil inovador e audacioso da Suprema Corte americana no momento em que decidiu o caso de Ernesto Miranda e, paralelamente a isso, não se encontrar no sistema jurídico brasileiro nenhuma importante decisão ou outro ato de Estado que pudesse ser considerado suficientemente adequado, eficiente e útil no sentido de tornar tangíveis e satisfatoriamente exercitáveis os direitos dos presos, desde o primeiro momento em que tiverem suas liberdades restringidas.

Neste tópico, o caso-paradigma escolhido teve com protagonista Walter Dias Duarte, que no dia 10 de janeiro de 2012 foi autuado em flagrante delito, sendo formalmente indiciado em razão da prática de um homicídio qualificado e de um homicídio simples tentado, nos termos do APF n. 053/2012 – 20ª DP⁵⁸. O referido APF subsidiou,

⁵⁸ Esses crimes teriam sido praticados na noite de 9 de janeiro de 2012, na Cidade do Gama-DF.

oportunamente, a denúncia oferecida em desfavor de Walter Dias nos autos da Ação Penal n. 2012.04.1.000233-2 (DISTRITO FEDERAL, 2012a).

Acerca desse episódio, cabe registrar que, primeiramente, ao ser recebido o APF em juízo, um dia após o da prisão, esta foi convertida à forma de prisão preventiva, que perdurou durante toda a instrução, tendo sido reconhecidos presentes não só os requisitos autorizadores da prisão cautelar, como também a periculosidade do preso (DISTRITO FEDERAL, 2012b). Por último, aos 30 de outubro de 2012, Walter Dias foi condenado após ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri.

De fato, no contexto da indicada ação penal, não se registrou sequer uma linha de texto que representasse qualquer esforço institucional ou mesmo acadêmico para se discutir sobre os direitos de Walter Dias, enquanto pessoa presa em flagrante delito, senão que do respectivo APF constaram a qualificação e o endereço dele, seguidos do registro formal de seus direitos, *in verbis*: "cientificado de seus direitos constitucionais, dentre os quais, o respeito a sua integridade física e moral, o de permanecer em calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado, a comunicação de sua prisão à sua família e à pessoa por si indicada" (DISTRITO FEDERAL, 2012a, p. 13).

Esse registro coincide, exatamente, com os registros lançados em todos os demais APFs que foram selecionados e analisados conforme anteriormente descrito, com a ressalva de que nem no contexto do APF relativo com a prisão de Walter Dias, nem na respectiva ação penal constou qualquer informação quanto à tentativa de contato com advogado ou com defensor, familiares, amigos etc., que confirmasse que os ditos "direitos assegurados" a Walter Dias foram concretamente materializados.

Mas o exame desse caso específico não seria importante do ponto de vista acadêmico se deixasse de ser apreciada uma variável que não mereceu nenhum registro formal ou atenção do Estado em quaisquer de suas vertentes de atuação, pois a verdade omitida foi a de que após ser preso por servidores policiais, quando Walter Dias deveria ter sido imediatamente conduzido à presença da autoridade policial para a lavratura do APF, o preso em questão foi imediatamente apresentado pelos mesmos policiais que o prenderam a um segmento do jornalismo televisivo atuante no DF, sendo mantido algemado no interior do cubículo da viatura policial, que serviu de conveniente cenário para a produção da matéria

jornalística. Nessa condição, coube ao repórter proceder à entrevista de Walter Dias, interrogando-o sobre o fato principal⁵⁹ – o homicídio – e demais circunstâncias desse acontecimento, evidenciando-se com isso a forma consciente e proposital como o chamado direito ao silêncio pode ser tratado em face de pessoas desguarnecidas da mínima proteção e de assistência jurídica (TV BRASÍLIA, 2012).

4.4 O Direito ao Silêncio e a Jurisdição: análise da jurisprudência sobre o tema no âmbito do STF e STJ

Neste tópico será analisado o tratamento dado pelo Poder Judiciário ante algumas situações peculiares de provas produzidas na esfera policial, especialmente no bojo de APFs, decorrentes do exercício de atividade investigativa, num primeiro momento, e da subsequente atuação da Jurisdição, no exercício não apenas de sua função julgadora, mas antes de tudo garantidora dos direitos fundamentais da pessoa humana, verificando-se que de algum modo algumas dessas situações não favorecem a satisfação plena quanto ao exercício regular do direito ao silêncio.

O Poder Judiciário é, em princípio, o espaço por excelência destinado, e mais bem aparelhado, à salvaguarda dos direitos fundamentais, não em razão de sua natureza constitucional, mas primordialmente em razão da independência e da necessária imparcialidade, que asseguram atuação mais equilibrada de seus membros. Ao lado disso, há também a necessária intervenção do Ministério Público ao se tratar de ações penais e de seus incidentes processuais, tanto na promoção da responsabilidade penal quanto na condição de órgão interveniente, de modo a tornar exequíveis os direitos fundamentais. Em caráter complementar e de igual relevância, há também a destacada atuação dos órgãos de defesa, públicos ou privados, responsáveis pela promoção da mais ampla defesa dos direitos individuais ameaçados ou lesados diante da atuação arbitrária dos protagonistas de diligências investigativas (policiais, em geral), realizadas em descompasso com os regramentos

⁵⁹ A matéria produzida com essa "entrevista" foi transmitida pela emissora "TV Brasília", no programa de jornalismo policial "DF Alerta".

Link de acesso à reportagem: <https://www.youtube.com/watch?v=sIZ_dZYYsU8>.

constitucionais, legais e até mesmo estatutários. É essa a visão que se tem da Jurisdição a partir de uma perspectiva panorâmica, bastante superficial.

Analiticamente, do enlace dessas funções especializadas, no bojo do processo penal, resultou a formação do modelo de atuação da Jurisdição processual penal alicerçada no tripé: acusação, defesa e decisão, em que se exige o concurso efetivo e integral dessas funções, de modo a permitir a produção final de um julgamento que resolverá o processo, condenando ou absolvendo, mediante decisão justa, isenta e, principalmente, limitada em todos os seus termos pelos regramentos do Estado de Direito. Trata-se do sistema (ou princípio) acusatório:

Colocar em prática este princípio significa, entre outros pontos de importância, a separação nítida de papéis entre o acusador e o julgador. Essa separação confere ao [...] juiz outro perfil nesta etapa, basicamente de "investigador" do fato delituoso – passa a ser o garantidor da legalidade das medidas investigativas tomadas contra e a favor do suspeito. Também confere ao Ministério Público um papel decisivo na estrutura da Justiça Criminal, tendo este ao seu lado, como direta colaboradora, a Polícia Judiciária (CHOUKR, 2001, p. 45).

[...] se na estrutura inquisitória o juiz "acusa", na acusatória a existência de parte autônoma, encarregada da tarefa de acusar, funciona para deslocar o juiz para o centro do processo, cuidando de preservar a nota de imparcialidade que deve marcar a sua atuação (PRADO, 2006, p. 106).

O sistema acusatório se caracteriza pela maior publicidade dos atos processuais, pela tripartição das funções de acusar, defender e julgar em três sujeitos processuais diferentes, pela possibilidade do contraditório e pelo maior grau de isenção do magistrado na condução do procedimento (CARVALHO, 2009, p. 27).

Com essa estrutura funcionalmente organizada, a Jurisdição, concebida constitucionalmente para assegurar que qualquer ameaça ou lesão aos direitos individuais possa ser eficazmente repelida, passa a ser nas sociedades contemporâneas a alternativa consensualmente aceita em oposição às formas arbitrárias e ilegais exercidas sob o pretexto dos malefícios decorrentes da criminalidade em expansão. Entretanto, a atuação da Jurisdição está condicionada a sua absoluta sujeição aos mecanismos constitucionais que se impõem de modo a favorecer a mais ampla proteção do indivíduo, como as cláusulas do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, permitindo-se que ao final se tenha um provimento judicial alicerçado, entre outras premissas, na igualdade de oportunidade na relação jurídico-processual travada entre o Estado, enquanto titular natural do direito punitivo, e o indivíduo, enquanto transgressor das normas de comportamento previamente definidas.

A normatividade que concebeu a Jurisdição e todos os mecanismos que dão suporte à atuação do devido processo legal para a definição da culpa ou da não-culpa do transgressor das normas de comportamento representa o que há de mais essencial no Estado Democrático de Direito, o qual, enquanto Estado de Direito, deve sujeitar-se a todas as diretrizes constitucionais e legais que regem o processo e, enquanto Estado Democrático, reclama a absoluta observância da igualdade de tratamento entre as partes em litígio, razão pela qual deve haver um paralelismo entre os órgãos encarregados da acusação e os da defesa.

Partindo dessas considerações, impõe-se analisar com olhar crítico alguns aspectos circunstanciais que envolvem o exercício do direito ao silêncio no contexto do processo penal judicial, cuja finalidade se destina a compor as provas e conduzir à decisão sobre a culpa ou a não-culpa, a partir do enfrentamento das teses, acusatória e defensiva, postas a exame.

Para atingir essa finalidade, o Estado se vale do processo penal como instrumento para a realização da persecução em juízo, que compreende uma fase inicial, quando há a apresentação formal da acusação (denúncia) e, conforme o caso, momento específico para a apresentação de defesa preliminar⁶⁰, com avanço à fase instrutória ou probatória, que permitirá a produção das provas. Entretanto, o processo penal judicial apresenta uma especificidade que lhe é muito peculiar, pois quase invariavelmente ele se apoia nas informações documentadas no APF, decorrentes da prisão de um suspeito, isto é, de alguém a quem se atribuiu a prática de alguma infração penal. É nesse ponto que o processo judicial torna-se dependente do APF e, com efeito, passa a lhe dar continuidade.

Talvez um dos problemas mais complexos e intrigantes que envolve o exercício da Jurisdição, enquanto função pública essencial para a promoção dos direitos fundamentais, esteja associado ao efetivo controle que esta deveria exercer quanto às prisões efetuadas pelo Estado, especialmente quanto àquelas ditas provisórias, como a prisão em flagrante e a cautelar. A propósito disso, a percepção mais latente dos elementos da realidade de sua atuação se flexiona mais propriamente no sentido de evidenciar sua omissão ou falta de compromisso com o controle dessas prisões, não apenas no aspecto geral da legalidade do ato, mas especialmente quanto ao atendimento satisfatório dos direitos irrenunciáveis das pessoas

⁶⁰ Atualmente, fala-se em Resposta à Acusação.

presas. É isso o que se constatou, por exemplo, no funcionamento da Jurisdição em França, em relação às garantias das liberdades individuais:

Quanto ao controle da autoridade judiciária, é verdade que, embora esteja previsto, pelos textos, em muitos países, sua efetividade é quase sempre julgada insuficiente, tanto em virtude das condições do controle, quanto pela quase-ausência da sanção das irregularidades quando as mesmas são constatadas. Em termos de prisão cautelar, por exemplo, a Corte de Cassação francesa recusa-se a reconhecer a nulidade às irregularidades cometidas (DELMAS-MARTY, 2004, p. 111).

Em decorrência disso, impõe-se considerar, por exemplo, que há elementos probatórios admitidos como provas ou como indícios que são valorados e conduzem o convencimento do julgador, mas que em sua formação careceram das garantias essenciais que deveriam ter sido observadas na fase anterior, no momento da prisão, estranha à relação jurídico-processual. Tome-se como exemplo, a confissão prestada no APF, imediatamente após a prisão do suspeito. Se tal ato tiver sido concebido sem a observância do direito à defesa (assistência da defesa técnica) e da assistência da família do preso, como se pode garantir que não foi concebido mediante a imposição de sofrimentos físicos e/ou mentais? Ou, ao contrário disso, ainda que se tenha obtido a confissão do suspeito sem a imposição de qualquer forma de constrangimento, como se pode garantir que foi assim mesmo? Qual seria, então, o parâmetro para se aferir a validade dessa confissão?

O fato é que, inegavelmente, se a confissão extrajudicial for admitida no processo penal como depoimento válido, colhido anteriormente no curso da lavratura do APF, ela terá grande potencialidade de influenciar os atores do processo, notadamente os órgãos de acusação e de julgamento, transmudando-se a natureza dialética do processo penal em simples instrumento chancelador e ratificador do APF.

Essa possibilidade se mostra mais grave e preocupante quando não houver provas judiciais e a condenação se estribar unicamente nas provas produzidas na esfera policial, desprovidas das garantias constitucionais mínimas e com ofensa à cláusula do devido procedimento legal⁶¹:

O sistema jurídico-constitucional brasileiro não admite nem tolera a possibilidade de o Estado condenar o réu com apoio exclusivo em prova penal produzida, unicamente, na fase da investigação policial, sob pena de frontal violação aos postulados fundamentais que asseguram, a qualquer acusado, o direito ao contraditório e à plenitude de defesa (BRASIL, 2012c).

⁶¹ RHC 106.398/SP STF.

Daí, a questão de direito que se impõe, e que deveria ser rigorosamente observada, é que o processo penal somente deveria admitir como prova a confissão que tivesse sido produzida no bojo do APF com a estrita submissão aos regramentos do Estado de Direito, devendo, portanto, ser acompanhada pela defesa técnica em todos os atos e fases, sem prejuízo da assistência da família do preso e do respeito incondicional à sua integridade física e mental, lembrando-se que foi uma situação-problema análoga a esta que deu margem para a construção jurisprudencial em torno do caso *Miranda v. Arizona*, nos Estados Unidos.

Em face dessa realidade, é oportuno destacar a atuação de um segmento da Jurisdição considerada de forma mais especializada: a Jurisdição constitucional, que tem à sua frente o STF como órgão mais elevado do Poder Judiciário brasileiro. Em verdade, a Jurisdição constitucional, ao enfrentar e resolver problemas ligados às possíveis violações de direitos fundamentais, tomando-se como exemplo o próprio direito ao silêncio, atua de modo a robustecer todos os direitos e os respectivos mecanismos garantidores previstos no texto constitucional, que foram positivados por ação do Poder constituinte originário, mas que com o curso do tempo não mereceram a correta aplicação pelos destinatários das normas⁶².

Assim colocada a situação, é a Jurisdição constitucional que, em regra, vem revelando a verdadeira dimensão dos direitos fundamentais, fazendo que com as demais autoridades do Estado brasileiro cumpram e façam cumprir os direitos catalogados como patrimônio dos indivíduos. Nesse sentido, e servindo como exemplo, há de se destacar que coube à Jurisdição constitucional tutelar o livre exercício do direito ao silêncio, mediante o emprego de argumentação fundamentada, seja em relação à atuação das CPIs, seja em relação à atividade investigativa policial:

A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de ser oponível às Comissões Parlamentares de Inquérito a garantia constitucional contra a autoincriminação e, conseqüentemente, do direito ao silêncio quanto a perguntas cujas respostas possam resultar em prejuízo dos depoentes, além do direito à assistência do advogado (BRASIL, 2014d)⁶³.

⁶² Sobre "Destinatários" da norma cf. Unidade 2, Tópico 2.6.

⁶³ HC 119.941/DF STF.

Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio (BRASIL, 2007)⁶⁴.

Aliado a isso, e de forma decorrente, coube também à Jurisdição constitucional proclamar em favor dos investigados em geral a condição de sujeitos de direitos:

A pessoa que sofre persecução penal, em juízo ou fora dele, é sujeito de direitos e dispõe de garantias plenamente oponíveis ao poder do Estado. A unilateralidade da investigação penal não autoriza que se desrespeitem as garantias básicas de que se acha investido, mesmo da fase pré-processual, aquele que sofre, por parte do Estado, atos de persecução criminal (BRASIL, 2010b)⁶⁵.

Logicamente, em razão desses fundamentos proclamados em sede de Jurisdição constitucional, é perfeitamente exigível uma postura ético-profissional daqueles que exercitam o poder persecutório, uma vez que também estão sujeitos ao regime do Estado de Direito: "O Estado não tem o direito de exercer, sem base jurídica idônea e suporte fático adequado, o poder persecutório de que se acha investido, pois lhe é vedado, ética e juridicamente, agir de modo arbitrário" (BRASIL, 2010c)⁶⁶.

Não obstante à perspectiva positiva que credencia a Jurisdição como função estatal garantidora dos direitos fundamentais, há o outro lado dessa função a ser observado, que evidencia uma Jurisdição pouco comprometida com as garantias individuais e mais envolvida, talvez, com a preservação da ordem pública, segundo a perspectiva do exercício pleno do poder punitivo do Estado.

Para ilustrar essa outra realidade, ou face da Jurisdição, três decisões tomadas em sede de *Habeas Corpus* merecem ser destacadas e analisadas, principalmente em razão do esforço interpretativo nelas contido, que parece valer mais como negação do que como afirmação do Estado de Direito.

A primeira decisão a ser enfrentada se ocupou em fazer distinção entre o interrogatório judicial e o policial, mas ignorou o que há de mais essencial, que consiste justamente no respeito incondicional às garantias individuais:

⁶⁴ HC 90.232-4/AM STF.

⁶⁵ HC 93.767/DF STF.

⁶⁶ HC 98.237/SP STF.

A partir da lei 10.792/2003, torna-se indispensável a presença de um defensor no momento do interrogatório, exigência essa prevista no art. 185 do Código de Processo Penal. Entretanto, o referido artigo não se adéqua à hipótese, uma vez que se trata de interrogatório policial, de caráter administrativo, diferenciando-se do interrogatório judicial a que se refere o respectivo dispositivo legal (BRASIL, 2010a)⁶⁷.

Pelo teor da decisão, infere-se ser indispensável que o réu seja assistido por seu defensor somente por ocasião do interrogatório judicial, ao passo que tal não seria exigível por ocasião do interrogatório policial, por ser este de natureza meramente administrativa. Entretanto, essa circunstância diferenciadora destacada já seria mais que suficiente para se garantir ao preso, em todas e quaisquer fases e atos policiais, a assistência de um defensor, constituído ou nomeado, ante a garantia aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, do contraditório e da ampla defesa, com os meios a ela inerentes (CF, art. 5º, LV), hipótese em que não se pode deixar de considerar que, em razão da prisão e da prática dos demais atos policiais, a liberdade do preso é objeto de litígio, assim como a legalidade da prisão e a produção das provas, as quais o preso tem direito de requerer à autoridade responsável, sem prejuízo da preservação de sua incolumidade física e mental.

O raciocínio em torno desse ponto é bastante simples:

a) a lei chancelou com a cláusula da indispensabilidade a presença de defensor por ocasião do interrogatório judicial (CPP, art. 185), no qual estará presente, além do próprio juiz, um representante do Ministério Público, sendo certo que não são conhecidos casos em que o réu tenha sido "torturado em juízo para confessar", e

b) ao contrário, segundo a linha do entendimento firmado no *Habeas Corpus* examinado, é dispensável a presença de defensor no momento do interrogatório policial, mesmo sabendo-se que as torturas são praticadas nos ambientes policiais, como atividade regular e com o propósito de se extorquir confissões e obter outras provas, tudo em prejuízo do preso ou investigado.

Um aspecto relevante a ser considerado em torno desse quadro se traduz na circunstância de que o preso pode requerer à autoridade policial qualquer diligência, lembrando-se que ele é considerado sujeito de direitos (BRASIL, 2010b)⁶⁸, obviamente com a finalidade de fazer prova de sua inocência ou de outra circunstância que o favoreça, conforme

⁶⁷ HC 155.665/TO STJ.

⁶⁸ HC 93.767/DF STF.

expressamente disciplinado pela lei processual penal: "O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade" (CPP, art. 14). Contudo, sem a presença de um defensor na fase policial, é pouco provável que sequer se faça constar do APF o registro formal da diligência requerida pelo preso, ainda que esta venha a ser indeferida.

Outro aspecto a ser observado é que essa decisão conflita com a lei processual penal, que determina, também expressamente, que ao interrogatório policial sejam aplicáveis, no que couber, as mesmas diretrizes que disciplinam o interrogatório judicial (CPP, art. 6º, V). Desse modo, então por que a garantia de assistência de defensor, prevista para o interrogatório judicial, não pode ser exigida e aplicada ao interrogatório policial?

Ora, se se trata de garantir o exercício pleno dos direitos constitucionalmente assegurados ao preso, certamente a única interpretação aceitável é a de que, em ambas as espécies de interrogatórios, o preso ou o réu seja adequada e integralmente assistido, inclusive sob pena de nulidade, no caso de a eventual confissão prestada ou qualquer outra prova produzida ocorrer sem a participação efetiva da defesa técnica, lembrando-se a esse respeito os fundamentos da decisão proferida no caso *Miranda v. Arizona*.

A segunda decisão a ser analisada contém expressa referência de não ser necessário informar ao preso, previamente, quanto ao direito que lhe assiste de permanecer em silêncio:

Se havia suspeita de que o paciente estava praticando o delito de tráfico de drogas, os policiais militares poderiam, mesmo sem qualquer informação por ele fornecida, averiguar o local, e diante da localização de grande quantidade de drogas, apreender a substância entorpecente e prendê-lo em flagrante, sem que seja necessário informá-lo previamente sobre o seu direito ao silêncio (BRASIL, 2014b)⁶⁹.

Então, diante de um caso concreto, importa saber se e quando caberia aos policiais informar ao preso quanto a seus direitos, incluindo-se o de permanecer em silêncio.

A descrição dos fatos contida no HC 253.709/RJ - STJ não deixa dúvidas de se tratar de um típico flagrante quanto a possível crime de tráfico de entorpecentes, hipótese em que a prisão estaria em conformidade com as diretrizes legais: "Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em

⁶⁹ HC 253.709/RJ STJ.

flagrante delito" (CPP, art. 301) e "Considera-se em flagrante delito quem: IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração" (CPP, art. 302, IV), o que, no caso, respaldaria a ação dos policiais envolvidos na diligência. Contudo, não parece razoável a tese empregada para fundamentar a decisão, que afastou a ocorrência de ilicitude da prisão, afirmando não ser necessário informar previamente ao preso quanto ao direito que lhe assiste de permanecer em silêncio. Vale repassar, a propósito disso, a dicção da norma constitucional que assegura que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer em silêncio" (CF, art. 5º, LXIII).

Desse modo, sendo o momento da prisão o mesmo em que ocorre a supressão do direito à liberdade, esse deve ser, inadiavelmente, o momento em que o preso deve não apenas ser informado quanto a seus direitos, mas, especialmente, tê-los garantidos e efetivados, sob pena de se incorrer na insatisfação prática de seus direitos fundamentais, que redundaria, no caso em exame, na própria ineficácia do direito ao silêncio. Aliado a isso, é no momento da prisão que deve ser resguardada a integridade física e mental do preso, especialmente em relação aos executores da medida. Em verdade, não faria sentido algum postergar para momento posterior ao da prisão o cumprimento desses direitos, sob a forma de simples registros de que foram observados.

Talvez o argumento lançado nessa decisão tenha partido do convencimento de que os direitos dos presos somente sejam exercitáveis no curso do processo judicial, e não durante a fase policial, na esteira do entendimento anteriormente destacado de que nessa fase não se aplicam os princípios do contraditório e o da ampla defesa. Todavia, nessa hipótese, volta-se ao ponto inicial da pesquisa, que aponta e questiona sobre a inefetividade do direito ao silêncio.

Com efeito, a estrutura argumentativa contida no *Habeas Corpus* em exame não se afina com o propósito da norma constitucional, produzida com a pretensão não de gerar a impunidade ou beneficiar criminosos, mas sim de permitir o regular exercício do poder punitivo do Estado dentro de limites civilizados, com a possibilidade de tratamento mais igualitário a todas as pessoas, independentemente da posição social que ocupem e do grau de esclarecimento que possuam. Nesse sentido, a ideia subjacente é a de que o Estado deve promover o tratamento mais igualitário, a partir da noção mais ampla que deflui do Princípio da Igualdade, o qual exige que "a lei trate os indivíduos como iguais e que a aplicação da

mesma lei seja feita de modo também equânime (igualdade na lei e na aplicação da lei)", reconhecendo-se, ainda, que a "exigência da igualdade é, portanto, dirigida ao legislador e ao aplicador" (BRANCO, 2009, p. 288).

Coerentemente com esse raciocínio, se o legislador constituinte sedimentou o direito ao silêncio como norma de proteção ao preso, não pode o aplicador conferir-lhe interpretação que o torne deficiente ou ineficiente, afastando, como se fez no exemplo destacado, a necessidade de se informar ao preso, previamente, quanto ao direito que tem de permanecer em silêncio, entre outras garantias. Não apenas por conta da literalidade da norma, mas também pelo sentido teleológico que inspirou a elaboração do catálogo constitucional de direitos fundamentais, o direito ao silêncio do preso surge com sua prisão, oportunidade em que nasce para o Estado o dever de zelar para que esse direito não seja violado.

É fundamental alcançar a compreensão que ao preso assistem vários direitos, cujo exercício não depende de sua condição processual, ou seja, de sua inocência ou culpa, ou mesmo da gravidade do fato. Em sintonia com essa realidade, há norma específica que inadmite no processo as provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI). Assim, como não considerar ilícitas as confissões, ainda que prestadas informalmente aos policiais que, maliciosamente ou por simples ignorância, deixam de esclarecer e assegurar o preso sobre seus direitos e, depois, em juízo, ao prestarem seus depoimentos na qualidade de testemunhas, esclarecem que a receberam informalmente do réu, no momento em que o prenderam, sem que tivessem exercido qualquer constrangimento físico ou mental contra ele.

A verdade, oculta por um eclipse, é que, em regra, desde o momento da prisão e até a realização da primeira audiência judicial, o primeiro contato que o réu tem com o advogado ou com o defensor público somente ocorre nas Salas de Audiências, sendo certo que durante todo o tempo decorrido o único lado efetivamente aparelhado para agir e produzir provas é o do Estado, primeiramente representado pelos segmentos das forças policiais, que atuam na efetivação das prisões e na lavratura dos APFs e, em segundo, pelo Ministério Público, que dispõe de meios e de pessoal capacitado para formular acusações formais, mesmo diante de simples indícios e, em muitas situações, com o respaldo na pseudo-legalidade que emerge dos APFs (CF, art. 5º, LVI).

E tudo isso, considerado em conjunto, somente reforça a perspectiva, já muito discutida em sede doutrinária, que apenas a lei e suas garantias formais se revelam ineficazes à proteção dos direitos fundamentais: "A garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra a intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade" (MENDES, 1998, p. 40).

Há outra decisão que mereceu destaque neste estudo (terceira decisão), consistente em não se ter considerado ilegal a condução de pessoa à delegacia para prestar esclarecimentos, mesmo ausente o estado de flagrante delito e não havendo ordem judicial:

1. De acordo com os relatos e informações constantes dos autos, percebe-se claramente que não houve qualquer ilegalidade na condução do recorrente à delegacia de polícia para prestar esclarecimentos, ainda que não estivesse em flagrante delito e inexistente mandado judicial.
2. Isso porque, como visto, o recorrente em momento algum foi detido ou preso, tendo sido apenas encaminhado ao distrito policial para que, tanto ele, quanto os demais presentes, pudessem depor e elucidar os fatos em apuração (BRASIL, 2014c)⁷⁰.

Argumentou-se que a parte recorrente, que não estava presa nem detida, apenas foi conduzida à unidade policial para prestar esclarecimentos e, por isso, não haveria ilegalidade alguma nesse ato. Entretanto, a Constituição reserva ao indivíduo o direito de fazer ou de não fazer algo somente em virtude de lei. Dessa forma, se o indivíduo não foi preso na forma legalmente prevista, não havia contra ele ordem de prisão expedida por autoridade judiciária e ele não foi previamente intimado para comparecer à unidade policial, não se pode concluir que tenha sido legal sua condução. Para se exigir a presença de alguém numa unidade policial, seja para prestar esclarecimentos como vítima, testemunha ou mesmo como investigado, seja para contribuir para a produção de alguma prova, mediante o reconhecimento de pessoas ou objetos, por exemplo, são indispensáveis o concurso de algumas normas, que se expressam nos seguintes princípios: a) Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II); b) Ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), e c) Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (CF, art. 5º, LXI).

⁷⁰ RHC 25.475/SP STJ.

Afora isso, se algum juízo, no curso de um processo, entender por bem ouvir alguma pessoa, ou se em alguma CPI seus integrantes também entenderem por bem ouvir pessoas, as autoridades respectivas deverão expedir intimações, com a indicação do dia, horário e local que os intimados deverão comparecer, o que lhes oportunizará a constituição de defensor, segundo a conveniência de cada um, para lhes acompanhar e instruir no que for necessário. Sendo assim, então por que em sede de investigações policiais o mesmo não acontece?

O devido processo legal, que permeia o processo judicial e as investigações das CPIs, é o mesmo que deve orientar as práticas investigativas policiais, especialmente porque estas, em regra, levam à prisão e ao indiciamento das pessoas. No mais, não se pode deixar de considerar que a condução de qualquer pessoa contra sua vontade, a qualquer estabelecimento policial, seja para qual for a finalidade, e ainda que não se dê a qualificação de prisão ou de detenção, é sempre um ato de restrição da liberdade de locomoção. Desse modo, o entendimento firmado na indicada decisão revela-se prejudicial ao indivíduo, pois a liberdade é um direito e não mera concessão que o Estado confere às pessoas e que, por isso, possa suspendê-la a qualquer momento. Se tal entendimento prevalecer, abusos recorrentes praticados pelas agências investigativas poderão ser facilmente burlados, bastando-se substituir os verbos "prender" e "deter" pelos verbos "encaminhar", "convidar" ou mesmo "conduzir".

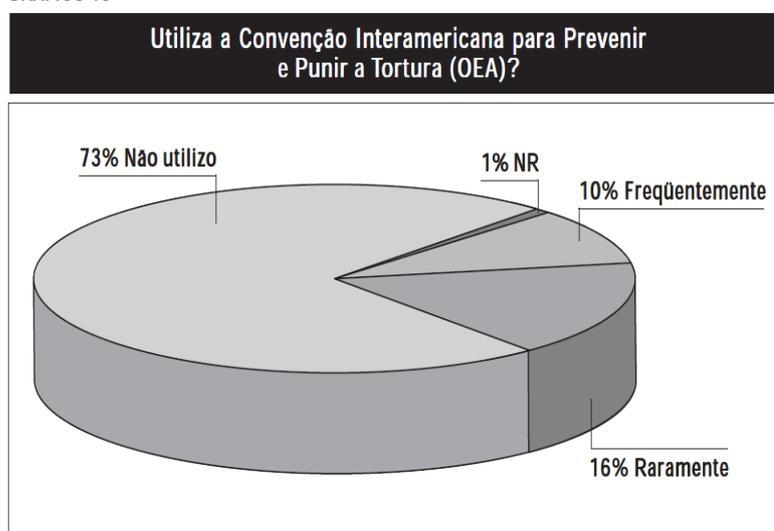
A importância que se deu a essa decisão neste estudo teve a ver com a condição do recorrente no *Habeas Corpus*, que foi réu em ação penal e, portanto, lhe assistia o direito de ser previamente intimado e de ter a prévia oportunidade de constituir um defensor, uma vez que nas circunstâncias informadas não havia o estado de flagrante delito, tampouco havia ordem judicial determinando sua prisão ou comparecimento a qualquer instância policial para prestar quaisquer esclarecimentos. Não havia, enfim, naquele momento, qualquer comando legal/normativo que obrigasse seu comparecimento à unidade policial, de forma contrária a sua vontade.

Em amparo a todas essas constatações e também em caráter aditivo, há outro importante enfoque que relaciona a atuação da Jurisdição à inefetividade da tutela dos direitos fundamentais, com especial destaque à relação entre a prática da tortura e o exercício do direito ao silêncio. Sobre esse tema, o grupo de pesquisa "Direitos Humanos no Tribunal de

Justiça" desenvolveu uma pesquisa com a finalidade de investigar o grau de justiciabilidade dos direitos humanos na prestação jurisdicional por magistrados de primeira instância da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Mediante o levantamento de dados sob a forma de questionário, o grupo apurou que em relação à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, 10% dos juízes afirmaram utilizá-la com frequência, 16% afirmaram utilizá-la raramente, 73% afirmaram não utilizá-la e 1% não respondeu:

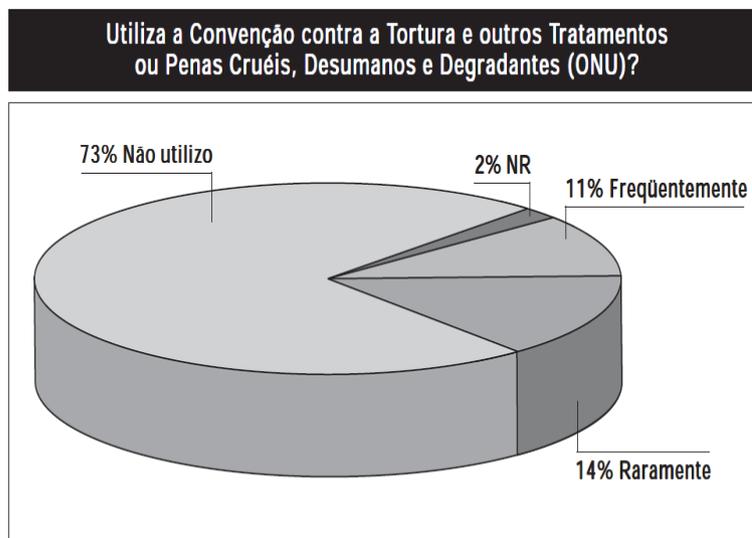
GRÁFICO 15



(CUNHA, 2005, p. 160).

Quanto à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, 2% não responderam, 11% afirmaram utilizá-la com frequência, 14% afirmaram utilizá-la raramente, e 73% afirmaram não utilizá-la:

GRÁFICO 16



(CUNHA, 2005, p. 160).

Esses dados demonstram, em certo grau, a desarmonia interna da Jurisdição, alternando-se com a adoção de decisões bastante conflitantes, ora apresentando-se atuante e preocupada com a efetiva proteção dos direitos fundamentais, ora revelando-se desinteressada com esse viés de sua competência e, de certo modo, concorrendo negativamente para a efetivação desses direitos. Com isso, o que se verifica é a existência de um discurso minimamente demagógico ou mesmo oportunista, que por vezes assume postura paradoxal, verificando-se que, se por um lado, os juízes demonstram concepções arrojadas acerca dos direitos humanos e da aplicabilidade, em tese, de suas normas garantidoras, por outro lado, poucos são os que efetivamente aplicam as normas que versam sobre tais direitos (CUNHA, 2005, p. 169).

5 O EXERCÍCIO DO DIREITO AO SILÊNCIO SEGUNDO A POSIÇÃO SOCIAL E ECONÔMICA DO INDIVÍDUO

5.1 Diferentes Graus de Efetividade do Direito ao Silêncio

As referências até então empregadas no desenvolvimento desta pesquisa pautaram-se em fatos ocorrentes em ambientes sociais e políticos, que compõem o cenário da vida pública e privada brasileira. Esses acontecimentos são publicizados pelos principais veículos de comunicação e de informação, ensejando, quase sempre, a difusão total ou parcial de eventos que, em regra, não mais surpreendem à coletividade. Em razão disso, ao que parece, a hostilidade por vezes materializada em situações envolvendo o Estado e o indivíduo tornou-se vulgar e isso pode ter contribuído para o esquecimento ou o descaso para com a premissa fundamental que rege as relações entre o público e o particular: a ordem constitucional democraticamente estabelecida, que assumiu o compromisso de tutelar outro valor intrínseco ao ente humano: sua dignidade.

A partir desse importante referencial foram edificadas as instituições, constituídos os Poderes e empossados os agentes políticos e públicos em todos os níveis e esferas de atuação da Administração Pública brasileira, todos eles supostamente envolvidos e limitados pelo compromisso de proteger a norma fundamental, as leis, os bens e os valores humanos. Entretanto, mesmo após quase três décadas desde a promulgação da "Constituição Cidadã", inúmeros brasileiros ainda carecem de ter reconhecidos e respeitados seus direitos mais essenciais, por ausência de efetividade do projeto constitucional que os instituíram. Estes são brasileiros que ainda carecem da prometida cidadania.

Ao se tratar especificamente da inefetividade do direito ao silêncio, procurou-se reduzir o campo de sua abordagem dentro do vasto ambiente que forma o universo dos direitos fundamentais, de maneira que, nesta unidade, o referido direito não será contextualizado no espectro dos fatos empiricamente constatáveis, mas sim em sua dimensão dogmática, buscando inseri-lo e situá-lo na categoria própria de bem jurídico, cuja violação redundará numa construção socialmente desigual, uma vez que as pessoas passam a ser tratadas de "modos desiguais", segundo a medida ou a capacidade que tenham de se defender perante

o próprio Estado. Pretende-se, com isso, contextualizar o direito ao silêncio em graus de efetividade, segundo a condição pessoal de cada indivíduo, traço característico que revela a indisfarçável realidade social brasileira.

Mas, antes de dar o próximo passo, é preciso entender porque se deve defender o direito ao silêncio, a dignidade, a integridade física e mental e outros tantos direitos do preso, do indiciado, do investigado, enfim, de pessoas que com seus comportamentos violaram inúmeras regras de convivência, romperam com os laços da pacificidade e ingressaram às cegas, sem medir as consequências, no campo das agressões, dos homicídios, dos roubos, dos estelionatos, das fraudes, das corrupções e de tudo o mais que a maioria das pessoas desaprova. Ao se responder a esse questionamento, deve-se igualmente enfrentar outro, que consiste em determinar por que alguém emprega tanto tempo, recursos materiais e financeiros para elaborar teses, normas, princípios etc., pretendendo tornar defensáveis os direitos dessas pessoas que, em regra, não respeitam as demais e descumprem, ordinariamente, todas as normas de conduta social e de boa convivência.

A priori, esses dois questionamentos poderiam suportar respostas diversas segundo paradigmas diversos.

Primeiro exemplo: segundo o viés religioso, pode-se dizer que todos, infratores e benfeitores, são iguais perante o Criador e, por essa razão, deveriam ser tratados com respeito e dignidade, uma vez que as fraquezas de uns são comuns a todos e, desse modo, ninguém estaria imune de responder por seus eventuais erros. Com isso, o preceito "Atire a primeira pedra aquele que estiver isento de pecado..." (KARDEC, 2009, p. 216) se enche de sentido.

Segundo exemplo: pelo viés filosófico, também se pode sustentar que qualquer indivíduo – repita-se: infratores e benfeitores – é dotado de razão e de vontade próprias e que essas qualidades o levam a se determinar e agir segundo sua própria consciência de liberdade, ao que se convencionou chamar "Princípio da Autonomia da Vontade" (KANT, 2011, p. 82).

Terceiro exemplo: do ponto de vista sociológico, pode-se citar que as condições pessoais, como a pobreza, a raça e a baixa escolaridade são fatores quase sempre geradores de desigualdades sociais tão intensas ao ponto de estabelecer exclusões e a vinculação dos excluídos com o crime, como se pode inferir do estudo sobre a segmentação racial verificada em Chicago/EUA:

[...] em meio à nova ordem pós-industrial, o aumento do número de posições não-qualificadas e de serviços e a decadência das manufaturas têm deslocado drasticamente os negros das zonas centrais, à medida que os empregadores se voltaram para outras fontes de mão-de-obra flexível, menos inclinadas a se opor ou a protestar contra condições de trabalho superexploradoras e instáveis. E, como as zonas centrais se tornaram cada vez mais intimamente associadas, na mente do público, ao crime, à depravação e à ilegalidade, o simples fato de morar no gueto se tornou uma desvantagem adicional, um signo que alguns empregadores utilizam para separar os bons (instruídos, de classe média) dos "maus" negros e para excluir os habitantes dos guetos do *pool* de candidatos (WACQUANT, 2001, p. 71).

Esses apontamentos, por certo, são inteiramente aplicáveis à realidade brasileira, uma vez que identificam alguns aspectos próprios da natureza humana e do *status* social que as pessoas ocupam. De fato, ao se vincular, por exemplo, a inefetividade do direito ao silêncio com a prática da tortura, fica claro que essa relação está inegavelmente associada à condição de pobreza que atinge a maior parcela da população. Nesse contexto, a pobreza é um dos principais fatores que aparece associado com a persistência da prática da tortura no Brasil:

O mais importante, talvez, é que, no Brasil, as vítimas de tortura e maus-tratos provêm, em sua maioria, das camadas mais pobres da população. Nos períodos autoritários de nossa história, a tortura ocorre como recurso de combate à oposição política, quando então as vítimas são predominantemente da classe média ou da elite. Fora desses períodos, ela é praticada rotineiramente contra os autores ou suspeitos de crimes comuns provenientes das camadas pobres. A significativa diferença é que esses não têm os mesmos recursos para protestar e pressionar para que a tortura não mais ocorra, como em geral têm os perseguidos políticos. Assim, não podem contratar advogados capazes de impedir a prática de arbitrariedades (PIOVESAN; SALLA, 2001, p. 32).

Em razão disso, é fácil compreender como as fragilidades humanas associadas à liberdade individual de autodeterminação podem, se não impor, mas, de algum modo, condicionar as práticas de comportamentos que violam as normas legais e morais de boa convivência, induzindo às práticas criminosas. Diante disso, retornando ao enfrentamento das questões anteriores propostas, entende-se que a proteção dos direitos fundamentais dos presos é um esforço necessário no sentido de se promover a defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, admitindo-se que todos são igualmente capazes de acertos, como também de incidir em erros. Por isso, práticas como a tortura não podem jamais ser justificadas:

A menos que possamos garantir que certas leis – aquelas que proíbem alguns dos erros humanos mais fundamentais ou que protegem direitos humanos básicos, inclusive o direito de não ser submetido à tortura, não tenham nenhuma exceção, nem em teoria nem na prática, estaremos adotando, daqui por diante, a moralidade terrorista de que os fins justificam os meios (GINBAR, 2014, p. 170).

Por último, e ainda em resposta aos questionamentos, pode-se acrescentar a necessidade de se impor mudanças sociais a partir de reflexões e de novas propostas da

sociedade, da academia e das instituições públicas, buscando um panorama de otimização de resultados, fundado em premissas humanistas e éticas, devendo-se considerar ainda a finalidade precípua que levou à consagração do direito ao silêncio:

Existem graus de direitos entre o suspeito cidadão e cidadão acusado. Um direito claro de silêncio antes do julgamento desencoraja os maus tratos de um suspeito e a produção de confissões duvidosas. Isto é consistente com o propósito original do privilégio, que era para proteger os pobres, fracos e mal-educados (HOCKING; MANVILLE, 2001, p. 91, tradução nossa)⁷¹.

Em resumo, os fatos impõem, como dever moral, que algo deve ser feito de modo a se alcançar as mudanças esperadas e necessárias, com observância à diretiva:

O melhor, para definir o objeto de um trabalho, é perceber que seu resultado deve ser uma conclusão de caráter normativo, uma guia para a ação do tipo: deve-se fazer isto porque isto é devido, ou, deve-se não fazer isto porque isto é proibido, ou ainda, pode-se fazer isto já que isto é autorizado, ou isto deve ser mudado porque é injusto (LOPES, s.d, p. 15).

Em acréscimo a essas considerações, não se pode ignorar o que talvez seja o mais importante ao se proteger direitos fundamentais, que não é algo limitado à esfera pessoal/individual, mas antes um esforço no sentido de alcançar a própria evolução da sociedade no sentido da civilidade máxima: "Independentemente da sua história evolutiva, as garantias jurídico-fundamentais fazem parte, de acordo com o entendimento cultural hoje dominante, das condições indispensáveis da vida civilizada" (ZIPPELIUS, 2012, p. 300).

Esse entendimento parte da concepção de que a tutela de bens jurídicos fundamentais vai além da esfera da proteção individual e a contextualização do direito ao silêncio como categoria de bem jurídico, sujeito à ampla proteção constitucional, é de suma importância no âmbito da sociedade moderna, uma vez que, ao se instituir o Estado de Direito, buscou-se fazer com que o exercício pleno e satisfatório desse direito não se tornasse uma armadilha em desfavor do indivíduo, como ocorreu numa situação emblemática e universalmente conhecida:

⁷¹ There are degrees of rights between the citizen suspect and citizen accused. A clear right of pre-trial silence discourages the ill treatment of a suspect and the production of dubious confessions. This is consistent with the original purpose of the privilege, which was to protect the poor, weak and ill-educated.

Nos procedimentos judiciais arcaicos, a palavra do juiz que define o processo é o aval das palavras da acusação ou das palavras do réu. A sentença é o registro, com sigilo definitivo, do discurso que soou mais alto, enquanto o outro está condenado a não ressoar nunca mais. Calando-se o réu, não é possível que o processo possa orientar-se em seu favor. O silêncio é a antecipação da derrota, às vezes da morte. Portanto, Jesus foi condenado mais pelo seu silêncio, pela sua contumácia substancial, que pelos fatos de que foi culpado (ZAGREBELSKY, 2011, p. 52).

Compreendendo-se o sentido que Zagrebelsky procurou dar à relação entre o direito ao silêncio e a condenação de Jesus, e abstraindo-se de qualquer valoração filosófico-religiosa em torno desse acontecimento, e, ainda, inserindo-o no contexto de um Estado democrático moderno, como a RFB, é possível estabelecer as seguintes conclusões:

- a) se julgado fosse segundo as regras do ordenamento jurídico brasileiro, o silêncio de Jesus não poderia ser interpretado em desfavor dele;
- b) se condenado, certamente não o seria à pena de morte, tendo em vista o caráter mais restrito dessa pena no País⁷²;
- c) entretanto, paradoxalmente, não se pode garantir que em algum momento do procedimento persecutório Jesus não fosse submetido à tortura, especialmente aplicada como forma de obtenção de provas, confissões ou para lhe infligir castigos; e, ainda,
- d) talvez por ironia, muito provavelmente nos dias atuais Jesus também não tivesse tido acesso a um advogado ou defensor para acompanhá-lo e orientá-lo desde os primeiros momentos de sua prisão até os estágios mais avançados da persecução e da execução de sua pena.

Fundamentalmente, o que Jesus foi e a experiência do julgamento ao qual foi submetido representam o que muitos brasileiros ainda são e passam: sendo pobres e sem prestígio social, econômico ou político, são presos e não têm seus direitos fundamentais respeitados.

⁷² Nesse caso, a referência que se fez é à pena de morte tal como está prevista na Constituição brasileira.

5.2 Igualdade de Tratamento e a Emancipação do Indivíduo à Luz da Teoria de Dworkin

Como se percebe, há uma dificuldade natural em se estabelecer padrões de tratamento igualitário entre as pessoas, o que de imediato impõe definir se há e quais seriam os critérios para a promoção da igualdade. Aliada a isso, há também a necessidade de satisfação dos direitos individuais de forma conjugada com a satisfação dos interesses coletivos. Desse modo, estabelecer soluções para problemas dessa magnitude e com tantas variáveis⁷³, às vezes não claramente definidas ou mesmo conhecidas, não é o mesmo que resolver uma operação matemática, na qual se diz que alguma coisa é igual a outra coisa (Ex.: $x = y$). Ao enfrentar essa realidade, teóricos se ocuparam da tarefa de apresentar possíveis soluções para problemas sociais dos mais variados, visando a equacionar questões complexas (*hard cases*) que atingem o gênero humano, como a igualdade, a liberdade, a justiça, a dignidade etc. Ronald Dworkin⁷⁴ é exemplo de filósofo que se ocupou em propor uma teoria ampla que pudesse servir de encaminhamento à solução de problemas sociais mais complexos, buscando solver os conflitos envolvendo os valores sensíveis já assinalados.

A teoria sobre a igualdade desenvolvida por Dworkin pode ser um referencial filosófico bastante razoável, quando se tem a pretensão de se demonstrar ser concretizável um direito tão singular e ao mesmo tempo tão passível de violações como o é o direito ao silêncio. Nesse ponto, convém lembrar que o problema a ser enfrentado nesta pesquisa consiste em determinar em que medida torna-se materialmente efetivo e satisfatório o exercício do direito ao silêncio à luz do modelo de persecução penal realizado no âmbito dos órgãos e dos Poderes constituídos, sabendo-se que nesse particular há um profundo distanciamento do Estado em relação aos indivíduos, e que esse distanciamento nada mais

⁷³ Variáveis sociais, econômicas, políticas, religiosas etc.

⁷⁴ Ronald Myles Dworkin nasceu em 11 de dezembro de 1931 nos Estados Unidos da América (*Worcester, Massachusetts*) e faleceu em 14 de fevereiro de 2013 em Londres. Estudou no *Harvard College* e na *Oxford University* e, como professor, trabalhou na *Yale Law School*, na *Oxford University* e na *College London University*. Seus estudos, desenvolvidos no campo da Filosofia do Direito, consagrou-o como um dos mais expressivos filósofos modernos. Entre outras várias e importantes obras, Dworkin concebeu um discurso profundo sobre a igualdade na obra "A Virtude Soberana", publicada originalmente em inglês com o título *Sovereign Virtue*, pela *Harvard University Press*, nos Estados Unidos. Como ponto de partida, Dworkin tratou da igualdade como uma virtude indispensável à soberania democrática, embora ameaçada de extinção entre os ideais políticos. Em sua análise, deteve-se na perspectiva de que o governo legítimo é aquele que trata os cidadãos como iguais no respeito e na consideração. Segundo enfatizou, há reflexos dessa consideração, na medida em que a distribuição econômica que atinge as sociedades é consequência, principalmente, de seu sistema de direito e de política, e a exigência de igual consideração impõe sérias restrições igualitárias sobre a distribuição.

representa senão a própria manifestação da realidade fática em oposição à jurídica. Vale dizer que no cerne desse problema estão situadas realidades opostas, reduzíveis à constatação pura e simples de que haverá quem usufrua com satisfação desse direito, enquanto haverá quem dele não tire proveito algum. Talvez por causa disso Dworkin tenha afirmado que a "igualdade é um ideal político popular, mas misterioso" (2005, p. 3).

De fato, e mais do que ser um direito misterioso, a igualdade é um atributo por vezes intangível e que por falta de concretização pode conduzir a consequências sociais desinteressantes. Nessa perspectiva, sabendo-se que um "problema é uma questão que mostra uma situação necessitada de discussão, investigação, decisão ou solução" (KERLINGER, 1980, p. 35), a própria compreensão sobre o que vem a ser a igualdade e como pode ser socialmente implementada, diante de tantos fatores de diferenciação dos indivíduos, constitui-se noutro sério problema a ser enfrentado, especialmente diante da indiscutível inefetividade dos direitos fundamentais.

Com efeito, se não há igualdade, por exemplo, na atribuição do direito ao silêncio às pessoas de modo uniforme, certamente haverá casos em que a consequência esperada poderá ser, por exemplo, a de que alguém preso, mas que tenha sido minimamente defendido, obtenha a liberdade provisória (benefício), enquanto outrem, que não contou com a assistência da defesa, seja mantido preso (prejuízo), embora em ambos os casos essas pessoas tivessem praticado a mesma infração e suas condições pessoais, do ponto de vista processual, fossem idênticas. Nesses termos, igualdade e liberdade são bens muito próximos e os ganhos e as perdas decorrentes dessa relação são evidentes.

Sob esse ponto de vista, uma importante premissa a ser observada é a de que para "tratar as pessoas genuinamente como iguais (ou assim possa parecer), devemos nos empenhar em tornar suas vidas igualmente desejáveis para elas ou lhes oferecer meios para fazê-lo" (DWORKIN, 2005, p. 8), ou seja, nessas condições, faz-se imperioso que ao menos essas pessoas sejam tratadas minimamente com as mesmas oportunidades ou lhes sejam atribuídos os mesmos recursos.

Em torno dessa questão, que se orienta quanto ao modo de tornar as pessoas mais iguais na gestão de suas vidas e no aproveitamento de seus direitos, foram formuladas teorias diversas, ressaltando-se entre elas as teorias abstratas da igualdade, segundo a perspectiva de

Dworkin, que partiu da constatação de que são muitas as interpretações sobre as possíveis definições de recursos (2005, p. 5).

Em razão disso, a abordagem quanto à igualdade de tratamento em relação às pessoas e ao exercício do direito ao silêncio será centrada ao máximo em torno dos casos concretos anteriormente analisados. Aliado a isso, é importante considerar que enquanto as pessoas podem se tornar mais iguais em alguns aspectos, podem, igualmente, se tornar mais desiguais em outros aspectos. Nesse sentido, atribuir tratamento igualitário entre elas não é o mesmo que simplesmente tratá-las como iguais (DWORKIN, 2005, p. 3). Em sintonia com essa realidade, Dworkin questionou sobre quais os "direitos à igualdade têm os cidadãos", tendo ele esclarecido que esses direitos podem ser de dois tipos:

O primeiro é o direito a igual tratamento (*equal treatment*), que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo (DWORKIN, 2010, p. 349).

O segundo é o direito ao tratamento como igual (*treatment as equal*), que é o direito, não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa (DWORKIN, 2010, p. 350).

Partindo desse ponto de vista, sustenta-se neste estudo que qualquer teoria que disponha sobre a igualdade de tratamento deveria considerar a possibilidade de que essa igualdade venha ser uniformemente atribuída às pessoas, independentemente da real condição de vida de cada uma, quando se tratar da proteção de seus direitos fundamentais, oportunizando-lhes os recursos e os meios necessários. Essa concepção se sustenta a partir da consideração de que se a norma positivada atribuiu o direito ao silêncio a todos indistintamente e não estabeleceu nenhuma restrição quanto à fruição desse direito, não parece razoável admitir, por exemplo, que tal direito sofra limitações a ponto de alicerçar um sistema cuja efetividade opere efeitos em graus variados e de acordo com as condições pessoais verificáveis individualmente.

A igualdade distributiva, a que Dworkin denominou igualdade de recursos, consiste em tratar as pessoas como iguais, distribuindo-se ou transferindo-se recursos a elas de tal modo que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais, assim considerando a parcela total de recursos de cada uma (2005, p. 5)⁷⁵. Essa distribuição de recursos, como forma de alcançar a igualdade, foi defendida por Dworkin a partir do

⁷⁵ Como espécie de igualdade distributiva há também a igualdade de bem-estar.

estabelecimento de um mercado econômico, que seria uma espécie de instituição política real (2005, p. 80) e teria a atribuição de estabelecer preços para uma variedade de bens e serviços, que formariam o núcleo da igualdade de recursos (2005, p. 81).

A concepção dessa igualdade fundamentou-se na perspectiva dos recursos de que as pessoas necessitariam para atingir seus objetivos pessoais, após fazerem suas escolhas. Nesse passo, isto é, quando munidos dos recursos necessários e após definirem suas escolhas, competirá a cada indivíduo responsabilizar-se pelas consequências decorrentes das escolhas que fizer. De fato, a pretendida igualdade de recursos pressupõe que estes sejam igualmente distribuídos e, a partir desse referencial, cabe ao interessado decidir como deve agir, já sabendo das implicações de suas escolhas:

Na igualdade de recursos, porém, as pessoas decidem que tipo de vida procurar munidas de um conjunto de informações sobre o custo real que suas escolhas impõem a outras pessoas e, conseqüentemente, ao estoque total de recursos que pode ser equitativamente utilizados por elas (DWORKIN, 2005, p. 86).

Convém ressaltar, entretanto, que o critério da igualdade de recursos proposto por Dworkin, senão ideal, ao menos pode ser considerado um parâmetro inicial razoável para o equacionamento de problemas relacionados com o exercício mais efetivo dos direitos fundamentais. Mesmo que sua teoria não seja a mais satisfatória, dependendo do ponto de vista do crítico, ela ao menos oferece um critério muito útil para a construção de caminhos na busca de soluções para as desigualdades, que tanto afetam o exercício dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, não se pode deixar de considerar que no ambiente democrático é sempre muito difícil equacionar as situações mais corriqueiras do trato social, quando não se tem isonomia conceitual, de opiniões e de valores:

A vida em sociedades democráticas é cheia de divergências entre o certo e o errado, entre justiça e injustiça. Algumas pessoas defendem o direito ao aborto, outras o consideram um crime. Algumas acreditam que a justiça requer que o rico seja taxado para ajudar o pobre, enquanto outros acham que não é justo cobrar taxas sobre o dinheiro recebido por alguém como resultado do próprio esforço.

Como, então, podemos raciocinar claramente no disputado terreno da justiça e da injustiça, da igualdade e da desigualdade, dos direitos individuais e do bem comum? (SANDEL, 2014, p. 36-37).

Mas o que há de importante numa teoria geral que trata sobre a distribuição igualitária de recursos, no contexto de um mercado econômico estabelecido, que possa contribuir para a análise da fruição do direito ao silêncio no contexto mais amplo dos direitos

fundamentais? A resposta é simples, assim considerando que, verdadeiramente, o principal eixo de relacionamento do Estado com os indivíduos é justamente o econômico⁷⁶, pois é a partir dele que as pessoas são posicionadas na sociedade e é justamente em razão da maior ou da menor capacidade econômica de que desfrutam, que elas passam a ser consideradas ou desconsideradas, como detentoras ou não de direitos. O perfil social e econômico das pessoas e também a capacidade que possam ter de influenciar o meio político, deslocam-nas do marco mínimo de efetividade de seus direitos para um marco mais elevado de fruição desses mesmos direitos. Então, a igualdade de recursos, além de estar relacionada com a capacidade de as pessoas participarem do mercado econômico, é também a chave que lhes abre ou fecha as portas para a satisfação de seus direitos mais sensíveis.

À luz dessa realidade, permeada por desnivelamentos sociais, é intuitivo que, se a fruição dos direitos pelas pessoas economicamente desfavorecidas é por demais limitada, tanto mais limitada será quanto à fruição de seus direitos não patrimoniais vinculados ao *status* da liberdade:

[...] o Estado brasileiro tem sido incapaz de responder por sua responsabilidade social na promoção de direitos sociais, o que fere frontalmente a autonomia e os direitos dos cidadãos brasileiros legalmente reconhecidos na Constituição de 1988. Ao contrário, distribui privilégios e políticas assistenciais tênues, inconsistentes e ineficientes quanto à garantia de níveis civilizados de bem-estar social (SILVA, 2012, p. 38-39).

Aliado a isso, tem-se que as relações internas e externas com o Poder também estão associadas com a questão da distribuição dos recursos, de modo que se pode identificar no grupo social mais afastado do Poder a precariedade de acesso a seus direitos, não apenas os patrimoniais, mas também e especialmente de seus direitos fundamentais diretamente associados com o *status* da liberdade. Nessa lógica, a distribuição de bens e serviços é algo que funciona como meio de troca (barganha política), passando a exigir contrapartidas, com o objetivo de sustentar o próprio Poder e, em torno dessa ideia, cresce a massa dos excluídos do ponto de vista social e econômico, enquanto se mantém o Poder em torno da minoria que o controla:

⁷⁶ Nesse tipo de relacionamento, o Estado figura como instituidor de tributos e o indivíduo como contribuinte.

As posições institucionais têm sido valorizadas, entre outros aspectos, pelas possibilidades que criam para seus ocupantes – devido ao domínio das regras e códigos de funcionamento das instituições, o acesso a recursos e a espaços de decisão e o conhecimento de pessoas – de ampliarem a extensão e a natureza dos favores concedidos. A concessão de bens e serviços sob a forma de favor tem sido uma estratégia conscientemente utilizada por representantes políticos com o objetivo de acumular um capital de relações pessoais a partir do estabelecimento de dívidas pessoais (BEZERRA, 2013, p. 288-289).

Dito isso, e seguindo na mesma linha argumentativa de Dworkin, é importante destacar a maneira como ele correlacionou a igualdade de recursos ao direito à liberdade: "Segundo a igualdade de recursos, os direitos à liberdade que consideramos fundamentais são uma parte ou um aspecto da igualdade distributiva, e estão, portanto, automaticamente protegidos sempre que se alcança a igualdade" (DWORKIN, 2005, p. 177).

Para se ter um segundo parâmetro quanto à relação que une a igualdade à liberdade, estas podem ser tratadas como um centro de convergências, de onde surgem e para onde concorrem os demais direitos fundamentais:

Com o direito à liberdade e o à igualdade está fundamentado o núcleo dos direitos fundamentais. Todos os outros direitos fundamentais são ou casos especiais de ambos esses direitos ou meios necessários para a produção e asseguramento de uma medida suficiente de liberdade e igualdade fática (ALEXY, 2007, p. 34).

Infere-se, com isso, que na mesma proporção que se eleva a igualdade também se eleva a liberdade, como consequência da igualdade mediante o aporte de recursos, em favor daqueles que têm pouco ou nada. Apesar disso, Dworkin ainda considerou que a liberdade não está subordinada à igualdade, mas que estas, conjuntamente, são expressões mútuas de um ideal humanista (2005, p. 178). A partir desse ponto de vista, deduziu que as pessoas estariam mais unidas em torno da aceitação do princípio igualitário abstrato, admitido no sentido de que: "o governo deve agir para tornar melhor a vida daqueles a quem governa e deve demonstrar igual consideração pela vida de todos" (2005, p. 169). Nesse aspecto, a igualdade de recursos revela, em especial, a importância da liberdade, guardando com ela um vínculo teoricamente harmonioso: "A igualdade de recursos oferece uma explicação mais convincente de nossas convicções intuitivas sobre a importância da liberdade do que qualquer teoria segundo a qual liberdade e igualdade são virtudes independentes e, às vezes, conflituosas" (DWORKIN, 2005, p. 161).

Nessa vertente, Dworkin defendeu mais abertamente que "se aceitarmos a igualdade de recursos como a melhor concepção de igualdade distributiva, a liberdade se

torna um aspecto da igualdade, em vez de um ideal político independente possivelmente em conflito com ela, como se costuma pensar" (DWORKIN, 2005, p. 158).

Mas há outro lado do problema associado à igualdade, que se refere ao enfoque materialista sobre a organização do Estado, uma vez que inevitavelmente a desigualdade de recursos conduz a desigualdades sociais em níveis bastante extremados. O enfoque materialista do Estado é um tema intrigante, uma vez que produz efeitos diretos, especialmente incidentes sobre os direitos fundamentais. Desse modo, as desigualdades e o desrespeito aos direitos fundamentais passam a ter um ponto comum de ligação (um elo): a forma capitalista do Estado:

A representação sobre os direitos humanos básicos, gerais e iguais formou-se com o surgimento dos Estados nacionais modernos, com a instauração do capitalismo e por meio das lutas ligadas a ele, e dissolve-se com ele. Os direitos humanos são sempre, no máximo, eficazes enquanto direitos do cidadão. E essa cidadania baseia-se principalmente em múltiplas discriminações e exclusões: a separação entre "público" e "privado", a fundamentação de uma desigual relação de gênero ligada a ela, a exclusão do "estrangeiro" dentro e fora das fronteiras nacionais, e a *desigualdade de oportunidades e de direitos sociais* (HIRSCH, 2010, p. 86, grifo nosso).

Percebe-se, então, que o cidadão, detentor de direitos, passa a ser tratado em termos desiguais em relação ao não-cidadão (o bandido), cujos direitos, embora declarados, não são respeitados. Conseqüentemente, a busca pela satisfação da igualdade de recursos, de modo a favorecer a efetividade dos direitos do "bandido", ligados à preservação de sua liberdade, parece ser uma proposta necessária e inadiável, considerando-se o quadro de desigualdades sociais tão extremadas como as que são identificadas no âmbito de fruição dos direitos fundamentais.

Apesar disso, é perceptível na realidade brasileira a predominância de um modelo de exclusão do acesso das pessoas a seus direitos, em níveis diferenciados entre cidadãos e bandidos e, em linhas gerais, isso ocorre de forma bastante clara no curso dos procedimentos persecutórios, o que até esse ponto foi por demais enfatizado. Exemplo dessa realidade foi constatada na investigação denominada "CPMI do Cachoeira"⁷⁷, na qual o principal investigado, Carlos Augusto, teve a possibilidade de exercer o direito ao silêncio, não por ato de ofício ou de benevolência da CPMI, mas antes porque a toda evidência ele já contava com os recursos e os meios necessários para exercer o referido direito, ainda que isso não coincidissem com os interesses dos integrantes da Comissão, que pretendiam que ele

⁷⁷ Cf. Unidade 4, Tópico 4.2.

respondesse a todos os questionamentos que lhe fossem dirigidos. Aliado a isso, e também guardando estreita relação com a posse de recursos e meios disponíveis, Carlos Augusto também pôde apresentar-se à Comissão, quando convocado, devidamente acompanhado de advogado por ele mesmo constituído, bem como de sua companheira e, embora estivesse preso e mantido sob escolta de servidores policiais, não foi submetido ao constrangimento de usar algemas. Durante a reunião da CPMI, Carlos Augusto não foi obrigado a se submeter ao constrangimento de prestar declarações à Imprensa, de forma compulsória, como geralmente aconteceria em outras circunstâncias, acaso estivessem envolvidas pessoas social e economicamente desfavorecidas.

Mas, realidade diametralmente oposta, foi vivenciada por Walter Dias⁷⁸, no momento que foi preso em flagrante delito e sumariamente entregue pelos servidores policiais a um repórter de emissora de TV local, mantido algemado no interior da viatura policial, sem o prévio acesso a um advogado ou defensor, onde foi interrogado sobre as circunstâncias dos crimes que lhe foram atribuídos.

Além disso, Walter Dias não foi informado quanto a seus direitos e não foi esclarecido quanto às consequências de falar e de responder às perguntas feitas pelo repórter ou mesmo pelos servidores policiais responsáveis pela prisão ou pela lavratura do APF. Nesse caso, é notório que a carência dos recursos mínimos necessários para que o preso pudesse usufruir de seus direitos influenciou diretamente os rumos dessa investigação, resultando prejudicado o exercício do direito de permanecer em silêncio, que lhe assistia.

Comparativamente, a situação vivenciada por Walter Dias no Distrito Federal, em 2012, foi idêntica em muitos aspectos àquela então vivenciada por Ernesto Miranda nos Estados Unidos, em 1963. Em ambos os casos, por não serem pessoas dotadas de recursos existenciais mínimos, de esclarecimentos e também da proteção do Estado, eles foram desprovidos do acesso a seus direitos, entre os quais o direito ao silêncio e o de receber a assistência de advogado. Nesse aspecto, fazendo-se uma rápida incursão na seara da Criminologia, percebe-se que ela também identifica prejuízos óbvios para as pessoas socialmente desassistidas:

⁷⁸ Cf. Unidade 4, Tópico 4.3.

Têm sido colocadas em evidência as condições particularmente desfavoráveis em que se encontra, no processo, o acusado proveniente de grupos marginalizados, em face de acusados provenientes de estratos superiores da sociedade. A distância linguística que separa julgadores e julgados, a menor possibilidade de desenvolver um papel ativo no processo e de servir-se de trabalho de advogados prestigiosos, desfavorecem os indivíduos socialmente mais débeis (SCHUMANN; WINTER, 1971 *apud* BARATTA, 2002, p. 177).

Consequentemente, em casos análogos a esses, a igualdade de recursos proposta por Dworkin pode ser a forma de tornar legítimo o governo que "demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio" (2005, p. IX), assim como o meio emancipatório do indivíduo ante as possíveis, mas às vezes imprevisíveis, investidas do Estado, que violem seus direitos e neguem sua dignidade, de maneira ostensivamente afrontosa a um dos fundamentos do Estado brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

Em acréscimo a esse entendimento, ao se analisar a igualdade perante a lei no direito constitucional norte-americano, concluiu-se que a "igualdade jurídica seria o principal entre os muitos instrumentos do direito contemporâneo a assegurar as condições para o gozo efetivo de direitos: de muitos direitos, não apenas um direito específico" (UNGER, 2004, p. 111). Não obstante, ao se aplicar esse entendimento à realidade brasileira percebe-se, de outro modo, que a igualdade formal, já assegurada pela Constituição, não se mostrou suficientemente apta para tornar efetiva a fruição de inúmeros direitos fundamentais, razão pela qual o aporte de recursos niveladores deve ser empregado como mecanismo complementar, de modo a viabilizar o tratamento material igualitário em benefício dos indivíduos mais carentes de recursos.

Coerentemente com essa expectativa, a Constituição previamente buscou assegurar a efetividade do direito ao silêncio com o emprego da fórmula: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos" (CF, art. 5º, LXXIV), o que corresponde ao estabelecimento de um instrumento jurídico de distribuição de recursos, mediante a facilitação de igual oportunidade de defesa em favor das pessoas carentes de recursos materiais.

5.3 Falhas Identificadas na Política Pública de Proteção do Direito do Silêncio

Discorrer sobre as falhas na política de proteção do direito do silêncio, pela via do combate e da prevenção à tortura, não significa criticá-la como simples exercício do discurso ou da liberdade de expressão, mas antes significa e importa na reavaliação do modelo hoje implementado, segundo as ferramentas jurídicas existentes, destinadas à proteção dos titulares desse direito.

Nessa reavaliação é importante ter em consideração o conjunto das ferramentas existentes, que não se limitam apenas às diretrizes normativas positivadas, devendo ser considerado o modelo interpretativo que a Jurisdição tem empregado em relação ao direito ao silêncio e ao espaço onde a defesa se insere ou, ao menos, deveria estar inserida.

Talvez haja espaço para o desenvolvimento crítico em torno de outros fatores que estejam relacionados com essas falhas, mas para melhor sistematização e aproveitamento objetivo do estudo do que é mais importante, serão abordadas topicamente a) as falhas circunstancialmente identificadas no SNPCT, b) no espaço reservado à defesa no âmbito dos procedimentos investigativos policiais e c) na leitura que o STF faz quanto ao exercício desse direito também em relação à fase investigativa policial.

5.3.1 Falha no Sistema Nacional de Proteção e Combate à Tortura

De acordo com as ideias amplamente expostas nas unidades anteriores, o ponto central de convergência da abordagem do direito ao silêncio está relacionado com a prática da tortura por agências específicas do Estado, como meio empregado para a obtenção de provas no curso de procedimentos persecutórios, entre outras finalidades. Em torno desse problema e em razão dele, foi instituído o SNPCT, ao qual foram atribuídas diversas competências, visando a prevenção efetiva e o combate a essa prática tão profundamente arraigada na práxis estatal brasileira.

Esse sistema encontra-se centralizado operacionalmente no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), que conta com a Coordenação-Geral de Combate à Tortura, à qual compete desenvolver as ações de prevenção e de combate a essa prática. O Histórico das Ações⁷⁹ (BRASIL, 2015a) até então empreendidas pela Secretaria de Estado em comento, com pertinência com essa temática, descreve que a tortura foi uma prática que marcou o período da ditadura militar no Brasil, mas que ainda precisa ser erradicada, assim considerando os termos de inúmeros relatórios produzidos por entidades internacionais⁸⁰ e organizações da sociedade civil, que a apontam como prática persistente no Brasil, mesmo considerando a aprovação e a adesão a tratados e convenções internacionais, a edição de leis e a instituição de políticas públicas orientadas para seu enfrentamento, havendo inclusive, entre essas políticas, a de reconhecimento, por exemplo, quanto ao desaparecimento de pessoas no mesmo período da ditadura e as consequentes indenizações que o Estado pagou às famílias das vítimas, assim como a constituição de uma comissão especialmente designada para apurar as graves violações de Direitos Humanos praticadas entre 1964 e 1985, notadamente em relação aos mortos e desaparecidos políticos.

O Histórico também contém registros quanto à constituição da Comissão de Anistia, relacionada com os protagonistas de atividades políticas contrárias ao regime da época e da Comissão da Verdade, instituída com o propósito de investigar as violações de Direitos Humanos verificadas no mesmo período.

A Coordenação-Geral de Combate à Tortura⁸¹ (BRASIL, 2015c), criada em 2005, conta com várias atribuições que vão desde a coordenação de ações articuladas para a prevenção e o combate à tortura, até a capacitação de operadores do sistema de segurança pública. Some-se a isso, que foi desenvolvido um programa específico, o Plano de Ações Integradas para Prevenção e Combate à Tortura (PAIPCT)⁸², em 2006, com o objetivo de qualificar, fortalecer e ampliar as estratégias de prevenção e de combate à tortura no âmbito das unidades da Federação. Uma dessas estratégias consiste na formação de agentes especializados no acompanhamento e na detecção pericial da prática de tortura no âmbito dos

⁷⁹ Link de acesso ao Histórico do Combate à Tortura: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/combates-as-violacoes/historico-do-combate-a-tortura-no-brasil>>.

⁸⁰ Exemplo de entidade internacional é a "Anistia Internacional". Seus relatórios foram citados na Unidade 3, Tópico 3.2.

⁸¹ Link de acesso à Coordenação-Geral de Combate à Tortura: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/combates-as-violacoes/programas/coordenacao-geral-de-combate-a-tortura>>.

⁸² Link de acesso ao PAIPCT: <http://www.dhnet.org.br/dados/pp/a_pdfdht/plano_br_acoes_integradas_prevencao_tortura.pdf>.

governos federal e estaduais e também na esfera da sociedade civil organizada (BRASIL, 2015b).

Não obstante a criação e a implementação dessa Secretaria Especial na estrutura do Estado brasileiro, ainda persiste o fato relativo à ausência de qualquer disposição no sentido de se incluir a assistência da defesa técnica como condição obrigatória de validade dos procedimentos persecutórios e como mecanismo especialmente empregado para a prevenção da tortura. De acordo com esse sistema, e da forma como se encontra estruturado, sua atuação está mais direcionada para o pós-fato, isto é, os momentos após o cometimento da tortura. A política de prevenção contra essa prática deveria ter avançado no sentido indicar as necessárias reformas legislativas, que tornassem obrigatórias a presença e o acompanhamento efetivo e integral da defesa técnica, promovendo a assistência jurídica em favor de presos e investigados, desde o primeiro momento da prisão ou do início da investigação, mesmo quando não formalizada, até o final da ação penal ou enquanto necessária.

Nesse contexto, é importante destacar o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT)⁸³, criado no âmbito da SDH/PR, com atribuições para:

I – acompanhar, avaliar e propor aperfeiçoamentos às ações, aos programas, aos projetos e aos planos de prevenção e combate à tortura e a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes desenvolvidos em âmbito nacional;

II – acompanhar, avaliar e colaborar para o aprimoramento da atuação de órgãos de âmbito nacional, estadual, distrital e municipal cuja função esteja relacionada com suas finalidades;

III – acompanhar a tramitação dos procedimentos de apuração administrativa e judicial, com vistas ao seu cumprimento e celeridade;

IV – acompanhar a tramitação de propostas normativas (Lei n. 12.847/2013, art. 6º) (BRASIL, 2013b).

A rigor, se a assistência jurídica integral ao preso ou ao investigado ocorresse desde o início do procedimento persecutório, assim como ocorre na ação penal, sob pena de nulidade dos atos praticados, muito provavelmente seria minimizada ou até mesmo desnecessária a formação de agentes especializados para o acompanhamento e a detecção

⁸³ O CNPCT, assim como o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e o órgão do Ministério da Justiça responsável pelo sistema penitenciário nacional são órgãos que integram o SNPCT, nos termos da Lei n. 12.847/2013, art. 2º, § 1º.

pericial da prática da tortura. Nesse contexto, a importância da defesa técnica no bojo da ação penal é revelada em inúmeras passagens do vigente CPP, podendo-se destacar as seguintes:

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor (BRASIL, 2008).

Como é de conhecimento geral, a não observância dessas normas acarreta a nulidade do processo: "Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos" (BRASIL, 2008).

Em verdade, para se prevenir a tortura, exercitada no curso de procedimentos investigativos policiais, deve-se mudar o foco, adotando-se medidas realmente eficazes e sem paliativos. A defesa do indivíduo preso deve estar presente e atuar ao lado dele tanto quanto possível desde os primeiros instantes em que ocorrer a privação da liberdade, de modo a lhe assegurar muito mais que a ampla defesa processual, mas antes e principalmente para assegurar-lhe a ampla defesa de sua incolumidade física e mental, em conformidade com as expressas diretivas constitucionais, que não favorecem qualquer interpretação em sentido contrário: "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral"⁸⁴ e "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos"⁸⁵ (BRASIL, 2011).

⁸⁴ CF, art. 5º, XLIX.

⁸⁵ CF, art. 5º, LVI.

5.3.2 Falha no Espaço Reservado à Atuação da Defesa

Essa segunda perspectiva de abordagem de falhas orienta-se no sentido de apontar a disposição normativo-processual tendente a excluir a atuação da defesa, de forma eficiente, dos procedimentos policiais investigativos, em especial quanto ao momento de lavratura do APF, quando tem incidência a privação da liberdade decorrente do estado flagrancial. A respeito disso, verifica-se que a Constituição evidencia ser mais abrangente quanto à tutela em geral das pessoas presas, uma vez que não faz nenhuma ressalva que autorize interpretar qualquer reserva em prejuízo da incolumidade física e mental das pessoas presas e de sua defesa no procedimento investigativo. No entanto, a textualidade de algumas normas processuais penais apontam para o sentido oposto, deixando de conferir ao preso a condição mínima necessária de promoção de sua defesa, especialmente por diferir no tempo a inclusão da defesa técnica, o que reduz ou mesmo compromete integralmente sua proteção pessoal e processual.

Tabela 13 – Detalhamento Comparativo de Normas.

CF de 1988		CPP	
A1	Art. 5º, LXII – A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.	B1	Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.
		B2	Art. 306, § 1º – Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.
		B3	Art. 21. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir. Parágrafo único. A incomunicabilidade, que não excederá de três dias, será decretada por despacho fundamentado do Juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no artigo 89, inciso III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963) ⁸⁶ .

Primeiramente, merece atenção a relação de simetria entre a norma constitucional (A1) e a norma processual (B1) destacadas. Ambas se particularizam exatamente por conterem a expressa determinação de que a prisão e o local sejam imediatamente comunicados ao juiz e à família do preso, bem como ao órgão do MP (B1). Não obstante, elas também se particularizam por não serem efetivas, embora a norma constitucional já conte

⁸⁶ A norma indicada em B3 corresponde, atualmente, à Lei n. 8.906/1994.

com quase três décadas de vigência⁸⁷. De fato, durante todo esse período a norma (A1) em questão não conseguiu alcançar um grau sequer mínimo de efetividade, o mesmo valendo para a norma processual (B1), ainda que esta seja um pouco mais recente. Mas quanto a elas, é importante distinguir entre "comunicação imediata" (A1 e B1) e "comunicação em até 24h" (B2).

Conforme se tem enfatizado sistemática e reiteradamente nesta pesquisa, direitos dessa envergadura (comunicação da prisão ao juiz, à família, ao MP, o de permanecer em silêncio e o de receber a assistência da família e de advogado) são regras básicas protetivas instituídas em nível legislativo mais elevado, que têm como titulares o preso e o investigado (MENDES; BRANCO, 2012, p. 635). São direitos indeclináveis, que emergem do texto constitucional, impondo-se como obrigação a ser cumprida pelo Estado, de modo que seu descumprimento corresponde a uma violação explícita, que por essa razão deve ser sancionada (MENDES; BRANCO, 2012, p. 637).

A rigor, tendo o legislador constituinte conhecido e, em alguns casos, experimentado da violência perpetrada pelo Estado autoritário, que no caso brasileiro foi o que antecedeu à CF de 1988, ele cuidou de inserir no texto constitucional inúmeros comandos dirigidos ao novo Estado, para que assegurasse integralmente a incolumidade das pessoas presas. Sua experiência foi constituída pela (sobre) vivência ao então chamado "Estado de Exceção", que se opunha ao regime das liberdades civis:

Os anos 70 foram os "anos nebulosos", em que nenhum cidadão poderia realmente prever o que lhe poderia acontecer. Alguns profissionais, como advogados, jornalistas e professores, entre outros, não poderiam saber, exatamente, qual o limite da sua liberdade restrita. Um desses profissionais poderia ser processado pela Lei de Segurança Nacional, baseada no decreto-lei 898/69, e entrar em um processo kafkiano, sem retorno, e, em certos casos, sem saber por quê. Afinal, o que houve, depois de Castello, foi o retorno rápido, gradual e inseguro ao estado de exceção (CONTREIRAS, 1998, p. 39).

Com isso, a "comunicação imediata" foi uma dessas medidas definidas como essenciais à proteção do preso, devendo ser realizada imediatamente após o ato de privação da liberdade, para que um juiz possa ter o tempestivo conhecimento dessa circunstância, até mesmo antes da formalização do auto de prisão, nos termos regulados pelo CPP, podendo valorar as circunstâncias e decidir de modo a prontamente intervir em favor da proteção da incolumidade do preso, se necessário. Com esse mesmo sentido e fundamento, a norma exige

⁸⁷ A norma indicada em B1 teve sua redação determinada pela Lei n. 12.403/2011.

também a imediata comunicação aos familiares e ao MP, tudo de forma a somar forças e evitar ou mesmo reduzir o espaço de arbitrariedades regularmente praticas pelo Estado.

Aliado a isso, há um segundo argumento, o qual admite que, embora se tenha o estado flagrancial, não seria em qualquer caso que se imporia, necessariamente, a custódia, reconhecendo-se a possibilidade de manutenção do *status libertatis*:

Nem sempre quem é pilhado em flagrante precisa ser recolhido ao cárcere. Pode ser pessoa com residência fixa, trabalho certo, família regularmente constituída, sem anterior envolvimento criminal. Será colocada na prisão pela simples circunstância do flagrante, não porque o recolhimento seja necessário.

Por isso, o legislador preocupou-se, no texto constitucional (art. 5º, LXII), em que houvesse rápida comunicação ao juiz de direito sobre a prisão em flagrante (FERNANDES, 2007, p. 331).

É importante ter em consideração, na análise desse tema, que os mecanismos de comunicação de prisão, instituídos pela Constituição e também pelo vigente CPP (A1, B1 e B2), têm ainda a finalidade precípua de impedir que o preso se torne incomunicável. Esses mecanismos devem ser respeitados também em razão de sua conjugação com outra norma constitucional especial, que veda a incomunicabilidade do preso ainda que na vigência do Estado de Defesa (CF, art. 136, § 3º, IV), espécie de regime institucional voltado para a defesa do Estado com a possibilidade de restrição de alguns direitos:

[...] o estado de defesa consiste na instauração de uma legalidade extraordinária, por certo tempo, em locais restritos e determinados, mediante decreto do Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, para preservar a ordem pública ou a paz social ameaçados por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidos por calamidades de grandes proporções na natureza (SILVA, 2013, p. 770).

Nesse aspecto, a hipótese normativa que amparava a incomunicabilidade do preso (B3), foi expressamente proscrita pela Constituição, o que revela certo grau de coerência com o novo sistema de garantias dos direitos fundamentais.

Aditivamente, tem-se a necessidade de que, em até 24 horas após a privação da liberdade, o segmento policial responsável pela autuação, isto é, pela formalização do APF, envie-o ao juiz, finalizando com isso o ciclo do mecanismo de controle da legalidade da prisão. Além disso, nos exatos termos da norma contida no art. 306, § 1º, do CPP, uma cópia do APF também deverá ser encaminhada à Defensoria Pública, caso o preso não tenha declinado o nome de seu advogado.

Percebe-se, nesse caso, certo grau de inconsistência dessa norma processual quanto a esse aspecto específico do procedimento, isto é, a comunicação *a posteriori* da prisão à defesa, o que demonstra haver preocupação apenas formal com o trato dos interesses diretamente vinculados com as garantias dos presos. Assim, para melhor apreciar essa questão, algumas hipóteses quanto às circunstâncias da prisão devem ser enfrentadas.

Admitindo-se, como primeira hipótese (H1), que o preso tenha advogado e forneça o nome desse profissional e os meios para contatá-lo, pergunta-se como a autoridade policial deverá proceder. Um caminho a ser seguido é o de que a autoridade deverá manter contato com o profissional indicado e somente proceder à lavratura do APF com presença garantida dele; outra possibilidade é a autoridade manter o contato com o advogado, mas, independentemente do comparecimento dele, proceder à lavratura do APF.

Como segunda hipótese (H2), pode o preso simplesmente informar não ter advogado, ou ter, mas não dispor de meios para localizá-lo, ou simplesmente não dispor de recursos para contratar um. Nesse caso, parece que o que resta é a autoridade policial proceder à lavratura do APF e demais atos policiais e somente ao final, em até 24 horas, encaminhar cópia do procedimento à Defensoria Pública.

Não obstante, o fato a ser considerado é que numa hipótese ou noutra (H1 ou H2), a norma processual em questão não vincula em nada a lavratura do APF à presença física de advogado ou de representante da Defensoria Pública. A literalidade da norma é clara quanto a não exigibilidade da presença da defesa técnica, não obstante seja peremptória quanto ao prazo fixado e definido, de até 24 horas, para que as comunicações da prisão sejam expedidas e entregues ao juiz, ao MP e também à Defensoria Pública. Apesar disso, não comina sanção alguma para o caso de desatendimento dessas garantias, seja quanto ao prazo para a comunicação, seja quanto à omissão em se proceder às comunicações compulsórias.

Segundo esse enfoque, não se pode olvidar que tanto a "comunicação imediata" quanto a "comunicação em até 24 horas" são normas estabelecidas no contexto do controle de atos da administração policial, no exercício de atividades limitadoras do *status libertatis*, que podem repercutir gravemente em prejuízo da defesa à integridade física, mental e processual da pessoa privada da liberdade em flagrante delito ou que de algum outro modo estiver sendo investigada.

No entanto, em que pese a necessidade de pronta atuação da defesa técnica, percebe-se com clareza que esta foi sutilmente excluída do processo de proteção do indivíduo no âmbito policial, nas hipóteses em que tem incidência o poder de privação da liberdade. Conseqüentemente, a realidade que circunda a prisão em flagrante reflete-se negativamente na manutenção e na elevação da tortura como prática regular, realidade essa que foi detectada e relatada pela Comissão Nacional da Verdade⁸⁸, em estudo pormenorizado realizado em torno dessa matéria:

A CNV, ao examinar o cenário de graves violações de direitos humanos correspondente ao período por ela investigado, pôde constatar que ele persiste nos dias atuais. Embora não ocorra mais em um contexto de repressão política – como ocorreu na ditadura militar –, a prática de detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e mesmo ocultação de cadáveres não é estranha à realidade brasileira contemporânea. Relativamente à atuação dos órgãos de segurança pública, multiplicaram-se, por exemplo, as denúncias de tortura, o que levou à recente aprovação da Lei nº 12.847/2013, destinada justamente à implementação de medidas para prevenção e combate a esse tipo de crime. É entendimento da CNV que esse quadro resulta em grande parte do fato de que o cometimento de graves violações de direitos humanos verificado no passado não foi adequadamente denunciado, nem seus autores responsabilizados, criando-se as condições para sua perpetuação (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p. 964).

Em decorrência de toda a problemática que envolve o respeito integral às normas garantidoras dos direitos dos presos, foi lançada uma nova proposta pelo CNJ e Ministério da Justiça, produzida especificamente para garantir que os presos em flagrante delito sejam conduzidos e apresentados a um juiz em até 24 horas (A1 e B2).

Trata-se do "Projeto Audiência de Custódia", concebido de modo a se fazer a análise prévia quanto ao cabimento e à necessidade de se manter a prisão decorrente de flagrante delito (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015). Recentemente, o referido projeto foi implementado em algumas poucas unidades da Federação (Maranhão, São Paulo e Espírito Santo)⁸⁹, de modo que ainda não se tem dados objetivos que permitam aferir quanto

⁸⁸ A Comissão Nacional da Verdade foi instituída pela Lei n. 12.528/2011, tendo sido instalada no ano de 2012. Teve como objetivo examinar e esclarecer o quadro de graves violações de direitos humanos praticadas entre os anos de 1946 a 1988, buscando efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional. Suas ações visaram ao fortalecimento das instituições democráticas.

⁸⁹ Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/50f5cfd7ed336c8c924f416df1462b6f.pdf>>.

aos possíveis ganhos em favor dos presos, notadamente quanto à efetividade de seus direitos, incluindo-se o próprio direito ao silêncio⁹⁰.

Em nível de comparação com o procedimento adotado no exterior, que tomou rumo diverso do brasileiro, tem-se o exemplo que vem da Argentina, cuja especial qualidade e contribuição reside na circunstância de se ter garantido o acompanhamento de um defensor, nos casos de flagrante delito, com a função precípua de acompanhar o investigado. Nesse aspecto, Lucía Eilbaum descreveu parte de um trabalho de campo que desenvolveu junto ao Departamento Judicial de Buenos Aires, onde têm atuação as promotorias criminais⁹¹ daquela Capital:

Quando, na promotoria, se tinham "motivos bastantes para suspeitar que uma pessoa tinha participado do cometimento de um crime", era, formalmente, o momento de citá-la para o depoimento correspondente ao artigo 308 do Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires (CPP/PBA). Estas citações aconteciam durante o turno, nos flagrantes, mas também podiam acontecer em qualquer outro momento em que a investigação realizada levasse a suspeitar de uma pessoa como autora de um crime.

A citação para o 308 era comunicada previamente ao defensor, fosse este advogado particular ou defensor oficial. Aquele era o momento em que se imputava um certo crime a uma pessoa e, portanto, estava estabelecida a obrigação de que ela tivesse a oportunidade de se reunir com seu defensor para ser assessorada sobre o depoimento. Essa reunião era chamada *entrevista prévia*.

Na quase totalidade dos casos que acompanhei, os defensores aconselhavam seus *defendidos* ou *pupilos* a fazer uso de seu direito ao *não depor* [...]

⁹⁰ Link de acesso disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62389-cnj-tj-sp-e-ministerio-da-justica-lancam-projeto-audiencia-de-custodia>>.

Em torno desse assunto, está em curso no Senado Federal o PLS n. 554/2011, que tem por objetivo fixar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após ser efetivada a prisão e com o propósito de lhe resguardar a integridade física e psíquica. O projeto inicialmente apresentado modificava apenas a redação do art. 306, § 1º, do CPP, para estabelecer que a apresentação do preso ocorrerá em até 24 horas e que uma cópia do respectivo APF deverá ser encaminhada à Defensoria Pública, acaso o preso não indique o nome de seu advogado. Entretanto, o projeto em questão recebeu emendas, com as quais se pretende fazer uma reforma mais ampla quanto ao conteúdo do mencionado art. 306 do CPP.

Com efeito, e sem a pretensão de formular juízos críticos antecipadamente, o referido projeto, em razão de suas finalidades, tem uma proposta dirigida para os momentos posteriores ao da privação da liberdade e da lavratura do APF. Não se tem até então nenhuma diretriz específica que contribua para a participação efetiva da defesa técnica, desde o momento em que ocorra a privação da liberdade e nos momentos subsequentes a esta.

⁹¹ As Promotorias Criminais, conhecidas como UFIs, são unidades encarregadas da condução da investigação dos crimes que acontecem na área geográfica do departamento judicial correspondente. Isto é, quando se toma conhecimento da ocorrência de um crime, os promotores responsáveis e seus funcionários devem, com o auxílio da polícia, investigar o que aconteceu e, assim, identificar o possível autor. Esse estudo e esclarecimentos foram prestados por Lucía Eilbaum, doutora em Antropologia pelo Programa de Pós-graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense. Atua como pesquisadora do Núcleo Fluminense de Estudos e Pesquisas (UFF), desenvolvendo estudos nos seguintes temas: polícia, justiça, produção da verdade e administração de conflitos.

Percebi então que a decisão de não depor era uma prática muito comum, esperada e naturalizada entre os funcionários das promotorias e também das defensorias [...]

Assim, o ato do depoimento do 308 consistia na tomada de dados pessoais do imputado – entre eles, se tinha antecedentes criminais ou processos anteriores – e na leitura dos fatos que lhe eram imputados.

Aconteceu, em alguns casos, que, havendo formalizado sua negação a depor, o imputado começasse a falar sobre os fatos. Algumas vezes, sendo eles mesmos conscientes de que esses ditos não *deviam* ser registrados formalmente, nem poderiam ser usados contra eles. Assim, manifestavam-se *extraoficialmente*, a modo de confissão com o funcionário da promotoria. Outras vezes não pareciam muito conscientes da situação, e em alguns desses casos observei o funcionário da promotoria explicar a situação e solicitar que não comentasse nada com ele, ao menos sem a presença do defensor [...]

Na maioria das vezes em que o imputado *falava extraoficialmente*, seu relato era ouvido, mas não registrado (EILBAUM, 2010, p. 172-173, grifo da autora)⁹².

5.3.3 Falha na Interpretação que o Supremo Tribunal Federal faz quanto ao Direito à Ampla Defesa nos Procedimentos Policiais

A terceira e última falha que merece destaque é a que se identifica na interpretação que o STF faz quanto ao cabimento da ampla defesa nos procedimentos policiais⁹³. Essa interpretação interfere diretamente na satisfação e efetividade do direito ao silêncio.

⁹² O mencionado *art. 308 do Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires* tem a seguinte redação: Artículo 308. Existiendo elementos suficientes o indicios vehementes de la perpetración de un delito y motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en su comisión, el Fiscal procederá a recibirle declaración, previa notificación al Defensor bajo sanción de nulidad. Si lo solicitare motivadamente el imputado, podrá declarar ante la presencia del Juez de Garantías. Ningún interrogatorio del imputado podrá ser tomado en consideración cuando su abogado defensor no haya podido asesorarle sobre si le conviene declarar, o advertirle sobre el significado inculpatório de sus manifestaciones.

Cuando el imputado se encuentre aprehendido o detenido, el acto deberá cumplirse inmediatamente o a más tardar dentro de las veinticuatro (24) horas desde el momento en que se produjo la restricción de la libertad. Este plazo podrá prorrogarse por otro igual cuando el Fiscal no hubiese podido recibirle declaración o cuando lo solicitare el imputado para proponer defensor.

Aun cuando no existiere el estado de sospecha a que se refiere el párrafo anterior, el Fiscal podrá citar al imputado al solo efecto de prestar declaración informativa. En tal caso, dicho llamamiento no implicará procesamiento, pero el imputado y el letrado asistente tendrán todas las garantías, derechos y deberes correspondientes al imputado y defensor.

Las declaraciones se producirán en la sede de la Fiscalía, salvo que las circunstancias requieran el traslado del Fiscal a otro sitio para recibirla. Disponível em: <<http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/C%C3%B3digo%20Procesal%20Penal%20de%20la%20Prov%20de%20Bs%20As.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

⁹³ Sobre a abordagem entre o Direito ao Silêncio e a Jurisdição, cf. Unidade 4, Tópico 4.4.

A propósito disso, lembre-se que, nos termos do HC 90.232-4 AM, a Primeira Turma do STF sedimentou o entendimento quanto à inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa no inquérito, ao argumento de que tal procedimento não era processo e não estava destinado a resolver litígio algum, não obstante tivesse reconhecido o direito ao indiciado de receber assistência de advogado, de não se incriminar e de se manter em silêncio (BRASIL, 2007). Igual entendimento foi invocado no HC 87.827-0 RJ (2006), no HC 82.354-8 PR (2004) e no HC 69.372-5 SP (1993). Some-se a estes o entendimento firmado também pela Primeira Turma do STF, no RE 136.239-1 SP, que considerou que "a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo" (BRASIL, 1992).

Consequentemente, esse entendimento, além de minimizar as possibilidades de atuação integral da defesa técnica no bojo do inquérito policial ou nos APFs, retira o sentido do direito à ampla defesa que a Constituição atribuiu a todos os litigantes em processo judicial, administrativo e aos acusados em geral (CF, art. 5º, LV). A literalidade da norma em questão evidencia a plenitude da maior proteção que a Constituição atribuiu ao indivíduo ao reconhecer a existência de uma categoria de litigantes em sentido amplo, comportando desdobramentos.

Tabela 14 – Detalhamento da Garantia da Ampla Defesa.

GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA		
Litigantes em processo judicial.	Contraditório e Ampla Defesa	Todos os meios. Todos os recursos.
Litigantes em processo administrativo.		
Acusados em geral.		

Por certo, as pessoas presas e os investigados em procedimentos policiais não são acusados apenas por não haver contra eles acusação formal, decorrente do oferecimento de denúncia por um representante do MP e do recebimento desta pelo Poder Judiciário. Mas, logicamente, reconhecendo-se a natureza administrativa dos procedimentos policiais, não se pode recusar que os presos em flagrante delito e demais investigados são litigantes em processo administrativo:

[...] quando o examinado regramento constitucional alude a "acusados em geral", ostenta o clarificado, coerente e (porque não dizer?) louvável escopo de alargar a abrangência da dicção, de sorte a compreender qualquer espécie de acusação, inclusive a ainda não formalmente concretizada (TUCCI, 2011, p. 298-299).

Verdadeiramente, eles são litigantes porque, ainda que não exista acusação formalizada, o Estado-polícia atribuiu ao preso ou ao investigado a responsabilidade pela prática de alguma infração penal, restringindo, em razão disso, sua liberdade e até seu direito de manter livre contato com o mundo exterior ao do ambiente policial. Nesse momento, há evidente conflito entre o direito à liberdade, por um lado, e o poder-dever de a administração policial esclarecer as infrações penais, do ponto de vista da materialidade e da autoria. A rigor, no momento da prisão e enquanto perdurarem seus efeitos, haverá conflitos que afetam sobremaneira a dignidade da pessoa humana, o que exige maior rigor na defesa desses mesmos direitos, sob pena de que a tortura e a aplicação de outros constrangimentos físicos e psíquicos, desaparecimentos forçados e até a aniquilação de provas úteis aos interesses da defesa do preso, permaneçam como uma realidade sempre presente e regular na prática policial brasileira, mantendo-se o País como referência recorrente nos relatórios das entidades de âmbito internacional, que monitoram as práticas de violência pelas respectivas agências policiais. Ao lado disso, advoga-se que a paridade de armas tão defendida em torno da ação penal, seja realidade concreta inclusive na fase inquisitorial:

[...] a preocupação do legislador constituinte em proporcionar ao investigado e ao indiciado, além do conforto afetivo da família, quando preso, uma assistência técnica, por profissional legalmente habilitado, a fim de que, desde logo, a partir da instauração do inquérito a respeito de fato penalmente relevante, cuja autoria lhe esteja sendo imputada, haja o necessário equilíbrio entre a atuação dos encarregados da autotutela do interesse punitivo do Estado e a sua situação procedimental (TUCCI, 2011, p. 144).

Tratar de modo diverso essa questão, reputando-se à ampla defesa a qualidade de elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo e deixando de reconhecê-la como essencial no sentido de que sua aplicação ocorra também no procedimento policial, onde seguramente ela teria melhores condições de repercutir em favor não apenas da produção da defesa do preso ou do investigado no sentido processual, mas especialmente para lhe assegurar a ampla defesa de sua integridade física e mental, representa um retrocesso ao estágio anterior ao atual Estado brasileiro. A nova realidade introduzida pela CF de 1988 foi no sentido de se ter uma verdadeira "institucionalização da paridade de armas" de forma ampla e sem restrições:

Assim é que, nos incs. XLIX, LXI, LXII, LXIII, LXIV e LXXIV do art. 5º, num conjunto de preceituações assecuratórias dos direitos fundamentais do ser humano enredado numa investigação criminal, são impostos o respeito à sua integridade física e moral e a responsabilidade por qualquer abuso contra ele cometido, quando da prisão, ou do interrogatório policial (incs. XLIX e LXIV); bem como especificados os direitos à liberdade de locomoção, salvo em caso de prisão legalmente definida, cuja comunicação "ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada" deve ser feita de imediato (incs. LXI e LXII); e à assistência da família e de advogado (para prontos-socorros, conforto e orientação jurídica, inclusive quanto ao direito "de permanecer calado"), que, se for o caso, deverá prestar-lhe "assistência jurídica integral e gratuita" (incs. LXIII e LXXIV) (TUCCI, 2011, p. 142).

Nesse aspecto, resumida e conclusivamente, a forma mais coerente de se interpretar o princípio constitucional da ampla defesa, para dar-lhe a exata dimensão e o alcance que o legislador constituinte buscou conferir-lhe, passa pelo entendimento e compreensão que:

[...] imprescindíveis afiguram-se a concessão ao preso, ao investigado, ou ao indiciado, ao pórtico da *persecutio criminis*, do conforto afetivo da família e da *assistência técnica* efetiva de advogado legalmente habilitado, a fim de que, devida e prontamente assegurados seus direitos constitucionais, possa desde logo defender-se concreta e amplamente da imputação que lhe é feita (TUCCI, 2011, p. 152).

Diante dessa realidade, no âmbito da teoria da interpretação das normas constitucionais, emerge o entendimento segundo o qual "a uma regra constitucional não se deve atribuir um significado que torne essa regra inconsistente com o sistema ou incoerente com um princípio constitucional" (BASTOS, 2014, p. 129). De acordo com esse entendimento, pode-se considerar que no atual estágio do Constitucionalismo no Brasil, o tratamento dispensado ao princípio da ampla defesa, considerado sob a perspectiva de sua não aplicabilidade na seara dos atos policiais, em confronto e em desarmonia com o direito ao silêncio, denuncia a incoerência interna do sistema no qual se encontra inserido, que pretende se afirmar em torno da dignidade da pessoa humana, como diretriz fundamental do próprio Estado. Logicamente, na mesma proporção que se ampliar o nível de proteção ao indivíduo preso ou investigado, com o reconhecimento da garantia que lhe assiste à ampla defesa, integral e incondicional, tanto mais efetivo será o seu direito de permanecer em silêncio e, nessa mesma medida, tanto menos será oportunizada a prática da tortura.

5.4 A Necessária Intervenção da Defesa Técnica para Assegurar o Livre Exercício do Direito ao Silêncio

Talvez este tópico devesse ser intitulado "Defesa ao Direito de Defesa", pela razão única de que, se há prejuízos reais para as pessoas socialmente desfavorecidas e que se vêm envolvidas em algum procedimento persecutório-penal, isso acontece em decorrência da forma sistematizada como se compreende o exercício da defesa técnica que, em regra, apenas formalmente participa desses procedimentos, mas sem atuação tempestiva e eficaz no momento da produção das provas, na orientação jurídica adequada e na prevenção a ataques à incolumidade física e mental dos assistidos.

Exemplo que particulariza essa situação restou definida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com a simples remessa de cópia do APF à Defensoria Pública em até 24 (vinte e quatro) horas, após a efetivação da prisão, enquanto a Constituição assegura que o preso tem o direito de receber a assistência imediata da família e de advogado. Nesse ponto, não importa que a assistência seja prestada por advogado ou por defensor público, desde que sejam resguardados todos os direitos constitucionalmente assegurados às pessoas em geral e aos presos especificamente.

O que importa, no mais, é que a defesa técnica seja exercida a tempo e modo, de forma a não se terem frustrados ou ignorados esses direitos. Consequentemente, a posição da defesa diante dos procedimentos pré-processuais, de natureza inquisitorial, deveria ocorrer de forma mais consistente, presente e pró-ativa, especialmente quanto ao momento da lavratura dos APFs, com atuação direta nesses procedimentos, sem se ter de aguardar o encaminhamento de uma simples comunicação somente após a efetivação da prisão e da respectiva formalização.

Para que se alcance a efetividade satisfatória dos direitos relacionados com a liberdade individual, como o de permanecer calado, estes "devem ser informados ao preso, ao investigado e ao indiciado, no momento da prisão ou do interrogatório, pela autoridade encarregada da investigação criminal" (TUCCI, 2011, p. 317) e rigorosamente cumpridos. Desse modo, afigura-se extremamente desarrazoado que se tenha de deixar ao crivo discricionário de autoridade não judicial decidir sobre se e quais testemunhas serão ouvidas,

se e quais provas serão diligenciadas e, quanto a estas, se serão ou não deferidas as que forem requeridas pelo preso, na forma do art. 14 do CPP, ainda mais considerando que nessa fase procedimental inexistem qualquer mecanismo eficaz de controle contra eventuais arbitrariedades e práticas abusivas.

Nessa linha de entendimento, a doutrina certamente avançou mais que a jurisprudência, pois com razão fundamenta que a consequência quanto ao desrespeito ao direito de permanecer calado e demais direitos que lhe são afins deveria gerar a nulidade do APF e dos demais atos derivados, além da responsabilização pelo abuso exercido (TUCCI, 2011, p. 317-318).

Em acréscimo e com amparo nos requisitos preconizados pela Justiça norte-americana, derivados do caso *Miranda v. Arizona*, a doutrina brasileira cuidou de elaborar os requisitos de legalidade a serem observados, adaptando-os, então, à realidade pátria⁹⁴:

- a) informação ao preso, ao investigado, ou ao indiciado, de seu direito de permanecer calado;
- b) esclarecimento, concomitante, do direito à assistência técnica, por advogado legalmente habilitado, que participe, efetivamente, do interrogatório, cuja realização fica condicionada à sua presença e atuação;
- c) permissão de comunicação, prévia à efetuação do interrogatório ou de qualquer outro ato procedimental, entre o imputado e o advogado;
- d) possibilitação de que essa concreta assistência técnica seja prestada por um defensor público, se o preso ou indiciado não tiver meios para constituição de advogado, ou, tendo-os, não se dispuser a efetivá-la;
- e) atuação real, e não simbólica, do defensor público, sem o que o imputado deveria ser considerado indefeso;
- f) explicitação, e correlata demonstração, de efetiva indiferença do preso, investigado, ou indiciado ante tais esclarecimentos, para que se possa considerar renúncia aos direitos em referência⁹⁵; e,
- g) descon sideração de qualquer evidência dos fatos atribuídos ao imputado, à falta de concorrência de qualquer um desses requisitos (TUCCI, 2011, p. 318-319).

⁹⁴ Observar que os requisitos de legalidade relacionados por Tucci, com amparo na Constituição brasileira, são equivalentes àqueles informados pela Justiça norte-americana a partir da interpretação sistemática de Emendas à Constituição dos Estados Unidos.

⁹⁵ Talvez, nesse ponto, fosse conveniente adotar o critério da irrenunciabilidade desses direitos.

Como se percebe, os requisitos relacionados têm como principal sustentáculo a premissa de que a defesa técnica seja efetiva, real, concreta e presente, em oposição à defesa meramente formal, que se conforma em apenas ser comunicada quanto à prisão horas ou até dias após a consumação desta.

De acordo com o entendimento que tem evoluído, a assistência prestada pela defesa técnica, a cargo de advogado constituído, nomeado ou da Defensoria Pública, deve ser efetiva, compreendendo-se que "não basta que uma pessoa conte com o assessoramento jurídico; esse assessoramento deve ser efetivo"⁹⁶ (CARRIO, 1994, p. 359, tradução nossa). Para além disso, e conforme anteriormente mencionado, a atuação concreta da defesa técnica consubstancia medida de garantia de paridade de armas:

Trata-se, por certo, de garantia que, assecuratória de efetiva paridade de armas entre as partes, adquire maior transcendência e importância no âmbito do processo penal, sendo objeto, inclusive, de regras de caráter universal, inseridas nos textos internacionais sobre direitos humanos e infraconstitucionais (TUCCI, 2011, p. 93).

Diante da importância que se revela em torno da atuação da defesa, e considerando que o Brasil figura sistematicamente nos relatórios das entidades internacionais que acompanham a evolução da violência policial praticada quase que de forma institucionalizada, afigura-se mais que um direito a exigência de que a defesa técnica seja pró-ativa e que sua intervenção seja condição de validade dos atos praticados em sede policial, passíveis de nulidade:

Ora, a assistência de advogado, não só ao preso, como ao indiciado, durante o desenrolar da *informatio delicti*, não significa assistência passiva, de mero espectador dos atos praticados pela autoridade policial e seus agentes, mas, sim, assistência técnica, na acepção jurídica do termo, qual seja a de atuação profissional de advogado (TUCCI, 2011, p. 96-97).

Conforme já se tem insistentemente afirmado, a "defesa técnica, para ser ampla como exige o texto constitucional, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva" (FERNANDES, 2007, p. 295), o que resumidamente compreende-se como:

⁹⁶ No basta con que una persona cuente con asesoramiento legal; ese asesoramiento debe ser efectivo.

Tabela 15 – Detalhamento das Características da Defesa Técnica.

CARACTERÍSTICAS DA DEFESA TÉCNICA	
Necessária	Não se pode imaginar defesa ampla sem defesa técnica, essencial para se garantir a paridade de armas. De um lado, tem-se, em regra, o Ministério Público composto de membros altamente qualificados e que conta, para auxiliá-lo, com a Polícia Judiciária, especializada na investigação criminal. Deve, assim, na outra face da relação processual, estar o acusado amparado também por profissional habilitado (FERNANDES, 2007, p. 295).
Indeclinável	O direito de defesa é ao mesmo tempo garantia da própria justiça, havendo interesse público em que todos os acusados sejam defendidos, pois só assim será assegurado efetivo contraditório, sem o qual não se pode atingir uma solução justa (FERNANDES, 2007, p. 297).
Plena	A defesa deve estar assegurada desde a fase policial. Se a participação da defesa é ponto incontroverso, a dificuldade está em delimitar o âmbito de participação, não nos parecendo que se trata de participação em contraditório, mas a que proporciona ao advogado o direito à ampla ciência das atividades de investigação desenvolvidas, podendo efetuar requerimentos e usar de todos os mecanismos do sistema em favor do investigado (FERNANDES, 2007, p. 298).
Efetiva	O fato de ter o réu defensor constituído, ou de ter sido nomeado advogado para sua defesa, não é suficiente. É preciso que se perceba, no processo, atividade efetiva do advogado no sentido de assistir o acusado (FERNANDES, 2007, p. 299).

5.5 Propostas para se Alcançar o Maior Grau de Efetividade do Direito ao Silêncio

De acordo com a doutrina, os direitos fundamentais podem se situar em dois agrupamentos, segundo o padrão de proteção que vincule o indivíduo ao Estado. Com isso, diz-se que esses direitos adquirem padrão ou *status* negativo quando operam como direitos de defesa, isto é, quando "protegem determinadas liberdades ou bens jurídicos contra ingerências, restrições, limitações ou violações do Estado" (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 62); podem, ainda, ostentar padrão positivo, reconhecido quando o indivíduo torna-se dependente de medidas do Estado que lhe assegurem o exercício de seus direitos, como as medidas de reivindicação, de proteção, de participação, de prestação e de procedimento (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 63).

Ao se tratar do direito ao silêncio, identificam-se razões de fato e de direito que exigem a ampla participação do Estado na proteção desse direito fundamental, em ambos os *status*, positivo e negativo. No sentido positivo, é exigível a atuação do Estado de modo a garantir materialmente que o indivíduo preso ou investigado tenha efetivo acesso a todos seus direitos consagrados constitucionalmente; no sentido negativo, integra o direito de defesa a condição de que o Estado não crie violações ou restrições ao livre exercício de seus direitos previamente definidos, por exemplo não impondo ao preso constrangimentos físicos e/ou

mentais, ou obrigando-o a participar ativamente da produção de provas que lhe sejam prejudiciais (autoincriminação).

A rigor, um projeto que torne efetivos os direitos dos presos, indiciados e investigados em geral, no âmbito da persecução penal, nos termos delineados pela CF de 1988, é perfeitamente factível e concretizável, especialmente se se considerar os aspectos favoráveis já existentes em torno dessa questão, como:

- a) o suporte normativo internacional, contido nas convenções e nos tratados sobre Direitos Humanos, incorporado ao ordenamento jurídico interno;
- b) a positivação dos direitos individuais fundamentais, mediante a inserção de um catálogo variado de direitos e garantias na Constituição, além de outras normas infraconstitucionais, de natureza processual, como mecanismo mínimo de conformação de um "devido procedimento policial";
- c) a ruptura do antigo regime de exceção e a institucionalização do Estado de Direito, com a abertura democrática e fundamentação na promoção da dignidade da pessoa humana, e
- d) a estruturação de instituições democráticas, livres e independentes, como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Privada, todas com a atribuição comum de zelar pela proteção dos direitos individuais.

Vale lembrar que o direito constitucional, que se estabeleceu já na primeira metade do século XX, traçou linhas claras e bem-definidas de atuação dos Estados, com delimitações de atribuições para todos os setores do Poder público, sem ressalvas, de modo que o regime de proteção constitucional deve alcançar inclusive os procedimentos persecutórios desenvolvidos pelas agências policiais do Estado. Nesse contexto, há algumas premissas que devem ser observadas de forma a se elevar o nível de efetividade dos direitos fundamentais e, em especial, o do direito ao silêncio:

a) a primeira premissa consiste na superação da forma preconceituosa e estigmatizada com referência às pessoas presas, indiciadas ou investigadas e respeito aos direitos a elas deferidos constitucionalmente. Isso implica, necessariamente, superar a barreira social e ideologicamente formada em torno da noção bastante vulgarizada de que "bandido não tem direito!";

b) a segunda e talvez mais importante contribuição para o aperfeiçoamento desse sistema de garantias, é a inserção da defesa técnica (assistência jurídica) com atuação efetiva desde os primeiros momentos da privação da liberdade, nos casos de prisões em flagrante delito e nos demais procedimentos investigativos, com a cominação de nulidade quanto aos atos praticados sem a presença e o acompanhamento integral de advogado ou defensor público, não se permitindo que esses atos sejam apenas comunicados ou referendados pela defesa técnica, *a posteriori*⁹⁷;

c) o estabelecimento de cláusula de desenvolvimento na carreira policial condicionada à realização periódica de cursos específicos na área de direitos humanos e punição com demissão para os casos de violação dos direitos dos presos e investigados, especialmente quanto à prática de tortura e outras formas de abusos físicos e mentais;

d) o aperfeiçoamento das técnicas investigativas, notadamente quanto ao desenvolvimento de recursos especializados que favoreçam a obtenção de

⁹⁷ O projeto de lei PLC n. 78/2015, em tramitação no Senado Federal, pretende introduzir alterações no art. 7º da Lei 8.906/1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados – passando a dispor que são direitos do advogado, entre outros: a) examinar em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital, e b) assistir aos seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e subsequentemente de todos os elementos investigatórios e probatórios acaso dele, direta ou indiretamente, decorrente ou derivado, bem como o direito de apresentar razões e quesitos e de requisitar diligências, no curso da mesma apuração. O mais relevante aspecto desse projeto que merece ser destacado neste estudo é a introdução no ordenamento jurídico de cláusula de nulidade quanto a atos tipicamente policiais, que consistirem em provas produzidas sem a assistência de advogado. Não obstante, o projeto falha enormemente por não tornar essa circunstância uma exigência, isto é, que o advogado preste assistência integral ao assistido durante todo o curso do procedimento policial-investigativo. Falha, também, por não impor que essa assistência seja prestada pela Defensoria Pública, nos casos em que o preso não dispuser de recursos para contratar advogado. O projeto de lei em questão, da forma como vem sendo encaminhado, fomenta ainda mais a desigualdade de tratamento entre presos e investigados que tenham acesso à defesa técnica e aqueles outros que não tenham essa mesma oportunidade.

Link de acesso ao projeto: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=172127&tp=1>>.

informações, o acesso a banco de dados, as facilidades de acesso aos veículos de informação e de divulgação, a troca de conhecimento policial em nível técnico e de "Inteligência"⁹⁸ (MINGARDI, 2007, p. 52), além da ampliação e da melhoria da gestão dos recursos materiais disponíveis para a realização de investigações, incluindo-se a desburocratização quanto ao acesso às informações mais reservadas, resguardando-se o sigilo da fonte, quando necessário, e punindo os desvios e o mau uso desses recursos;

e) a ampliação e a adequação dos quadros de defensores públicos em todo território nacional, de modo a favorecer a pronta atuação desses profissionais desde o primeiro momento da prisão e enquanto necessário à produção da defesa técnica;

f) a vedação da exposição da imagem de presos e investigados aos veículos de comunicação, enquanto estes não tiverem sido efetivamente assistidos por advogado ou defensor público e desde que expressamente consentido pela defesa técnica;

g) a imposição, sempre sistemática e institucionalizada, de responsabilização civil a todo agente do Poder público que, a despeito de realizar diligências investigativas, expuser a imagem de presos, investigados ou indiciados, com violação às normas protetivas constitucionais, e

h) a aplicação extensiva dessas premissas a todos os segmentos do Estado que desenvolvam atividades persecutórias, incluindo-se as CPIs e o próprio Ministério Público.

⁹⁸ Apesar de a expressão mais comum no Brasil ser Inteligência Policial, é preferível chamar a atividade de Inteligência Criminal. Um motivo é que não apenas as polícias trabalham nessa atividade, mas também outras instituições, como o Ministério Público, o Exército, as Guardas Municipais etc. Além disso, seguindo a norma acadêmica, o normal é que uma atividade de pesquisa leve o nome do objeto pesquisado, não do pesquisador (Antropologia Urbana, por exemplo). Mas, seja qual for o nome, trata-se de atividade especializada e detentora de técnicas e métodos próprios, e é considerada uma espécie de "prima pobre" da Inteligência de Estado e "prima distante" da Inteligência militar, que é a atividade mais antiga do ramo.

6 CONCLUSÃO

Conforme destacado já no início deste estudo, por mais que o movimento constitucionalista tenha influenciado a formação das democracias e a nova ordem política e jurídica dos Estados no mundo moderno, especialmente após o final das grandes guerras na primeira metade do século XX, com a ampla positivação de direitos fundamentais, a dificuldade que ainda se mostra presente é a de como alcançar níveis satisfatórios de efetividade quanto à fruição desses direitos. Partindo desse entendimento, a linha central de abordagem nesta pesquisa convergiu para a discussão em torno da efetividade do direito ao silêncio, considerada segundo a posição social e econômica ocupada pelos titulares do referido direito, no contexto do sistema persecutório-penal, com especial preocupação quanto ao modo desigual como esses titulares são tratados, na medida em que disponham ou não de recursos para promoverem suas defesas perante os órgãos do Estado que desenvolvem atividades persecutórias.

Visando a certo grau de pragmatismo, o estudo ocupou-se em descrever o *modus operandi* desses órgãos, destacando algumas peculiaridades de cada setor de atuação, abrangendo a esfera de cada um dos três Poderes, notadamente quando realizam atividades persecutórias e como têm atendido às normas de proteção dos direitos fundamentais. A pesquisa partiu da constatação de que ainda persistem intensas as violações aos direitos fundamentais da pessoa humana, destacando-se a violação do direito ao silêncio de presos, indiciados e investigados em geral.

A preocupação inicial foi a de indicar os principais instrumentos normativos adotados pelo Brasil, que situam e formam a base do sistema de garantias de direitos, fazendo o enlace dos atos normativos constantes de algumas entre as mais importantes convenções e tratados do Direito internacional com os preceitos afins internamente positivados, em nível constitucional, destinados à proteção da pessoa humana.

A identificação de preceitos de cunho normativo, que formam o arcabouço dos direitos e das garantias individuais, assumiu especial sentido ao se debater a efetividade desses direitos, ainda que perspectivados com referência a um direito singularmente considerado, como o direito ao silêncio, exatamente porque deixa patente a positivação dos

direitos fundamentais. Mas, além do contexto normativo desse direito, buscou-se destacar a referência jurisprudencial quanto ao caso *Miranda v. Arizona*, que teve curso na Suprema Corte dos Estados Unidos, uma vez que teve aplicação diante de um caso concreto, bastante singular e exemplificativo, em razão do qual aquela Corte ousou fazer uma interpretação para dar efetividade a alguns princípios que emergem de Emendas à Constituição daquele país, mesmo a despeito da opinião pública, que fora contrária, em grande escala, à tomada da decisão, ousada e altiva no sentido de privilegiar os direitos constitucionalmente estabelecidos em favor da pessoa humana, ainda que isso pudesse ser social e politicamente interpretado como prejudicial à segurança pública e ainda que eventualmente fosse considerado fator contrário a punição de criminosos. Verificou-se que o fundamento da decisão adotada no caso *Miranda v. Arizona* teve incidência direta na proteção do direito ao silêncio, especialmente porque buscou resguardar direito expresso na 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, protegendo o indivíduo contra a autoincriminação, entre outras garantias.

No desenvolvimento da pesquisa, houve a preocupação de identificar e apontar alguns casos que, pela própria natureza e pela forma como interferem na fruição dos direitos fundamentais, concorrem de modo prejudicial à pretendida fruição e efetividade do direito ao silêncio. A partir dessa realidade, o foco da discussão girou em torno de alguns fatores genéricos que estão associados com a prática da tortura, o exercício do jornalismo investigativo e a reação social ante a sensação de impunidade, os quais convergem em prejuízo do exercício regular do direito em questão.

Para melhor situar a problemática que envolve a abordagem sobre a inefetividade do direito ao silêncio, foram identificados casos reais relacionados com as práticas investigativas (fatores específicos) desenvolvidas por órgãos do Estado em torno de atividades persecutórias. A abordagem a essas atividades, segundo o viés empírico, permitiu tornar mais precisa a realidade que permeia as investigações criminais ou que possam resultar na responsabilização criminal das pessoas: o fato de que no Estado brasileiro, o exercício do direito ao silêncio é apenas uma realidade formal e juridicamente estabelecida, mas que em termos práticos se revela frágil e bastante suscetível de agressões e de violações, segundos os titulares desse direito recebam ou não a devida assistência jurídica.

Uma questão real e incontestável identificada evidenciou que as atividades persecutórias em geral, incluindo-se as inerentes às CPIs, ainda se mostram bastante

refratárias ao livre exercício do direito ao silêncio, gerando e intensificando ainda mais as desigualdades individuais, a partir da condição social e econômica dos titulares desse direito.

Outro enfoque muitíssimo especial foi dado a algumas particularidades quanto à atuação da Jurisdição em torno da temática relativa com o exercício do direito ao silêncio, destacando-se que, em alguns casos, o STF protagonizou entendimentos claros e induvidosos quanto à aplicação das garantias constitucionais no contexto dos procedimentos persecutórios envolvendo presos e investigados. Apesar disso, o Tribunal não avançou em seu entendimento tanto quanto o fez a Suprema Corte americana, deixando de reconhecer e de impor a necessária intervenção da defesa técnica em favor de presos e investigados, em todos os termos e fases dos procedimentos investigativos, sob pena de nulidade ou do não aproveitamento das provas produzidas unilateralmente na esfera policial. Ao lado dessa realidade, foram igualmente analisadas algumas decisões adotadas no âmbito do STJ, que simplesmente negavam a aplicação das garantias constitucionais às pessoas presas ou investigadas em procedimentos policiais.

À luz do modelo de perseguição penal em vigor no Brasil e considerando as condições sociais e econômicas que impedem, dificultam ou excluem significativa parcela da população de ter acesso aos bens jurídicos consagrados constitucionalmente, o exercício do direito ao silêncio, enquanto bem jurídico fundamental, resta profundamente prejudicado, à medida que seus titulares, em especial as pessoas presas, indiciadas ou investigadas, disponham ou não dos recursos para promoverem suas defesas, não apenas no curso de ações penais ou de investigações legislativas a cargo das CPIs, mas especialmente quanto àquelas conduzidas pelo segmento policial do Estado.

Assim resumidas algumas das principais abordagens desenvolvidas neste estudo, conclui-se que:

- a) todas as normas definidoras de direitos fundamentais e suas garantias, compreendidas entre as convenções e os tratados internacionais, que foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como o correspondente catálogo, desses mesmos direitos, inserido na CF de 1988, e a legislação infraconstitucional formam um sistema completo e suficiente para a promoção da mais ampla proteção formal do indivíduo.

b) a despeito da existência e validade formal dessas normas, verificou-se que há um conjunto de fatores genéricos que interferem na satisfação plena quanto ao exercício do direito ao silêncio, cuja principal consequência é a sua efetividade reduzida ou nula. Por razões flagrantemente contrárias à concretização do direito positivado, esses fatores, identificados como aspectos da vida social e outros ligados ao funcionamento do próprio Estado, contribuem para a inefetividade desse direito, especialmente levando-se em conta práticas regulares da tortura, aplicada como meio de obtenção de provas, da atuação jornalística investigativa e também de considerável grau de influência quanto ao sentimento social generalizado de impunidade, em relação à criminalidade em expansão, que deve ser combatida a qualquer custo. Esses fatores, cada um operando segundo uma metodologia própria, dificultam e inviabilizam qualquer expectativa de fruição regular do direito ao silêncio, notadamente quanto à capacidade que seus titulares disponham de serem assistidos juridicamente, de forma adequada, oportuna e eficiente.

c) há um conjunto de fatores específicos, que igualmente contribuem para a inefetividade do direito ao silêncio. O exame desses fatores específicos permitiu constatar o modo como os órgãos públicos, que exercem funções persecutórias, ignoram o referido direito ou buscam superá-lo, por intermédio de outras medidas, ilegais e até criminosas, visando a obter desde simples esclarecimentos até a confissão em torno de fatos em tese criminosos.

d) a inefetividade ou a efetividade do direito ao silêncio não é a regra. Verificou-se, no entanto, que a fruição desse direito varia sistematicamente em "graus de efetividade", atendendo-se às condições pessoais de seus titulares, especialmente as relacionadas com a posição social e econômica destes, onde as pessoas pobres e as de cor são, na maioria dos casos, as mais prejudicadas.

e) restou clara a impossibilidade de satisfação plena quanto ao exercício do direito ao silêncio sem que haja a adequada, oportuna e eficiente intervenção da defesa técnica em todos os momentos e fases dos procedimentos investigativos, mediante a atuação de profissional habilitado para esse fim. O que se pôde definir é que há

"graus de efetividade" do direito ao silêncio, que variam na mesma proporção em que se manifesta presente e atuante a defesa técnica.

f) a realidade do sistema persecutório-penal, cotejada em face da condição social e econômica que seguramente caracteriza a maior parcela da sociedade brasileira, aliada aos reais fatores contrários ao exercício do direito ao silêncio e, ainda, a forma mais limitada como a jurisprudência tem concebido a intervenção da defesa técnica nos procedimentos investigativos, demonstram que o exercício do direito ao silêncio somente pode alcançar o *status* materialmente mais efetivo e satisfatório, se o Estado se dispuser a garantir e promover a inserção da defesa técnica em favor de presos, investigados e suspeitos desde os primeiros momentos em que tiver sido iniciada a atividade persecutória e, especialmente, nos casos em que houver a privação da liberdade, inclusive sob pena de nulidade de todos os atos praticados, sem que tenha sido atendida a condição de intervenção e de prestação da necessária assistência jurídica.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bossi. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Disponível em: <<http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/2011/11/Dicionario-de-Filosofia-Nicola-ABBAGNANO.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2015.
- ADORNO, Sérgio. Racismo, criminalidade violenta e justiça penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, FGV, v. 9, n. 18, p. 283-300, 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2034/1173>>. Acesso em: 6 abr. 2015.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ANISTIA INTERNACIONAL. **O Estado dos direitos humanos no Mundo**. Londres, 2012. Disponível em: <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2013/07/Informe-anual-2012.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2015.
- _____. **O Estado dos direitos humanos no Mundo**. Londres, 2013. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2014/04/AmnestyInternational_AnnualReport2013_complete_br-pt.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2015.
- _____. **O Estado dos direitos humanos no Mundo**. Londres, 2014/2015. Disponível em: <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Informe-2014-2015-O-Estado-dos-Direitos-Humanos-no-Mundo.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2015.
- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra desaparecimentos forçados**. Aprovada pela Resolução 47/133, 18 dez. 1992. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecProfTodPesDesFor.html>>. Acesso em: 31 jan. 2015.
- BARROS, Luiz Ferri. O sensacionalismo da imprensa na cobertura de crimes de natureza psicopatológica e suas consequências. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, n. 20, p. 23-29, jan./mar. 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- _____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BEZERRA, Marcos Otavio. Representantes políticos, relações pessoais e reputação. SEIDL, Ernesto; GRILL, Igor Gastal. (Org.). **As ciências sociais e os espaços da política no Brasil.** Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 279-318.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOTELHO, Catarina Santos. **A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional.** Coimbra: Almedina, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação da jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código de processo penal e constituição federal.** 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Congresso. Senado Federal. **Relatório Final de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito:** destinada a investigar os fatos apurados nas operações Vegas e Monte Carlo, Brasília, v. 1, p. 1-2500, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=117091&tp=1>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil,** 25 mar. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 12 dez. 2014.

_____. Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 18 fev. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso: 23 dez. 2014.

_____. Decreto n. 8.154, de 16 de dezembro de 2013. Regulamenta o funcionamento do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, a composição e o funcionamento do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e dispõe sobre o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,**

Brasília, DF, 17 dez. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8154.htm>. Acesso: 31 jan. 2015.

_____. **Direitos humanos**: declarações de direitos e garantias. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996.

_____. **Direitos humanos**: instrumentos internacionais. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.

_____. Lei n. 12.847, de 2 de agosto de 2013. Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12847.htm>. Acesso em: 31 jan. 2015.

_____. Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 abr. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm>. Acesso em: 23 dez. 2014.

_____. Procuradoria da República no Estado de São Paulo. [Peça] **Petição Inicial no Procedimento Preparatório de Tutela Coletiva n. 1.34.001.002338/2014-66**. São Paulo, SP, p. 1-43, set. 2014. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/sala-de-imprensa/noticias_prdc/0010982-15.2014.4.03.6100%20inicial%20SBT%20Sheherazade.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2015.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Histórico do Combate à Tortura no Brasil**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/combates-as-violacoes/historico-do-combate-a-tortura-no-brasil>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Plano de Ações Integradas de Prevenção e Combate à Tortura**, Brasília, DF, p. 1-31, set. 2015. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/pp/a_pdfdht/plano_br_acoes_integradas_prevencao_tortura.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2015.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Coordenação-Geral de Combate à Tortura**, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/combates-as-violacoes/programas/coordenacao-geral-de-combate-a-tortura>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual penal. *Habeas-corpus* n. 155.665/TO, Brasília, DF, 8 nov. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10395995&num_registro=200902362547&data=20101108&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual penal. *Habeas-corpus* n. 253.709/RJ, Brasília, DF, 21 ago. 2014. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35786648&num_registro=201201899094&data=20140821&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual penal. Recurso em *Habeas-corpus* n. 25.475/SP, Brasília, DF, 18 jun. 2014. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33578654&num_registro=200900306468&data=20140618&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processual penal. *Habeas-corpus* n. 71.039-5/RJ, Brasília, DF, 6 dez. 1996. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72853>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processual penal. *Habeas-corpus* n. 119.941/DF, Brasília, DF, 25 mar. 2014. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5737429>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processual penal. *Habeas-corpus* n. 90.232-4/AM, Brasília, DF, 2 mar. 2007. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408912>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processual penal. *Habeas-corpus* n. 93.767/DF, Brasília, DF, 21 set. 2010. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5546788>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processual penal. *Habeas-corpus* n. 98.237/SP, Brasília, DF, 6 ago. 2010. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612997>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processual penal. Medida Cautelar no *Habeas-corpus* n. 113.548/DF, Brasília, DF, 24 maio 2012. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+113548%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/atgfdm2>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processual penal. Recurso Extraordinário n. 136.239-1/SP, Brasília, DF, 14 ago. 1992. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207932>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processual penal. Recurso Ordinário em *Habeas corpus* n. 106.398/SP, Brasília, DF, 3 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1878501>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

CARRIO, Alejandro D. **Garantías constitucionales en el proceso penal**. 3. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 1994. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/GARANTIAS%20CONSTITUCIONALES%20EN%20EL%20PROCESO%20PENAL%20-%20ALEJANDRO%20CARRIO.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY. United States of America. **Kubark Counter Intelligence Interrogation**, Washington, DC: The George Washington University, The National Security Archive, 1963. Disponível em: <http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/torture_archive/docs/Document%2010.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Presidência da República. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**, Brasília, v. 1, p. 1-976, dez. 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Projeto Audiência de Custódia**, Brasília, DF, 15 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62389-cnj-tjsp-e-ministerio-da-justica-lancam-projeto-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

CONTREIRAS, Hélio. **Militares: confissões: histórias secretas do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, n. 3, p. 138-172, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/revistas/sur/revista_sur_03.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2015.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2004.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal do Júri e Vara dos Delitos de Trânsito do Gama-DF. Ação Penal n. 2012.04.1.000233-2, Brasília, DF, out. 2012. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdf.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=4&SEQAND=224&CDNUPROC=20120410002332>>. Acesso em: 2 mar. 2015.

_____. Tribunal do Júri e Vara dos Delitos de Trânsito do Gama-DF. Decisão Interlocutória na Ação Penal n. 2012.04.1.000233-2, Brasília, DF, jan. 2012. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=4&SEQAND=2&CDNUPROC=20120410002332>>. Acesso em: 2 mar. 2015.

DORNELES, Carlos. **Bar bodega**: um crime de imprensa. São Paulo: Globo, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EILBAUM, Lucía. Sobre crenças, verdades e versões: processos de investigação criminal na província de Buenos Aires (Argentina). LIMA, Roberto Kant de; EILBAUM, Lucía; PIRES, Lenin (Org.). **Conflitos, direitos e moralidades em perspectiva comparada**. v. II. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p. 171-186.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria de controle judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EMPRESA BRASILEIRA DE COMUNICAÇÃO. **Norma de Jornalismo - NOR 801**, Brasília, DF, 11 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/acessoinformacao/wordpress/wp-content/uploads/2012/04/Norma-de-Jornalismo.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

EYMERICO, Nicolau. **Manual da inquisição**. Tradução Affonso Celso de Godoy. Curitiba: Juruá, 2009.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS. **Código de ética dos jornalistas brasileiros**, Vitória, 4 ago. 2007. Disponível em: <http://www.fenaj.org.br/federacao/cometica/codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Ana Maria Babette Bajer. **Aspectos jurídico-penais da tortura**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Garantismo**: uma discussão sobre o direito e democracia. Tradução Alexander Araújo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FOLEY, Conor. **Combate à tortura**: manual para magistrados e membros do Ministério Público. University of Essex, UK: Human Rights Centre, 2003.

FORTES, Leandro Boavista. **Jornalismo investigativo**. São Paulo: Editora Contexto, 2005.
Disponível em:
<http://vidadereporter.weebly.com/uploads/1/6/2/3/16231312/leandro_fortes_-_jornalismo_investigativo.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2015.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. **Espaço urbano e criminalidade**: lições da Escola de Chicago. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

FRESCAROLI, Antonio. **Historia de la tortura**: a través de los siglos. Barcelona: Editorial De Vecchi, 1972.

GARAPON, Antoine. Uma justiça para a vítima. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia**: e a justiça será. Tradução Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1987.

GINBAR, Yuval. Torturar apenas uma vez (ou mesmo fazer essa pergunta) é justificável? CARDIA, Nancy; ASTOLFI, Roberta (Org.). **Tortura na era dos direitos humanos**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014, p. 147-173.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e prova no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2002.

GRUPO RBS. **Guia de ética e autorregulamentação jornalística**. Porto Alegre: RBS Publicações, 2011. Disponível em: <http://www.gruporbs.com.br/wp-content/blogs.dir/1/files_mf/1393530357guia%C3%A9tica_pgsduplas.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2015.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HANSON, Nils *et al.* Controle de qualidade: técnicas e ética. **A investigação a partir de histórias**: um manual para jornalistas investigativos, Unesco, Paris, p. 75-82, 2013.
Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002264/226456POR.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

HIRSCH, Joachim. **Teoria materialista do Estado**: processo de transformação do sistema capitalista de Estado. Tradução Luciano Cavini Martorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

HOCKING, Barbara Ann; MANVILLE, Laura Leigh. What of the right to silence: still supporting the presumption of innocence, or a growing legal fiction? **MacQuarie Law Journal**, Sydney, AU, Macquarie Law School, v. 1, n. 1, p. 63-92, 2001. Disponível em: <http://www.law.mq.edu.au/research/law_journals/macquarie_law_journal/>. Acesso em: 7 jun. 2015.

HUGGINS, Martha K. Tortura em dez lições. CARDIA, Nancy; ASTOLFI, Roberta (Org.). **Tortura na era dos direitos humanos**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014, p. 41-67.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **O crime de tortura e a justiça criminal**: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KARDEC, Allan. **O evangelho segundo o espiritismo**. Tradução Guillon Ribeiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2009.

KATEB, George. **Human dignity**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERLINGER, Fred N. **Metodologia da pesquisa em ciências sociais**: um tratamento conceitual. Tradução Helena Mendes Rotundo. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1980.

KIST, Dário José. **Tortura**: da legalidade para a ilegalidade. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

LEMOS JÚNIOR, Ivaldo. **Cláusula Miranda**: e os três fantasmas que se divertem no processo penal brasileiro. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

LIMA, Roberto Kant de. Polícia e exclusão na cultura judiciária. **Tempo Social: Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, p. 169-183, maio 1997. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/site/images/stories/edicoes/v091/policia.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

LOPES Jr., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Régua e compasso**: ou metodologia para um trabalho jurídico sensato, [s.d]. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/4641398/art-josreinaldo-metodologia>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, Bruno Amaral. **Ministério Público**: organização, representações e trajetórias. Curitiba: Juruá, 2007.

MARGALIT, Avishai. **The decent society**. Tradução Naomi Goldblum. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINGARDI, Guaracy. O trabalho da inteligência no controle do crime organizado. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, SP, Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, v. 21, n. 61, p. 51-69, set./dez., 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: preliminares, o estado e os sistemas constitucionais. 7. ed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MISSE, Michel. **Crime e violência no Brasil contemporâneo**: estudos de sociologia do crime e da violência urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. **O discurso do telejornalismo de referência**: criminalidade violenta e controle punitivo. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

PALADINES, Jorge Vicente. Fábrica flagrancia: la gestión procesal de la detención en Ecuador. MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). **Justiça e democracia**. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013, p. 137-163.

PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. Tradução Alexandre Coutinho Pagliarini. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; SALLA, Fernando. Tortura no Brasil: pesadelo sem fim? **Ciência Hoje**, São Paulo, v. 30, n. 176, p. 30-33, out. 2001. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down139.pdf>>. Acesso em 6 jul. 2015.

PONCIONI, Paula. Da intervenção à pesquisa: a construção de um objeto de estudo através do "olhar" antropológico. PASTORINI, Alejandra; ALVES, Andrea Moraes; GALIZIA, Silvana V. (Org.). **Estado e Cidadania: reflexões sobre as políticas públicas no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 247-259.

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

RAMOS, Silvia; PAIVA, Anabela. **Mídia e violência**: tendência na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REDE GLOBO. Cobertura da 7ª Reunião da CPMI do Cachoeira, Brasília, DF, 22 maio 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=C2coMQ-mJGI>>. Acesso em: 5 fev. 2015.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloísa Matias e de Maria Alice Máximo. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SANTIAGO NINO, Carlos. **The constitution of deliberative democracy**. Yale, US: Yale University Press: 1996.

SANTOS, Alberto Marques dos. **Criminalidade**: causas e soluções. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: 2009.

SCHUMANN, K. F.; WINTER, G. Zur Analyse des Strafverfahrens, 1971, p. 136 ss. *apud* BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociológica do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SEIDMAN, Louis Michael. Brown and Miranda. **California Law Review**, California, v. 80, p. 673-753, maio 1992. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1781&context=californialawreview>>. Acesso em: 31 jan. 2015.

SEIXAS, Lia. **Redefinindo os gêneros jornalísticos**: proposta de novos critérios de classificação. Covilhã, Portugal: LabCom Books, 2009. Disponível em: <http://www.livroslabcom.ubi.pt/pdfs/20110818-seixas_classificacao_2009.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Maria Magdala Vasconcelos de Araújo. Capitalismo e políticas sociais: o dilema da autonomia dos cidadãos e da defesa da universalidade dos direitos sociais. PASTORINI,

Alejandra; ALVES, Andrea Moraes; GALIZIA, Silvina V. (Org.). **Estado e Cidadania: reflexões sobre as políticas públicas no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 17-43.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TARGINO, Maria das Graças. **Jornalismo cidadão: informa ou deforma?** Brasília: Ibict/UNESCO, 2009.

TEIXEIRA, Flávia Camello. **Da tortura**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

THE BILL OF RIGHTS INSTITUTE. **Miranda v. Arizona (1966)**, Arlington/VA, p. 109-118, [s.d]. Disponível em: <<http://billofrightsintstitute.org/wp-content/uploads/2013/04/77423432-10-Miranda-DBQ-I1.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2015.

THE SUPREME COURT. **Supreme court history: expanding civil rights**. New York, NY, Thirteen/WNET, dec. 2006. Disponível em: <http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/rights/landmark_miranda.html>. Acesso em: 11 set. 2015.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TV BRASÍLIA. Entrevista com Walter Dias Duarte, Brasília, DF, 10 jan. 2012. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=slZ_dZYYsU8>. Acesso em: 5 fev. 2015.

TVSBT. Reportagem sobre a tentativa de linchamento de menor infrator, São Paulo, SP, 4 fev. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=unVIpQHLDwE>>. Acesso em: 5 fev. 2015.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 2004.

UNITED STATES. **The constitution of the United States of America: analysis and interpretation**. Washington, USA, p. 1-2830, 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CONAN-2013/pdf/GPO-CONAN-2013.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2015.

VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. Tradução Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade: estudo sobre marginalidade avançada**. Tradução João Roberto Martins Filho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

WASELFISZ, Júlio Jacobo. **Mapa da violência**: homicídios e juventude no Brasil, Brasília, DF, p. 1-144, 2014. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_AtualizacaoHomicidios.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2015.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WOLFENDALE, Jessica. Tortura light e a normalização da tortura. CARDIA, Nancy; ASTOLFI, Roberta (Org.). **Tortura na era dos direitos humanos**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014, p. 69-96.

XIMENES, Júlia Maurmann. O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, p. 119-142, jan./jun., 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.