

## Feldens: O direito de ser informado sobre seus direitos

A prática jurídica contabiliza caso inusitado. Em recente "operação policial" no Brasil, o juiz fez constar, no próprio mandado de busca e apreensão de aparelhos móveis (*smartphones*), ordem para que o investigado, alvo da medida, disponibilizasse ao policial que cumpria a diligência as senhas de acesso aos dispositivos apreendidos. Sob a perspectiva do cidadão afetado, a ordem vinha com toda força e aparência de legitimidade: tratava-se de decisão judicial, executada ostensivamente pela polícia, logo ao amanhecer, na residência do indivíduo, juridicamente desassistido, que ainda seria preso na



Luciano Feldens

Advogado

A ordem judicial em referência excede uma virtual afronta ao direito à não

autoincriminação; a determinação viola outro direito fundamental que àquele antecede circunstancialmente: o direito de ser informado sobre seus direitos, entre os quais sobressai-se, precisamente, o de permanecer calado, não podendo o indivíduo ser compelido a prestar colaboração com o Estado (*nemo tenetur se detegere*). Portanto, ao passo em que instrumental em relação a outros, trata-se de um direito autônomo, expressamente reconhecido na Constituição Federal:

"Artigo 5º — (...)

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

Correlatadamente, assim prescreve o Código de Processo Penal:

"Artigo 289-A — (...)

*§4º. O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública".*

No âmbito internacional, é conhecida a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Miranda v. Arizona* (384 US 436, 1966). O caso envolvia a prisão de Ernesto Miranda por suposta prática de sequestro seguido de violação sexual. Levado, sob custódia, e após ser interrogado por dois policiais, Miranda assinou uma declaração na qual confessava os fatos. No cabeçalho dessa declaração constava que a declaração fora prestada voluntariamente, sem coação e com pleno conhecimento dos direitos reconhecidos ao investigado. Ouvidos em juízo, os policiais admitiram não ter informado o investigado sobre o direito à assistência de advogado. Miranda foi condenado, em decisão confirmada pelo tribunal do Arizona, ao argumento de que os direitos do acusado não teriam sido violados na medida em que ele não requeria expressamente a presença de advogado por ocasião de sua prisão.

A Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu a decisão local. Apontando que Miranda não fora advertido de seus direitos, entre os quais o de não ser obrigado a autoincriminar-se, reconheceu a ilegitimidade de seu interrogatório. E assentou: o fato de Miranda ter subscrito termo de depoimento no qual declarava que tivera ciência sobre seus "direitos legais" não indicava, como a instrução houve por demonstrar, que ele possuía real e efetiva consciência para renunciar a seus direitos constitucionais.

Trazendo a situação para o regime constitucional brasileiro, e tendo por ilustração o fato trazido no início desse texto, o tratamento jurídico da questão encaminha-se para idêntica solução.

Decerto, a cogência verbal empregada pela Constituição e pela lei ("*o preso será informado...*") revela uma clara atribuição, ao Estado, do ônus de demonstrar que efetivamente proveu o indivíduo com as informações acerca dos direitos que, naquelas circunstâncias, lhe assistiam. A falta de comprovação dessa advertência é causa conducente à invalidade do ato praticado (v.g., do interrogatório ou de outro ato do qual tenha o investigado, insciente sobre seus direitos, prestado colaboração com o Estado), seja por violação direta da Constituição (artigo 5º, LXIII e LIV) e da lei (artigo 289-A, §4º do CPP), seja por omissão de formalidade essencial ao ato (artigo 564, IV, do CPP).

Assim parece ter reconhecido o Supremo Tribunal Federal em diversas passagens de sua jurisprudência: *"A falta da advertência quanto ao direito ao silêncio, como já acentuou o Supremo Tribunal, torna ilícita "prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado (...)" (STF – RHC 122279, Rel. min. Gilmar Mendes, j. 12/8/2014). Essa decisão revigora a orientação ditada em outra anterior, à qual é remissiva, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a invalidade da utilização, nos autos, de transcrição de "conversa informal" mantida entre a autoridade policial e o investigado, sem que este tenha sido advertido do direito ao silêncio. Conforme expôs o ministro Sepúlveda Pertence, "a falta de advertência — e como é óbvio, da sua documentação formal — faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o acusado (...)". E conclui: "À luz da garantia do art. 5º, LXIII, basta, à caracterização da ilicitude da prova, a manifesta ausência da advertência do direito a ficar calado, que a Constituição ordena" (STF – HC 80949, Rel. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 30/10/2001). Em complemento, e com o sentimento de uma saudade que não nos abandonará, é oportuno trazer a iluminada palavra do ministro Celso de Mello, em sua última decisão como juiz: "(a) transgressão, pelo Poder Público, das restrições e das garantias constitucionalmente estabelecidas em favor dos investigados culmina por gerar a ilicitude da prova eventualmente obtida no curso das diligências estatais, que provoca, como direta consequência desse gesto de infidelidade às limitações impostas pela lei fundamental, a própria inadmissibilidade processual dos elementos probatórios assim coligidos" (STF – HC 186797, Rel. min. Celso de Mello, j. 12/20/2020).*

Em resumo: embora em situação de sujeição física, sob ordem de autoridade pública investida de poder em matéria criminal, o indivíduo não se desveste de sua condição enquanto tal, da qual resulta, como primeira obrigação atribuível aos agentes do Estado, o dever de bem informá-lo sobre as posições jurídicas que lhe assistem, em ordem a que, uma vez delas ciente, possa livre e conscientemente determinar seu curso de vida, exercendo sua condição de sujeito de direitos. A lição aí está para não ser esquecida; e a prática, para não ser repetida.

**Date Created**

22/10/2020