



Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

O AVISO DE MIRANDA E A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

Gabriela Ponte Carvalho

Brasília

2013

Gabriela Ponte Carvalho

O AVISO DE MIRANDA E A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Evandro Charles Piza Duarte

Brasília

2013

Folha de aprovação

O AVISO DE MIRANDA E A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

Gabriela Ponte Carvalho

Matrícula: 09/43720

Brasília, 19 de julho de 2013

Banca examinadora:

Prof. Dr. Evandro Charles Piza Duarte (UnB)

Orientador

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende (UnB)

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira (UnB)

Rafael de Deus Garcia (Suplente)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pelas infinitas bênçãos que me concede todos os dias, ainda que eu não mereça nenhuma delas. Porque me guia em cada decisão, e está presente em todos os momentos, me dando as oportunidades e os instrumentos, que eu apenas aproveitei. Também a Nossa Senhora, que me ajudou a manter a calma com seu carinho de mãe, e me deu a certeza de que tudo daria certo.

Agradeço à minha mãe, Silvia, pelo exemplo de vida na fé e na confiança plena em Deus. Espero sinceramente ser, para meus futuros filhos, o modelo de mulher e mãe que você é pra mim. Ao meu pai, Cristiano, meu porto seguro, pelo apoio incondicional e inabalável, e pelos valiosos conselhos de que nunca abrirei mão. Como meus primeiros e principais educadores, têm mérito em cada uma de minhas conquistas.

Às minhas irmãs e melhores amigas, Luciana e Mariana, pela amizade, pelos conselhos, e incontáveis risadas. Pela companhia constante, e desde sempre. Ao irmãozinho Xande, por me ensinar tanto com seu carinho, por ser tão prestativo e pelas nossas brincadeiras. Não sei o que seria de mim sem a confiança que sei que posso colocar em vocês.

Ao Otávio Rique, pela cumplicidade, fidelidade e infinita paciência, desde o início, mas principalmente nos últimos meses. Agradeço por me mostrar as maiores belezas da vida, e por me ensinar tanto, até sobre mim mesma. Nosso futuro é minha maior motivação e fonte de alegria incomensurável.

Agradeço também aos colegas de faculdade que tornaram esse caminho muito mais agradável e fecundo. Luísa Souto, Rodrigo Fonseca, Rafael de Deus e Marcel Portela, essa fase chegou ao fim, mas espero estar presente em todas as fases que virão. Atribuo a vocês algumas de minhas melhores lembranças, e muitos de meus aprendizados.

E, por fim, agradeço ao meu orientador, Evandro, por ter tido a sensibilidade de encontrar um tema que tanto me interessa e que causa em mim aquele incômodo que nos leva a sair da zona de conforto na busca por respostas. Também pela paciência que eu sei que demandei, por causa da minha falta de experiência.

*“Podemos estrangular os clamores,
mas como vingarmo-nos do silêncio?”*

Alfred de Vigny

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a doutrina construída a respeito da prova ilícita e dos direitos do acusado nos Estados Unidos, principalmente no que se relaciona com a decisão da Suprema Corte Americana no caso *Miranda v. Arizona*. Pretende-se, com isso, avaliar a influência que o direito americano teve no direito pátrio, e de que maneira nossos juízes e doutrinadores utilizaram as construções jurídicas desenvolvidas no exterior. Pretende-se também analisar as limitações do uso dessas teorias e da doutrina. Para tanto, foi realizado levantamento doutrinário e jurisprudencial dos dois países, e foram traçadas comparações e críticas relativas a cada um deles.

Palavras-chave: Direito ao silêncio, direitos do acusado, processo penal, *Miranda v. Arizona*, prova ilícita, frutos da árvore envenenada.

ABSTRACT

This study is an analysis of the American doctrine about illegal evidence and the rights of the accused, especially regarding the Supreme Court's decision on *Miranda v. Arizona*. The intention is to evaluate the influence that American law has had in Brazilian law and in what way Brazilian judges and jurists use the juridical constructions developed in the United States. It is also intended to analyze the limitations imposed to that use. With that in mind, an analysis of the directions taken by jurists and different courts from both countries was conducted, as well as a comparison of the application of those constructions in different times and places.

Key-words: Right to silence, rights of the accused, criminal procedure, *Miranda v. Arizona*, illegal evidence, fruits of the poisonous tree.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A DECISÃO DA SUPREMA CORTE EM MIRANDA V. ARIZONA E SUAS IMPLICAÇÕES	
Introdução.....	15
1.1 O caso de Miranda.....	15
1.2 Os argumentos da decisão da Suprema Corte	
1.2.1 A admissibilidade do interrogatório perante a Constituição.....	17
1.2.2 Procedimentos policiais.....	20
1.2.3 O direito de não se autoincriminar.....	22
1.3 Os argumentos dos votos vencidos.....	25
1.4 Consequências dessa decisão para outras semelhantes.....	28
1.5 O direito ao silêncio na investigação e no julgamento de terroristas.....	31
1.6 O aviso de Miranda como instrumento de eficácia processual.....	35
2 O DIREITO AO SILÊNCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO E NA DOUTRINA BRASILEIROS	
Introdução.....	37
2.1 Transformações do direito ao silêncio no Brasil	
2.1.1 A primeira fase: o texto original do Código de Processo Penal.....	38
2.1.2 A segunda fase: a não recepção pela nova Constituição de alguns dispositivos legais.....	40
2.1.3 A terceira fase: alterações no Código de Processo Penal.....	41
2.2 Os direitos do acusado na doutrina brasileira	
2.2.1 O acusado em liberdade.....	43
2.2.2 A fase do inquérito policial.....	44
2.2.3 O interrogatório como direito do acusado.....	51
2.2.4 O direito de presença.....	58
2.2.5 A situação de incomunicabilidade do réu.....	60
2.3 O valor probatório da confissão em investigações criminais.....	61
2.4 A admissibilidade do interrogatório como prova.....	64

3 O AVISO DE MIRANDA E A PROVA ILÍCITA	
Introdução.....	66
3.1 A prova ilícita no direito brasileiro	
3.1.1 A admissibilidade da prova ilícita segundo a Constituição Federal e a doutrina brasileira.....	66
3.1.2 A prova ilícita na legislação infraconstitucional.....	69
3.2 Os frutos da árvore envenenada e a jurisprudência americana	
3.2.1 A inadmissibilidade da prova ilícita no direito americano.....	71
3.2.2 A ilicitude da prova na decisão do caso de Miranda.....	75
3.3 A influência das decisões da Suprema Corte Americana na jurisprudência brasileira	
3.3.1 A decisão do habeas corpus 72.588/PB.....	77
3.3.2 A aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada no Brasil.....	82
3.3.3 O aviso de Miranda na jurisprudência brasileira.....	87
3.4 A ilegalidade da prova como expressão do modelo garantista.....	89
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	93

INTRODUÇÃO¹

A busca pela verdade nos diferentes campos do saber leva o homem a testar e conhecer os extremos de sua própria natureza. É o maior objetivo de qualquer desenvolvimento intelectual humano.

Também na ciência do direito percebe-se a busca do homem pela verdade em todas as coisas. A noção de justiça que vem sendo desenvolvida há milhares de anos é reflexo desse impulso. O desenvolvimento do direito e da lei, assim como sua aplicação, só podem ser justos e corretos a partir do momento em que se baseiam na verdade. No entanto, essa busca deve obedecer a certos parâmetros, pois sua realização desenfreada levou, muitas vezes, à sua completa desvirtuação, tendo causado efeitos opostos àqueles que se procuravam.

No processo penal, a utilização do princípio da verdade real (ou material) teve consequências desastrosas ao longo da história. Esse princípio teve importância no desenvolvimento do sistema inquisitório, e diz respeito ao poder-dever inquisitivo do juiz penal, como lembra Avolio (1995, p. 34). Segundo esse autor “a prova penal, assim, é uma reconstrução histórica, devendo o juiz pesquisar além da convergência das partes sobre os fatos, a fim de conhecer a realidade e a verdade dos fatos” (AVOLIO, 1995, p. 34).

Nesse contexto, o juiz teria plena liberdade para dispor de quaisquer meios e fontes de prova, tendo o legislador o dever de conceder-lhe tal liberdade (AVOLIO, 1995, pp. 34 e 35). Na busca dessa verdade plena e absoluta, não pode existir nenhuma limitação à obtenção da prova, e qualquer fato provado – não importa o meio ou a forma – deve ser levado em consideração.

¹ Cheguei a este tema após breve discussão com meu orientador sobre o assunto de minha monografia. Por sugestão do Evandro, lemos um pequeno artigo na internet que falava sobre o caso de Miranda e a prova ilícita por derivação e, como era um assunto que despertava interesse em nós dois, desenvolvemos, neste primeiro encontro, um pequeno projeto, no qual me baseei para realizar este trabalho.

O juiz que possuía o dever de conhecer a verdade real dos fatos não podia se limitar a analisar apenas as provas trazidas a ele pelas partes.² Esse dever de buscar as provas por conta própria o colocava na posição, não apenas de julgador, mas também de parte. Esse era o maior defeito do processo inquisitório, pois o juiz não podia ser ente alheio aos fatos, por ter o dever de comprová-los. Como lembra Aury Lopes Jr., é o sistema de gestão de prova que determina o modelo processual (2011, p. 526).

O mesmo autor afirma que a “verdade real” é uma ficção, e que sua busca no processo penal permite que o juiz se convença de qual é a verdade antes de buscar as provas necessárias para sustentar a acusação (2011, p. 522). Qualquer reconstrução factual no processo não é idêntica à realidade dos fatos passados, mas uma interpretação, incompleta e imperfeita. Sendo assim, não se pode querer buscar a verdade total, pois é algo que jamais conseguiremos atingir.

O processo inquisitório buscava a verdade absoluta, não nos indícios deixados pelo crime – que jamais levarão a essa compreensão completa e absoluta dos fatos ocorridos -, mas na confissão do acusado. Considerava-se esse o único meio de se ter absoluta certeza da autoria e existência de um fato criminoso. Isso levou à supervalorização da confissão, e legitimou a prática de obrigar o acusado a provar e testemunhar contra si mesmo.

Hoje, os esforços probatórios em qualquer processo não se direcionam mais a uma certeza absoluta – que se sabe ser impossível de atingir, principalmente quando se estabelecem limites à produção de provas –, mas a um nível de probabilidade suficiente para ensejar a condenação. A doutrina e a jurisprudência americanas falam em prova “*beyond reasonable doubt*”. As liberdades individuais têm maior importância que a busca da verdade. Nesse mesmo sentido, Radbruch explica que “somente quando a condenação torna-se permitida por meio de meros indícios o processo penal pode desistir da utilização do acusado como meio de prova contra si mesmo” (1999, p. 157). Ou

² Conceito de verdade formal, que se opõe à verdade material, ou real. A verdade limita-se, segundo esse conceito, àquilo que está nos autos do processo.

seja, apenas quando não se busca mais a “verdade real” no processo, pode-se garantir determinados direitos ao acusado.

Tem-se, então, que a verdade deve ser meio, e não fim, do processo. Não se deve, com o processo, buscar a verdade, mas valer-se dela para atingir a justiça (BARROS, 2002, pp. 21 e 22).

O modelo que determina o respeito aos direitos do acusado e oferece as ferramentas para tal é o modelo garantista, o qual corresponde à organização do sistema penal em um Estado democrático de direito. Como explica Bottino:

“Com efeito, acredita-se que determinados conteúdos materiais, que decorrem dos fundamentos políticos e jurídicos que animam a ideia de um Estado de direito estão além da possibilidade de deliberação democrática. Alguns desses conceitos, por sua vez, impõem escolhas sobre normas de natureza penal e processual penal” (BOTTINO, 2009, p. 9).

Segundo esse pensamento, o direito ao silêncio e à não autoincriminação, dentre outros, não devem ser objeto de deliberação, mas garantia constitucional fundamental para a estruturação de um Estado democrático de direito. O Estado não é só o ente que tem prerrogativas e uso exclusivo de determinados instrumentos, mas também o que tem o dever de garantir aos indivíduos uma série de direitos (BOTTINO, 2009, p. 9).

Bottino define o garantismo como a “expansão dos direitos dos cidadãos e [que], conseqüentemente, acarreta a maximização da liberdade” (2009, p. 11). Sendo assim, conclui-se que um Estado democrático de direito exige um sistema penal garantista, ou seja, um Estado que, no seu poder-dever de punir, garanta direitos fundamentais a todos que estão sujeitos à sua jurisdição. Trata-se, portanto, não apenas de uma obrigação de omissão estatal, mas, em muitos casos, de um dever de intervenções positivas por parte do Estado (TROIS NETO, 2011, pp. 59 e 60).

Nesse contexto, tem-se que a condenação criminal deve basear-se na verdade processual. É dizer, apenas aquilo que ficar devidamente comprovado

no curso processual pode ser efetivamente imputado ao acusado (BOTTINO, 2009, pp. 12 e 13).

Trois Neto discorre ainda sobre as possíveis colisões entre o garantismo e a busca por eficiência dentro do processo penal (2011, p. 59). A limitação do poder estatal de investigação com base nos direitos do acusado causa entraves à condenação, o que pode diminuir a eficiência do processo. Nesses casos, os conflitos devem ser resolvidos com o teste de proporcionalidade (TROIS NETO, 2011, p. 59).

No entanto, vale lembrar que as limitações aos poderes investigativos do Estado podem ter papel importante no aumento da eficiência do processo penal, por garantirem que apenas os verdadeiros culpados sejam punidos. Isso será discutido posteriormente neste trabalho. Essas limitações tornam-se efetivas quando o ordenamento e a jurisprudência não permitem que provas obtidas fora dos padrões legais sejam utilizadas.

A presente monografia tem como objetivo a análise das teorias de inadmissibilidade das provas ilícitas utilizadas no Brasil, e a influência que essa matéria sofreu da jurisprudência americana. Assim, a pergunta que se propõe responder é se a doutrina americana sobre provas ilícitas por derivação construída a partir do caso *Miranda v. Arizona* é aplicável ao direito brasileiro. Para isso, far-se-á análise do desenvolvimento da teoria dos frutos da árvore envenenada na jurisprudência da Suprema Corte Americana, e do uso dessa teoria pela jurisprudência pátria.

Assim, no primeiro capítulo, será abordado o precedente *Miranda v. Arizona*, se apresentarão as discussões feitas em torno da decisão, e suas influências no âmbito do direito americano.

No segundo capítulo, abordar-se-á a doutrina brasileira, no que diz respeito aos direitos do acusado. Será observada a extensão da influência da jurisprudência e da doutrina americanas no direito brasileiro nesses aspectos, e serão traçadas breves comparações entre o direito americano e o brasileiro.

No terceiro capítulo, será feita análise do desenvolvimento da teoria dos frutos da árvore envenenada nos Estados Unidos, e da influência que isso teve no Brasil. Falar-se-á sobre o tratamento dispensado às provas ilícitas e suas derivadas no ordenamento jurídico brasileiro, e sobre as influências que a decisão do caso de Miranda teve nessa matéria.

CAPÍTULO 1. A DECISÃO DA SUPREMA CORTE EM MIRANDA V. ARIZONA E SUAS IMPLICAÇÕES.

Introdução

O emblemático caso *Miranda v. Arizona*, julgado na década de 60 do século passado, tornou-se uma das mais importantes e mais influentes decisões da Suprema Corte Americana, por suscitar debates essenciais para a efetiva aplicação de alguns direitos fundamentais.

O processo que levou à sua construção não foi pacífico. Ao contrário, confrontou duas fortes linhas de argumentação e a solução então encontrada influencia ainda hoje a aplicação da lei penal norte-americana.

Para compreender esse processo, convém iniciar por uma apresentação concisa dos fatos que levaram ao início da investigação, assim como daqueles que permitiram a elevação do caso até a Suprema Corte dos Estados Unidos, passando-se à exposição dos argumentos utilizados pelos defensores de ambos os pontos de vista. Por fim, será feita breve análise dos efeitos que teve a decisão, e das discussões que ainda permeiam o assunto.

1.1 O caso de Miranda

Em março de 1963, Ernesto Miranda foi preso em casa e levado a uma delegacia na cidade de Phoenix, Arizona (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966). Uma investigação policial o apontara como suspeito de um crime de sequestro seguido de estupro cometido alguns dias antes. Na delegacia, a vítima o reconheceu como autor do crime (RILEY, 1994, pp. 41 e 42)

Levado a uma sala de interrogatório, o suspeito foi interrogado por duas horas seguidas, escrevendo e assinando, ao final, termo de confissão. Nele constava também um parágrafo digitado, em que reconhecia ter confessado voluntariamente, sem ameaças ou promessas de impunidade, com perfeito

conhecimento de seus direitos e compreensão de que o que afirmasse poderia ser usado em seu desfavor³ (RILEY, 1994, p. 42).

Na mesma ocasião, Miranda confessou ter realizado um roubo, e foi por isso condenado à pena de 20 a 25 anos (RILEY, 1994, pp. 56 e 63).

No julgamento do sequestro e estupro, perante o júri, a confissão também foi utilizada como prova, apesar dos protestos do advogado do réu, que requereu o reconhecimento da inconstitucionalidade da forma como a confissão foi obtida. Ernesto Miranda foi condenado, então, por sequestro e estupro, às penas de 20 a 30 anos por cada crime, a serem cumpridas simultaneamente. Dessa forma, Miranda deveria cumprir pena de prisão, pelos crimes de roubo, sequestro e estupro, por não menos do que 40 anos e não mais do que 55 anos (RILEY, 1994, p. 63).

Na fase recursal, a Suprema Corte do Arizona manteve a condenação, decidindo que os direitos garantidos constitucionalmente ao acusado não teriam sofrido violação no interrogatório, já que ele não pedira, especificamente, a assistência de advogado durante a investigação policial (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

No entanto, pelo depoimento oferecido em juízo pelos policiais, verificou-se que o réu não fora alertado de seus direitos durante o interrogatório, mormente o de consultar um advogado antes de se submeter às perguntas, e de tê-lo presente durante os atos do interrogatório (RILEY, 1994, pp. 57 e 58). Os policiais afirmaram ter presumido que o réu conhecesse seus direitos, pois já havia sido acusado e preso anteriormente (RILEY, 1994, p. 45).

Miranda chegou a dizer que, quando os policiais o buscaram em sua casa, não sabia se tinha escolha entre acompanhá-los ou não, e que, quando perguntou sobre de que tratava a prisão, recebeu a resposta pouco elucidativa de que não lhe podiam dizer nada (RILEY, 1994, pp. 40 e 41).

³ "I, ____, do hereby swear that I make this statement voluntarily and of my own free will, with no threats, coercion, or promises of immunity, and with full knowledge of my legal rights, understanding any statement I make may be used against me."

O caso *Miranda v. Arizona* foi levado à Suprema Corte dos Estados Unidos por meio do *writ of certiorari* feito pelo próprio réu, de sua cela, pedindo que se realizasse a revisão do julgamento do seu caso (RILEY, 1994, pp. 70 e 72). Foi julgado em 1966, e tornou-se uma de suas principais decisões, porque trouxe à tona diversos tópicos importantes e controversos, cuja discussão se fazia necessária na época e continua importante ainda hoje.

Nessa ocasião, foram julgados três outros casos, de confissões obtidas de forma semelhante e utilizadas como meio de prova para a condenação dos réus. Em cada um deles (*Miranda v. Arizona*, *Vignera v. New York*, *Westover v. United States* e *California v. Stewart*), o réu fora interrogado por policiais, detetives ou procuradores de justiça, quando estava sob custódia da polícia, em sala onde não tinha nem poderia ter contato com outras pessoas (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966). Além disso, nenhum dos réus foi avisado de seus direitos durante o processo de interrogatório.

Muito se discutiu, na época, e ainda se discute, acerca dos direitos do acusado em investigação criminal. Não obstante, é possível perceber graves violações a esses direitos. Algumas dessas violações serão objeto de futura análise, como as limitações aos direitos dos acusados de terrorismo nos Estados Unidos. Também no Brasil ocorrem abusos, e isso será tema de debate no segundo capítulo deste trabalho.

1.2 Os argumentos da decisão da Suprema Corte

1.2.1 A admissibilidade do interrogatório perante a Constituição

A decisão da maioria dos juízes da Suprema Corte Americana da época, foi expressa pelo voto do Justice Warren. Segundo ele, o caso propunha questões que remontavam às raízes da Jurisprudência criminal americana. A discussão, portanto, deveria levar à determinação de limitações à liberdade pessoal aceitáveis e condizentes com a Constituição dos Estados Unidos em uma investigação criminal (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966). Mais especificamente, tratava-se da admissibilidade de confissões obtidas nas circunstâncias já descritas neste capítulo.

O tema poderia ser tratado a partir da Quinta ou da Sexta Emendas Constitucionais dos Estados Unidos.

Conforme dispõe a Quinta Emenda, “ninguém será obrigado, em processo criminal, a produzir provas contra si mesmo, nem será privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.⁴

A Sexta Emenda, por sua vez, garante que o acusado em processo criminal tem direito à assistência de um advogado em sua defesa.⁵

Após breve discussão sobre qual das emendas constitucionais deveria sustentar suas alegações, a defesa de Miranda perante a Suprema Corte optou por alegar violação à Sexta Emenda, ou seja, que a nulidade da confissão de Miranda decorreria do fato de que não se lhe tinha sido facultado acompanhamento de advogado no interrogatório (RILEY, 1994, p. 50). A discussão e o julgamento do caso pela Suprema Corte, contudo, concentrou-se na aplicação da Quinta Emenda, ou seja, no direito do réu de não se autoincriminar. Em ambos os casos, a Constituição impõe limites à investigação criminal, estabelecendo em favor do acusado uma série de direitos que devem, a qualquer custo, ser respeitados.

No voto, faz-se extensa referência ao caso *Escobedo v. Illinois*, julgado em 1964 (378 U.S. 478). Nesse caso, o interrogatório se dera na delegacia, sem que o réu tivesse sido cientificado de seus direitos de permanecer em silêncio, de consultar advogado e de tê-lo presente durante o procedimento. Apesar disso, o réu especificamente pedira a presença de seu advogado, o que lhe fora negado. Algemado e de pé, o acusado fora interrogado por quatro horas, até que confessasse. A confissão foi depois utilizada, em sessão de julgamento, como prova de culpa (*Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478, 1964).

A Suprema Corte americana decidiu que afirmações feitas pelo réu em tais circunstâncias não eram admissíveis constitucionalmente. Isso porque entendeu que o direito de receber assistência jurídica deveria ser garantido

⁴ No person [...] 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.

⁵ In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to have the assistance of counsel for his defense.

mesmo antes da fase processual da investigação, desde que a investigação policial já se concentrasse em um suspeito específico (*Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478, 1964). O caso de *Escobedo*, contudo, longe de pacificar o assunto, suscitou grande debate.

A Corte deixou claro, na decisão de *Miranda*, que a interpretação adotada para a Quinta Emenda não era inovação da jurisprudência, mas apenas a aplicação de princípios há muito reconhecidos e aplicados em outras situações (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

Os princípios discutidos pela decisão do caso de *Escobedo* voltaram então à baila, reanalisados e reafirmados no julgamento de *Miranda*. A maioria da Corte concluiu, nesse caso, que nenhuma declaração feita em interrogatório sob custódia, seja no sentido de confessar ou de negar autoria do crime, pode ser usada pela acusação, salvo ante a comprovação de terem sido plenamente assegurados os direitos constitucionais do acusado. O Justice Warren deixou claro que, tomadas declarações sem a presença de advogado, passa ao acusador o ônus da prova de que efetivamente houve renúncia do direito ao silêncio, prova que, de fato, só pode ser produzida por quem mantém o interrogado em isolamento, ou seja, o próprio Estado (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

Definiu-se a custódia, por sua vez, como qualquer limitação ou prejuízo significativo à liberdade do acusado (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

Isso quer dizer que, para que se possam utilizar em juízo as informações obtidas por meio de interrogatório, o acusado deve ser informado de que tem o direito a permanecer em silêncio, que qualquer declaração que faça poderá ser usada como prova contra ele mesmo, e que tem o direito à presença de um advogado. Na ausência de condições de pagar por um defensor, deve ser informado de que o Estado lhe deve designar quem o defenda (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

O acusado pode abrir mão desses direitos, mas deve fazê-lo de forma consciente e voluntária. Não se admite a presunção de que todos os cidadãos conheçam seus direitos. Se o réu abrir mão do direito ao silêncio, incumbe à

acusação provar que os conhecia. Se, da mesma forma, após não recorrer ao direito ao silêncio ou à presença de advogado, o acusado mudar de ideia, o interrogatório deve cessar ou ser suspenso até que se resolva a pendência (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

1.2.2 Procedimentos policiais

A Wickersham Commission⁶, reunida na década de 1930, descobriu que a polícia ainda fazia uso de violência para obter confissões. A tática conhecida como *third degree*, definida por Richard A. Leo (2004, p.39) como “a imposição de sofrimento físico ou mental para obter informação”⁷, era utilizada em todo o país, profundamente difundida nos hábitos da polícia. Na década de 1960, ainda que ocorresse em menor intensidade, a sua presença era motivo de preocupação (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

O voto reafirmou as conclusões do Wickersham Commission Report, que considerara insuficiente “alcançar a justiça obtendo um resultado adequado através de meios irregulares”⁸ (SANKEY, 1931, apud Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966). O interrogatório, na forma como era feito, violava disposições legais, e levava ao risco de falsas confissões. Além disso, a polícia e os Procuradores de Justiça se desinteressavam pela procura de outras provas (SANKEY, 1931, apud Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

Ainda hoje muitos interrogatórios podem continuar evitados por violência, embora a empregada com mais frequência não seja física, como foi tão comum em séculos anteriores, mas principalmente psicológica. A ausência de sofrimento físico, contudo, não descaracteriza a violação de direitos do interrogado, mesmo porque a coerção psicológica também pode resultar em confissão indevida.

Quando em ambiente dominado por policiais, o investigado não se sente confiante, mas amedrontado, e o interrogador tira vantagem dessa situação

⁶ Comissão estabelecida pelo presidente Herbert Hoover, com o intuito de identificar as causas da criminalidade no país, e para fazer recomendações e sugestões para a formação de políticas públicas mais apropriadas.

⁷ “[...] the infliction of physical pain or mental suffering to extract information”

⁸ “It is not sufficient to do justice by obtaining a proper result by irregular or improper means”

(O'HARA, 1953, apud Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966). O interrogador age como se já soubesse que o acusado é realmente culpado, e toma essa culpa como um fato (INBAU & REID, 1962, apud Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966). Em alguns casos, induz o interrogado a confessar por meio de artifícios e mentiras. A polícia chegava a recorrer a testemunhos falsos de reconhecimento do acusado, ou a falsas vítimas para o associarem a outros crimes, compelindo-o a confessar as acusações do caso investigado, para se livrar das outras (O'HARA, 1953, apud Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

O interrogatório, nesses casos, limitava-se a pormenores do fato, para reforçar a ideia de que já se conhecia o autor. As perguntas se dirigiam ao motivo e a outros aspectos semelhantes, não à autoria em si (INBAU & REID, 1962, apud Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966). Enfraquecida, assim, a pretensão de negar as acusações, o acusado apenas confirmava a versão pré-concebida pela polícia.

O investigador, além disso, também simulava amenizar a gravidade moral do crime, culpando a vítima ou a sociedade. Ensaiaava justificativas para os atos do interrogado e oferecia conselhos legais para lhe atenuar a culpa, incentivando-o a admiti-la. Tudo isso poderia levar o investigado a confessar, acreditando não ter como negar a autoria e pensando que o crime imputado não teria sido, afinal, tão grave (INBAU & REID, 1962, apud Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966). Quando essas táticas não apresentavam resultado, a insistência e a atmosfera do local assumiam grande importância. O interrogatório podia durar vários dias, tendo-se registrado casos de privação de comida, água e sono (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

Após obter a admissão inicial da culpa amenizada, o interrogador passava a perguntas tendentes a invalidar a tese da atenuante ou da excludente de ilicitude, em busca de uma condenação pela conduta mais grave (INBAU & REID, 1962, apud Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

Quando o acusado se recusava a falar, os policiais eram instruídos a conceder o direito ao silêncio, mas alertando-o de que isso seria utilizado em

seu desfavor e afirmando que, se não fosse culpado, nada teria a esconder (INBAU & REID, 1962, apud Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

Em nenhum dos casos julgados em Miranda v. Arizona houve indícios de que as declarações dos suspeitos tinham sido involuntárias. No entanto, eles estavam inseridos em ambiente hostil, predominantemente policial, privados de contato com o exterior e foram questionados de forma ameaçadora pela polícia. Também não foram alertados sobre seus direitos e não se pode presumir que deles tenham desistido conscientemente (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

O ambiente hostil, combinado com a insistência dos policiais, pode ter efeito devastador sobre o acusado, principalmente quando se trata de pessoa com menor capacidade intelectual ou baixa escolaridade, como se observava em mais de um dos casos julgados.

Embora reconhecendo que o ambiente policial não é favorável ao acusado, a Corte não se alinhou à tese de que qualquer confissão feita sob custódia seria de se considerar inconstitucional. Quando realmente voluntária, livre de qualquer tipo de induzimento, a confissão poderia ser válida e útil em juízo.

1.2.3 O direito de não se autoincriminar

Convém observar como a doutrina norte-americana e a decisão da Corte Suprema retratam esse direito. Como ressaltado pela decisão, ele se estabelece como princípio e transcende suas origens. Na verdade, o que o justifica é o respeito que o governo deve ter para com seus cidadãos, por sua inviolável dignidade. A prova da culpa incumbe ao Estado, que dela se deve desincumbir sem recorrer à força (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

Para a Corte, como o direito de não se ver forçado a testemunhar contra si mesmo tem estreita conexão com a dignidade humana, não seria razoável aplicá-lo apenas à fase processual da investigação. Se assim não fosse, todos os direitos do acusado estariam em risco, pois o próprio processo já estaria

eivado, desde o início, pela nulidade da confissão (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

A Corte estendeu o direito assegurado pela Quinta Emenda também à fase pré-processual, da investigação, ou seja, o direito ao silêncio deveria limitar também o trabalho da polícia.

Não se pode fazer distinção entre declaração que configure confissão total da acusação e admissões parciais de culpa. O direito de não ser testemunha contra si mesmo é amplo e absoluto, abrange todo e qualquer nível de culpabilidade, inclusive a negativa de culpa. Considerando a possibilidade de prejuízos ao julgamento do acusado, por qualquer falsidade ou incongruência posteriormente encontradas em seu depoimento, considerou-se que a acusação não poderia fazer uso nem mesmo de alegações de inocência (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

Além de ser avisado do direito a permanecer em silêncio, o acusado deveria receber a informação de que qualquer coisa que dissesse poderia ser usada contra ele, deixando claro estar ele cercado de pessoas que buscam sua incriminação, para acautelar-se em suas declarações, se decidisse fazer alguma (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

Considerou-se que a garantia do direito à presença do advogado durante o interrogatório reduziria significativamente os riscos de irregularidades nesse procedimento. E a simples omissão do acusado quanto ao pedido não poderia equiparar-se à desistência. A renúncia só se caracterizaria quando expressa e posterior à ciência do direito. No entender do Tribunal, quem desconhece esse direito e, exatamente por isso, não o exerce é certamente quem dele mais necessita. O caso de extenso interrogatório ou de prisão incomunicável anterior, ademais, poderia até mesmo descaracterizar a renúncia, ensejando a presunção de que não se deu livremente (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

Nada, absolutamente, pode substituir o aviso de Miranda. Mesmo o acusado que já tenha sido preso inúmeras vezes, não é passível de presunção de conhecimento dos seus direitos. No caso de Miranda, os policiais afirmaram

essa presunção em vista da experiência anterior do acusado, mas a Corte estabeleceu que deve vigorar sempre a presunção inversa, de que o preso não conhece as garantias constitucionais que lhe dizem respeito (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

Além disso, a partir do instante em que o acusado manifestasse interesse em receber assistência de advogado, nenhuma outra pergunta lhe poderia ser dirigida até a satisfação desse direito. Qualquer declaração feita em condição diversa seria de se considerar resultado de compulsão, ainda que sutil (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

Aos argumentos de que os interesses da sociedade deveriam predominar sobre os do acusado, considerando a utilidade e a necessidade do interrogatório, respondeu-se afirmando a superioridade das garantias individuais, em linha semelhante à das afirmações de J. Edgar Hoover (1952), diretor do FBI: “A aplicação da lei, no entanto, ao derrotar o criminoso, deve manter invioladas as liberdades históricas do indivíduo. Prender o criminoso, mas, ao fazê-lo, destruir a dignidade do indivíduo, seria uma vitória vazia”.⁹

As limitações ao interrogatório não devem ser vistas como obstáculos à atuação da polícia ou meios de dificultar a condenação de criminosos. O Federal Bureau of Investigation já realizava, sem que houvesse qualquer prejuízo à sua atuação, os avisos que foram buscados nessa decisão, quais sejam, de que o suspeito não é obrigado a fazer qualquer declaração, que tudo o que ele decidir falar poderá ser usado contra ele no tribunal, que ele tem direito à presença de um advogado, e que terá assistência de um advogado sem custo, se não tiver meios de arcar com as despesas (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

A confissão não é imprescindível para a condenação. Cabe ao Estado produzir outras provas suficientes. E a afirmação de que o interrogatório realizado no ambiente policial é oportunidade para o inocente provar essa condição é negação do princípio da presunção de inocência.

⁹ “Law enforcement, however, in defeating the criminal, must maintain inviolate the historic liberties of the individual. To turn back the criminal, yet, by so doing, destroy the dignity of the individual, would be a hollow victory.”

A Suprema Corte considerou possível estender à esfera dos estados o que já era realizado em âmbito federal. O fato de o FBI lidar com crimes diferentes daqueles julgados pelos tribunais estaduais não justificava a negativa de aviso aos acusados de seus direitos, antes do interrogatório. O respeito aos direitos do acusado não era obstáculo ao sucesso do FBI no cumprimento de suas funções, é dizer, o mero aviso prestado aos acusados não impossibilitaria, ou sequer dificultaria consideravelmente, a aplicação da lei (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

Com base nesses argumentos, a Suprema Corte dos Estados Unidos ampliou o determinado na decisão de Escobedo, estendendo à fase pré-processual também o direito de não produzir provas contra si mesmo, e estabelecendo o princípio de que toda e qualquer pessoa cuja liberdade estivesse significativamente limitada deveria ser alertada de seus direitos constitucionais.

Em síntese, a decisão da Suprema Corte considerou as seguintes questões: (i) a acusação não pode valer-se de quaisquer declarações obtidas por meio de interrogatório, a não ser que demonstre que o acusado teve todos os seus direitos constitucionais devidamente assegurados; (ii) o ambiente policial naturalmente intimida o acusado, e cabe ao Estado adotar medidas para que isso não o prejudique injustamente; (iii) essas medidas consistem em avisá-lo de todos os seus direitos; (iv) a vontade do acusado de permanecer em silêncio ou de consultar um advogado pode ser manifestada a qualquer momento, e deve ser plenamente respeitada; (v) se não há advogado presente durante o interrogatório, incumbe à acusação provar, com os meios que lhe forem possíveis, que o acusado renunciou aos seus direitos de forma consciente. Entendeu-se que a garantia de todos esses direitos não traria prejuízos à investigação e à aplicação da lei penal.

1.3 Os argumentos dos votos vencidos

Quatro dos nove juízes da Suprema Corte opinaram contrariamente à decisão expressa pelo Justice Warren, em graus variados, o que demonstra

como o tema era controverso, dificultando a formação de maioria pacífica, seja na Corte, seja entre a população americana em geral.

Os juízes Clark, Harlan, Stewart e White argumentaram contrariamente à decisão, afirmando que constituía aplicação de direito constitucional precário (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

No início, o Justice Clark afirmou a excepcionalidade dos casos em que a polícia age com a brutalidade ou com os artifícios descritos no processo, que em seu entender constituem apenas alguns entre milhares, de modo que não justificavam a necessidade de tamanha mudança nos procedimentos policiais. Segundo ele, a decisão de Escobedo não impunha a renúncia expressa dos direitos, nem obrigava a acusação a provar que essa renúncia tivesse sido livre e consciente. Pelo contrário, o reconhecimento da regularidade e legitimidade da confissão deveria buscar-se no conjunto de circunstâncias em que se tivesse realizado, não pelo cumprimento de normas procedimentais específicas. Essas novas regras, em sua opinião, careciam de suporte constitucional, mesmo da Quinta Emenda (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

O Justice Harlan, por sua vez, ressaltou a ineficácia desse tipo de procedimento para os poucos policiais que ainda utilizavam as táticas do *third degree*, considerando que o policial disposto a extorquir uma confissão de um suspeito certamente poderia também mentir perante o juiz a respeito do aviso de Miranda. Sendo assim, o objetivo da decisão da Corte não seria proteger cidadãos contra a violência policial, mas livrar o acusado de qualquer tipo de pressão e desencorajar qualquer confissão. Para ele, esse não era o objetivo da emenda constitucional, que não proibiria a “leve” pressão, natural do ambiente policial. Afirmou também que a Suprema Corte já dispunha de meios sofisticados para determinar a legitimidade da confissão, analisando caso a caso, à base de considerações de ordem prática, não em termos teóricos e gerais. Esse processo de evolução teria sido rompido pela decisão de Escobedo, que, assim como a de Miranda, procurava estabelecer regras gerais para a admissibilidade de confissões e demais declarações feitas em interrogatório (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

O Justice White, no mesmo sentido, entendia que a decisão não encontrava suporte nem no desenvolvimento histórico do princípio, nem no texto da Emenda invocada (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

A questão da validade das confissões, antes, era decidida com base em normas infraconstitucionais. A ausência de induzimento, ameaça ou promessa no interrogatório era suficiente para que se considerassem as declarações do acusado voluntárias (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966). Em várias decisões anteriores à de *Miranda*, a Suprema Corte debateu qual seria o grau de pressão sobre o acusado permitido pelo conjunto normativo vigente.

Afirmando serem indiscutíveis as diferenças entre a fase policial da investigação e a fase processual, o Justice Harlan afirma que os acusados não fazem jus aos mesmos direitos em cada situação. Criticando não apenas a decisão de *Miranda*, mas também em *Escobedo*, sustentou que o direito garantido pela Quinta e Sexta Emendas não teria de aplicar-se à fase policial. Segundo ele, o próprio texto das emendas deixaria clara a necessidade de um processo para a aplicação dos direitos nelas prescritos. Ressaltou também a preocupação com a rejeição da confissão como meio de prova, já que nesse tipo de crime pouco pode ser utilizado como meio de prova além do testemunho da própria vítima, que muitas vezes não se mostra confiável (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

Quanto à comparação com os procedimentos do FBI, Harlan acredita não ser adequada, pois o órgão mencionado não é obrigado a obter uma renúncia expressa dos direitos por parte do acusado, mas apenas avisá-lo de que existem (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

Reconhecendo que não se devem ignorar as circunstâncias da confissão e que, se alguém faz declarações contra si sob custódia da polícia, deve ter esse fator levado em consideração, White considerou, porém, esse único aspecto insuficiente para sustentar a presunção de coerção. Se outras circunstâncias indicarem que o preso se manifestou voluntariamente, não haveria motivo para excluir suas declarações dos autos. O aviso, nesse caso, não seria necessário (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

Ao contrário do entendimento majoritário da Corte, para ele o custo do interrogatório não seria alto demais, considerando-se os seus benefícios. Embora desagradável, poderia comparar-se à prisão preventiva e aos mandados de busca e apreensão, como algo necessário, apesar dos seus aspectos negativos (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

A preocupação com os prejuízos para o processo criminal decorrentes da decisão permeou de forma generalizada a opinião da minoria, que manifestou receio de que os avisos provocassem a redução do número de confissões em interrogatório, inviabilizando a punição em muitos casos, por falta de outras provas (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

A invalidação de confissões obtidas sem violência, apenas por questões de formalidade, nessa ordem de ideias, seria contrária ao já estabelecido como devido processo legal, inovação da Corte em procedimentos criminais e interpretação indevida da Constituição.

Como se percebe, a minoria compunha-se de juízes que atribuíam grande valor à confissão, e tendendo a ver no interrogatório fonte de prova necessária para a condenação criminal. Esse tipo de pensamento era muito comum, à época, não apenas nos Estados Unidos, mas também no Brasil, e será objeto de análise futura neste trabalho.

1.4 Consequências dessa decisão para outras semelhantes

O impacto das decisões da Suprema Corte sobre os tribunais inferiores é tema complexo e tem sido objeto de extensa pesquisa. Muitas já levaram à conclusão de que vários tribunais não aceitam automaticamente as interpretações constitucionais fornecidas pela Suprema Corte (SONGER e SHEEHAN, 1990, p. 297).

No caso em questão, contudo, a reação dos tribunais foi, em geral, favorável. A grande maioria das decisões posteriores seguiu os parâmetros determinados no julgamento de Miranda, embora em alguns casos sob restrições, que se passam a analisar em seguida.

Donald Songer e Reginald Sheehan (1990) avaliaram 250 casos julgados por cortes estaduais nos cinco anos subsequentes à decisão de Miranda (50 casos por ano) e verificaram que, apesar das controvérsias que a permearam, ela foi bem aceita. De todos os casos analisados, apenas em um não se observou o seu cumprimento, e em 12 esse cumprimento se deu de forma restrita. A quantidade de decisões em conformidade com o determinado pela Suprema Corte surpreende, ainda mais quando se consideram estudos anteriores, que sugeriam pouco alinhamento de tribunais inferiores com a interpretação.

O mesmo estudo, no entanto, mostra que a porcentagem de decisões a favor do réu mudou pouco, no mesmo período analisado, de 21,4% a 21,8% (SONGER e SHEEHAN, 1990, p. 309), o que sugere que, apesar de bem aceita, a decisão não alterou significativamente o número de condenações. Assim, por mais que a nova orientação tenha sido aplicada, não causou grandes alterações nos resultados das condenações criminais, ao contrário do que temiam os que defendiam a opinião da minoria da Suprema Corte.

Apesar da aceitação generalizada, ademais, os efeitos da decisão não foram uniformes sobre os tribunais norte-americanos. Algumas cortes estaduais mantiveram posições mais conservadoras, outras aceitaram as novas determinações com mais liberalidade. Muitas cortes só a aplicavam em casos mais evidentes, ou seja, em situações claramente semelhantes à do caso de Miranda (ROMANS, 1974, p. 58). A decisão de Escobedo não se havia difundido significativamente por sua generalidade e ausência de determinações específicas. Após Miranda – uma decisão muito mais bem definida – e embora adotando uma interpretação restritiva, várias cortes se alinharam (ROMANS, 1974, p. 58).

Após essas duas decisões, um fenômeno interessante pôde ser observado no comportamento de cortes liberais e conservadoras. As mais conservadoras passaram a aceitar as determinações de forma mais liberal, e as cortes liberais fizeram o oposto. Neil Romans (1974, pp. 58 e 59) atribui esse fato ao sentimento de lealdade institucional, mais presente em cortes

liberais, que preferem seguir as determinações que elas mesmas desenvolveram a aceitar deliberações da Suprema Corte.

Por causa dessas divergências foi necessário que a Suprema Corte julgasse outros casos semelhantes ao de Miranda, para definir com mais precisão os limites da obrigatoriedade do aviso.

No ano de 1976, por exemplo, julgou-se o caso Beckwith v. United States 425 U.S. 341. Nessa ocasião, definiu-se que entrevistas ou questionamentos realizados pelo IRS (Internal Revenue Service) na investigação de irregularidades fiscais só se deveriam preceder necessariamente do aviso de Miranda se o interrogado estivesse sob custódia, ou seja, em privação de liberdade. No caso citado, o suspeito de sonegação fiscal respondeu as perguntas em casa, e não havia, pelo registro, motivo para acreditar que tenha sido compelido a fornecer informações (Beckwith v. United States, 425 U.S. 341, 1976).

Em Oregon v. Mathiason 429 U.S. 492, julgado em 1977, decidiu-se que a polícia não é obrigada a fornecer o aviso de Miranda a todos os que interroga. O policial que conduzia a investigação, após tentar contato, por várias vezes, sem sucesso, com suspeito de roubo, deixou um cartão em seu apartamento, alegando que havia algo que queria discutir com ele e pedindo que lhe ligasse. O suspeito ligou e, a pedido do policial, dirigiu-se ao posto policial, onde foi interrogado, após ter sido alertado de não estava preso. O policial afirmou acreditar que o questionado estava envolvido no roubo, e mentiu ao alegar que suas digitais haviam sido encontradas no local. O suspeito confessou o crime apenas alguns minutos após a chegada. Apenas então recebeu o aviso de Miranda e gravou em fita sua confissão, tendo sido então liberado (Oregon v. Mathiason 429 U.S. 492, 1977).

A Suprema Corte de Oregon considerou o quadro como de limitação de liberdade, dando mais peso ao fato de que o policial estava sozinho com o suspeito, em local fechado, e que mentiu quanto à existência de provas do que às circunstâncias de que o suspeito comparecera à polícia por vontade própria,

sabia que não estava preso e deixou o local pouco tempo depois (Oregon v. Mathiason 429 U.S. 492, 1977).

A Suprema Corte Americana, por sua vez, considerou que a Corte do Estado de Oregon fizera leitura muito ampla da decisão de Miranda. Argumentou-se que, se a liberdade do suspeito não estava limitada e ele podia ir e vir como quisesse, não havia motivo para invalidar as informações por ele fornecidas. A polícia, assim, não seria obrigada a dar o aviso de Miranda só por fazer o interrogatório em ambiente policial, ou por se tratar o questionado de suspeito do crime (Oregon v. Mathiason 429 U.S. 492, 1977). Mais uma vez, então, declarações do acusado anteriores ao aviso de Miranda foram admitidas, por se considerar que não estava sob custódia da polícia.

Em 1976, a Suprema Corte julgou o caso Doyle v. Ohio (apud LEWIS, 1979, pp. 387 e 388). O réu havia sido preso por vender maconha a um informante da polícia. Após o aviso de Miranda, permanecera em silêncio. O preso forneceu declarações apenas no tribunal, ocasião em que afirmou que a prisão havia sido realizada por armação da polícia. O silêncio que o réu mantivera no momento da prisão foi interpretado como indício de culpa, e essa estratégia da acusação levou-o à condenação em primeira instância, o que foi posteriormente confirmado pelo tribunal de Ohio. A Suprema Corte considerou o uso do silêncio do réu em seu desfavor como violação do princípio do devido processo legal.

Como se pode constatar, em certas decisões outros tribunais foram até mais adiante do que os próprios juízes da Suprema Corte, no que diz respeito aos benefícios assegurados pela Quinta e Sexta Emendas ao acusado. Ao longo de julgamentos posteriores, no entanto, a Suprema Corte foi delimitando o seu entendimento e uniformizando a sua aplicação em todo o país.

1.5 O direito ao silêncio na investigação e no julgamento de terroristas

Apesar de todas as garantias asseguradas pela decisão de Miranda e posteriores, muitos direitos fundamentais e liberdades individuais constitucionalmente garantidos ainda são desrespeitados, nos EUA. Desde o início da Guerra Contra o Terror, no governo Bush, há denúncias de violações

de direitos de suspeitos de terrorismo. Pela primeira vez, os Estados Unidos declararam que as regras da Convenção de Genebra não se aplicavam às suas investigações (LEO e KOENIG, 2010, p. 3), corroborando, dessa forma, as suspeitas quanto ao emprego institucionalizado da tortura na investigação de crimes de terrorismo. O *USA PATRIOT Act*¹⁰ é um exemplo claro do tipo de mudanças que começaram a ser aceitas para prevenir ataques terroristas.

Richard Leo e Alexa Koenig (2010, p.18) traçam um paralelo entre a época do *third degree* e a época por que passam os Estados Unidos agora, em vista das muitas semelhanças entre as táticas hoje usadas pelo FBI e pela CIA, na investigação de terroristas, e aquelas utilizadas no início do séc. XX pela polícia, já brevemente descritas neste trabalho.

Há uma tentativa de distinguir entre os direitos dos suspeitos de terrorismo e os garantidos aos suspeitos dos demais crimes, com a busca de justificativas mais ou menos elaboradas, por parte da doutrina.

Uma opinião comum é a de que a segurança pública deve ser preservada antes dos direitos do suspeito de terrorismo. Alega-se que a desconsideração de declarações feitas fora dos parâmetros definidos em Miranda, no caso de suspeitos de terrorismo, pode levar ao absurdo. Informações sobre possível ataque, mesmo obtidas sob tortura, não podem simplesmente ser ignoradas, por serem ilegais. Da mesma forma, a inutilização dessas informações em juízo poderia impossibilitar a prisão de um suspeito de terrorismo ainda disposto a cometer novos crimes. Pretende-se, com essa linha de argumentação, concluir pela incompatibilidade entre os direitos da Quinta Emenda e a segurança pública, no caso do terrorismo (CLYMER apud DARMER, 2007, p. 642).

Considerações como essas podem levar a grande permissividade na investigação de condutas terroristas, e possibilitar o uso de tortura física e psicológica nessas situações.

¹⁰ Lei que entrou em vigor em 2001, após os ataques de 11 de setembro, alterando determinações legais de diversos tipos para conceder mais poder investigativo ao Estado nos casos de suspeita de crime de terrorismo.

Esse tipo de opinião não é tão recente. No ano de 1984, a Suprema Corte americana julgou o caso *New York v. Quarles*, e estabeleceu novo limite para as regras determinadas em *Miranda*, como já havia feito em outras ocasiões. Não se tratava de um caso de terrorismo, mas de estupro com ameaça por arma de fogo. A vítima procurou a polícia logo após o crime. Preso, o suspeito foi interrogado e informou a localização da arma antes do aviso de *Miranda*. No julgamento, a defesa tentou invalidar a prova, por não terem sido respeitadas as regras de *Miranda*, mas os juízes da Suprema Corte admitiram limitar a aplicação do preceito, na espécie, em nome da preservação da segurança pública (*New York v. Quarles*, 467 U.S. 649, 1984, apud WRIGHT, 2011, p. 1306).

A exceção de segurança pública (*Public Safety Exception*, ou PSE), mecanismo criado para limitar o emprego do aviso de *Miranda*, tem ensejado certo movimento de juristas e legisladores norte-americanos em busca do afastamento das regras de *Miranda* (WRIGHT, 2011, p. 1296). Contudo, há muitos ainda que defendem a sua manutenção em qualquer caso, mesmo para suspeitos de terrorismo, por não considerarem que atrapalhe ou prejudique a investigação criminal (WRIGHT, 2011, p. 1298).

Nesse contexto, observamos que os direitos constitucionais dos acusados de terrorismo são, muitas vezes e de muitas formas, desrespeitados. O direito ao silêncio perante uma acusação criminal é apenas mais um entre os muitos que já foram institucionalmente mitigados. Com as decisões da Suprema Corte que impuseram limites ao aviso de *Miranda*, a garantia desses direitos permanece um tema controverso, objeto de debates acirrados.

Após os ataques de 11 de setembro de 2001, muitas pesquisas foram realizadas nos Estados Unidos, para determinar o que pensava a população a respeito das medidas que deveriam ser tomadas para evitar agressões semelhantes. Pouco tempo após os ataques, observou-se que quase 70% da população norte-americana concordava com a limitação de direitos e liberdades fundamentais. Além disso, nesse mesmo período, aproximadamente 45% dos entrevistados concordavam que suspeitos de terrorismo fossem julgados por tribunais militares (MONDAK e HURWITZ, 2012, p. 195).

Isso retrata o pensamento que ocorria frequentemente na época, de que o terrorismo deveria ser combatido mesmo que isso demandasse violação de direitos fundamentais.

Após os ataques às Torres Gêmeas, o Congresso Americano aprovou uma série de medidas segundo as quais acusados de terrorismo poderiam ser presos sem contato com advogado ou pessoa da família, e julgados não por uma corte criminal comum, mas por um tribunal militar, que teria regras processuais próprias, por determinação do Presidente. Alguns anos depois, a Suprema Corte Americana decidiu que tais medidas deveriam ser revistas, pois, apesar de respeitarem a Lei Federal que assenta que “ninguém poderá ser preso ou detido pelos Estados Unidos exceto por determinação de ato do Congresso”¹¹, a Corte considerou que a questão era de ordem constitucional. Ainda que o Congresso tivesse autorizado as ações realizadas pela administração, esse tipo de atuação era inconstitucional (DWORKIN, 2004).

Todavia, essa decisão não trouxe muitos benefícios para o acusado de terrorismo, pois ainda permitia várias violações a garantias de ordem material e processual. Por exemplo, a juíza O'Connor manifestou-se no sentido de que esses acusados deveriam ter o direito à assistência de advogado, mas acreditava que ainda poderiam ser julgados por cortes ou comissões militares especiais. Sendo assim, as regras processuais poderiam ser diferentes, para beneficiar o Estado. Segundo a juíza, até mesmo o ônus da prova poderia ser invertido (DWORKIN, 2004).

O Justice Robert Jackson argumentou que as regras do devido processo legal americano não deveriam ser aplicadas a todas as pessoas indistintamente. Ao contrário, elas se aplicariam aos cidadãos americanos, enquanto que estrangeiros julgados nos Estados Unidos poderiam ter direito a alguns benefícios, mas não da mesma forma (DWORKIN, 2004).

Dworkin afirma que, mais de uma vez na história, os americanos fizeram atrocidades que violaram em níveis profundos os direitos humanos e as

¹¹ “No citizen shall be imprisoned or otherwise detained by the United States except pursuant to an Act of Congress”.

garantias e liberdades individuais. E o fizeram porque estavam com medo de seus inimigos. No entanto, uma vez que o medo se dissipa, a consciência pesa em função do sofrimento causado a tantos. Da mesma forma, ainda que agora possa ser uma ideia tentadora oferecer extremo poder ao Estado na investigação de terroristas, quando o medo dessa ameaça passar, perceberão que os direitos dessas pessoas poderiam ter sido resguardados, e que, na verdade, a suposta busca por justiça era uma forma de vingança (DWORKIN, 2002).

Conquanto exista grande medo da população americana no que diz respeito à atividade terrorista, já se demonstrou que a aplicação das regras de Miranda não danifica a investigação criminal e a aplicação da lei. Os parâmetros estabelecidos pela Suprema Corte em 1966 não afetam a condenação de criminosos como temiam alguns de seus críticos. Dessa forma, tem-se que os direitos individuais constitucionalmente garantidos do acusado devem ser respeitados em qualquer situação, não importa a gravidade do crime cometido.

1.6 O aviso de Miranda como instrumento de eficácia processual

A decisão de Miranda, como se pode observar, foi de suma importância no desenvolvimento de algumas regras do devido processo legal, e na garantia de direitos fundamentais ao acusado em processo criminal. Entretanto, foi uma decisão extremamente polêmica, que ainda hoje causa debates acerca de sua aplicação.

Há situações, como já foi mencionado, em que se desenvolve impulso de mitigar alguns dos direitos do acusado, argumentando que a garantia de tantos direitos atrapalharia a investigação, e daria abertura a muitas injustiças, permitindo criminosos a valerem-se do sistema para garantir sua impunidade. No entanto, deve-se manter sempre em mente que a maior das injustiças que um Estado pode cometer – muito maior que deixar impune um criminoso – é a prisão de uma pessoa inocente. Isso é ainda mais intenso nos Estados Unidos, em que a pena de morte é aplicada em uma série de situações.

O processo penal deve regulamentar-se de forma que torne possível a justa punição do maior número de culpados, ao mesmo tempo em que faça impossível a condenação de qualquer inocente. O aviso de Miranda, com todas as implicações que traz em relação aos direitos do acusado e da ilegalidade de provas obtidas inconstitucionalmente, é apenas a pavimentação de parte do caminho para esse ideal.

CAPÍTULO 2. O DIREITO AO SILÊNCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO E NA DOUTRINA BRASILEIROS.

Introdução

O direito ao silêncio é decorrência do princípio do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a acusar a si mesmo. Esse princípio se faz presente em diferentes ordenamentos jurídicos, sob fórmulas diversas, mas leva sempre à conclusão de que o acusado não é obrigado a responder as perguntas que lhe são feitas. Através dele se concede plena liberdade ao acusado, de decidir se quer ou não fazer declarações a respeito do que lhe é imputado.

Na Idade Média, durante o domínio do sistema inquisitorial, tal princípio não era aplicado, e, por consequência, o acusado não tinha nenhum dos direitos que ele implica. Se algum acusado se recusasse a responder qualquer pergunta que lhe era feita, era torturado até que falasse. A ineficácia e barbárie desse tipo de prática fez com que se desenvolvessem outros procedimentos, que permitissem a condenação apenas dos verdadeiros culpados. No entanto, como observamos no capítulo anterior, em situações excepcionais ainda há quem procure legitimar a limitação da aplicação desse princípio.

No Brasil, o direito ao silêncio teve um desenvolvimento diferente daquele observado nos Estados Unidos. Entretanto, existe alguma influência do ordenamento e da jurisprudência americanos no direito pátrio. A decisão da Corte americana no caso de Miranda não teve apenas importância local, mas se fez presente muito além de suas fronteiras.

Neste capítulo, procurar-se-á traçar um histórico das transformações por que o direito ao silêncio passou no Brasil, até chegar onde se encontra hoje. Também se fará análise de alguns aspectos problemáticos apresentados no capítulo anterior, e se falará como a doutrina brasileira os resolve, traçando breves comparações entre alguns aspectos do direito americano em relação ao brasileiro. Por fim, falar-se-á da importância relativa da confissão como meio de prova, e do valor que se lhe deve atribuir.

2.1 Transformações do direito ao silêncio no Brasil

2.1.1 A primeira fase: o texto original do Código de Processo Penal

O direito ao silêncio no Brasil passou por três fases principais. A primeira teve como característica principal a pacífica aplicação da redação original do Código, no que dizia respeito ao direito ora analisado, e durou até a promulgação da Constituição Federal de 1988. O art. 186 do Decreto-Lei 3.689/41 determinava originalmente que:

Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

Na verdade, o ordenamento e a doutrina brasileiros reconhecem, desde o séc. XIX, alguma forma de direito ao silêncio do réu. Pode-se conferir menção ao direito do acusado de permanecer em silêncio na jurisprudência brasileira anterior a 1988.¹²

Como se observa, mesmo antes da promulgação da atual Carta Magna já havia preocupação no sentido de garantir ao réu a opção de proferir ou não declarações perante o juiz. A sua recusa em contribuir de forma ativa no processo não era motivo de nulidade, e devia ser respeitada.

No entanto, esse direito de calar não tinha a mesma extensão que tem hoje. Os direitos do acusado se limitavam a não obrigá-lo a prestar juramento antes de depor, a restringir as perguntas que lhe poderiam ser feitas e a proibir o uso da tortura (TROIS NETO, 2010, pp. 94 e 95). Na verdade, a garantia desse direito demonstrava apenas que o réu poderia escolher não responder as perguntas, mas, como se depreende do dispositivo legal acima transcrito, o seu silêncio poderia lhe prejudicar, o que acontecia com frequência, e isso, de certa forma, o obrigava a falar.

¹² A decisão do RE 103266, de relatoria do Ministro Rafael Mayer, julgado em 04/12/1984, DJ 19-12-1984 demonstra isso. Na ementa do acórdão se lê que há “insubsistência da arguição de nulidade por ausência de interrogatório do réu, no plenário, se parte dele a escusa de prestar declarações quando interrogado pelo juiz, não podendo ser constrangido a fazê-lo, pois tem direito ao silêncio nos termos do art. 186 do CPP”.

As Constituições anteriores à que vige hoje não faziam menção expressa ao direito do acusado de permanecer em silêncio. Por isso, tal artigo presente no CPP não constituía violação alguma, e foi aplicado sem causar grandes questionamentos. Assim, o réu deveria escolher entre fazer declarações possivelmente incriminadoras ou incoerentes, ou ter seu silêncio interpretado como indício de culpa.

Não havia, na época, o entendimento generalizado e pacífico de que o interrogatório é meio de defesa, e há autores que o entendiam como meio de prova. A própria posição dos artigos referentes ao interrogatório no Código corrobora esse entendimento, pois esses dispositivos estão localizados no capítulo das provas. O acusado era interrogado não para que pudesse se defender, mas para confirmar a versão dos fatos fornecida pela acusação, procedimento típico do modelo de acusação inquisitorial.

Eduardo Espínola Filho manifestava-se nesse sentido, ao afirmar que o interrogatório deveria ser visto como fonte de prova, por causa de suas finalidades: permitir que o magistrado conheça a personalidade do acusado, conceder ao acusado a oportunidade de fazer conhecer sua versão dos fatos, e permitir ao juiz que analise as reações do acusado (1980, pp. 25 e 26).

No entanto, há doutrinadores que, mesmo antes da Constituição de 1988, afirmavam ser o interrogatório verdadeiro meio de defesa do réu. Por exemplo, Ary Azevedo Franco, citando Bernardes da Cunha, afirmou que:

Verdadeira peça de defesa, nosso legislador mostrou por ele [o interrogatório] tanta solicitude que no art. 99 do Código de Processo determinou fossem as respostas dos réus escritas pelo escrivão, rubricadas pelo juiz, e assinadas pelos mesmos réus depois de as terem lido e emendado (CUNHA apud FRANCO, 1956, p. 260).

No mesmo sentido afirmou Bento de Faria:

Embora o interrogatório seja considerado, substancialmente, um meio de defesa, nada impede a sua repetição na instrução, não

somente para melhor orientá-la como em benefício do próprio acusado, cujo interesse o aconselha a dar todas as explicações para afastar dúvidas e convencer da sua inculpabilidade (FARIA, 1960, p. 283).

Apesar de alguns autores verem, desde sempre, o interrogatório como meio de defesa, e não de prova, não se questionavam os efeitos e problemas causados pela possibilidade de se interpretar o silêncio do réu em seu desfavor.

2.1.2 A segunda fase: a não recepção pela nova Constituição de alguns dispositivos legais

Apesar da doutrina e da legislação anteriormente vigentes, a Constituição de 1988, seguindo influências de outros ordenamentos, como o americano, estabeleceu diversos direitos aos acusados em processo criminal, entre eles o de permanecer calado:

Art. 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;

Isso marcou a entrada na segunda fase da evolução do direito ao silêncio no Brasil, em que a inconstitucionalidade do dispositivo do CPP começou a ser contemplada e defendida.

Muito se discutiu a respeito, pois, apesar de muitos declararem desde já que a nova Constituição não permitia essa avaliação desfavorável ao réu por causa de seu silêncio, alguns tribunais entenderam que não havia contradição entre os dois dispositivos, e continuaram a aplicação normal da parte final do art. 186 do CPP. O Supremo Tribunal Federal emitiu algumas decisões para pacificar a jurisprudência. Em 1998, foi julgado o RE 199.570/MS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio:

Interrogatório. Acusado. Silêncio. A parte final do artigo 186 do Código de Processo Penal, no sentido de o silêncio do acusado poder se mostrar contrário aos respectivos interesses, não foi

recepcionada pela Carta de 1988, que, mediante o preceito do inciso LVIII do artigo 5º, dispõe sobre o direito de os acusados, em geral, permanecerem calados. Mostra-se discrepante da ordem jurídica constitucional, revelando apego demasiado à forma, decisão que implique a declaração de nulidade do julgamento procedido pelo Tribunal do Júri à mercê de remissão, pelo Acusado, do depoimento prestado no primeiro Júri, declarando nada mais ter a acrescentar. Dispensável é a feitura, em si, das perguntas, sendo suficiente a leitura do depoimento outrora colhido.

(RE 199570, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 16/12/1997, DJ 20-03-1998).

Como é possível constatar, se decidiu que a parte final do art. 186 do Código de Processo Penal não havia sido recepcionada pela nova Constituição. Dessa forma, foi determinado não apenas que o acusado não poderia ser compelido a depor, mas também que seu silêncio não poderia levar o julgador a fazer um juízo negativo a seu respeito. Esse pensamento foi repetido em decisões posteriores.¹³

No entanto, vale lembrar que o artigo mencionado na decisão acima transcrita não era o único que fazia menção à extensão do direito ao silêncio do réu. Esse direito era, no texto do Código de Processo Penal, extremamente limitado, e outros dispositivos demonstravam isso de forma clara. Outros artigos serão comentados a seguir.

2.1.3 A terceira fase: alterações no Código de Processo Penal

As discussões causadas pelas novas determinações constitucionais, assim como as decisões do Supremo Tribunal Federal e a opinião da doutrina, deram motivo para a reforma do CPP de 2003, a qual alterou o teor do mencionado artigo, e acrescentou-lhe o parágrafo único que determina que:

¹³ HC 80949, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001; HC 91514, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/03/2008.

O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Apesar disso, essa mesma reforma não alterou o art. 198 do mesmo diploma legal, o qual ainda hoje determina que:

O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Não faz sentido que o uso de um direito constitucionalmente garantido traga consequências negativas para um acusado. Exatamente por esse motivo deu-se a reforma mencionada, que limou do Código a possibilidade de o juiz utilizar o silêncio do réu como elemento de prova em seu desfavor.

Assim, se o segundo dispositivo acima transcrito permaneceu intacto na lei, deve ser interpretado conforme a nova doutrina. É dizer, o silêncio do réu pode contribuir para a formação do convencimento do juiz apenas de forma que lhe seja favorável (SPITZCOVSKY, 2005, p. 2). Isso tem, contudo, pouca aplicação prática, pois dificilmente um juiz se sentiria mais inclinado a declarar a inocência do acusado por ter escolhido manter-se em silêncio. Por isso, pode-se dizer que, apesar de a reforma não ter alterado ou revogado expressamente o artigo em pauta, deve-se considerar que ele não deve mais ser aplicado (SCARANCE, 2009, p. 19).

O art. 197 do dispositivo legal ora em comento também foi alterado. Eliminou-se do Código seu texto original, segundo o qual o defensor não poderia influir nas perguntas e nas respostas durante o interrogatório. Sua presença não seria de muito uso se essa limitação a sua atuação permanecesse, e por isso tal artigo foi alterado.

É essa a característica marcante da terceira fase, em que nos encontramos hoje. O direito do acusado de permanecer calado está garantido não apenas na Constituição, mas também no Código de Processo Penal. A valoração negativa do silêncio do réu pode ser vista como violação ao princípio da presunção de inocência, assim como aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e é considerada prática inconstitucional.

O interrogatório não é mais considerado meio de prova, mas de defesa. É uma oportunidade para o réu, não um instrumento de que deve se valer a acusação. Se, por ventura, o réu fizer declarações incriminadoras quando interrogado, a acusação poderá fazer uso dessas informações, mas isso não muda o fato de que o interrogatório é, em última análise, um direito do réu de defender-se. Assim, o interrogatório pode ser *fonte* de prova, mas não *meio* de prova (GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE, 2010, p. 75).¹⁴

2.2 Os direitos do acusado na doutrina brasileira

2.2.1 O acusado em liberdade

A impossibilidade de se interpretar o silêncio em desfavor do acusado já se tornou matéria pacífica. Entretanto, muito ainda se discute com relação aos direitos do acusado antes de se entrar na fase processual da investigação, e acerca de possíveis distinções entre direitos de acusados presos e em liberdade.

Isso porque o dispositivo constitucional que garante o direito ao silêncio, assim como o direito de ser informado sobre a possibilidade de não se autoincriminar, faz menção apenas ao acusado preso. Grinover, Gomes Filho e Scarance lembram que a Constituição, ao mencionar o direito ao silêncio especificamente ao preso, não procura limitar tal direito aos que se encontram em liberdade, mas apenas demonstrar maior preocupação com aqueles que tiveram sua liberdade mitigada:

“[...] aludindo ao direito ao silêncio e à assistência do advogado para o *preso*, a Lei Maior denota simplesmente sua preocupação inicial com a pessoa capturada: a esta, mesmo fora e antes do interrogatório, são asseguradas as mencionadas garantias. Mas isto não pode, nem quer dizer que ao indiciado ou acusado que não esteja preso não seja estendida a mesma proteção, no

¹⁴ O meio de prova são os instrumentos e técnicas utilizados na investigação dos fatos relevantes ao processo, através dos quais a prova é introduzida no processo. A fonte de prova é qualquer elemento que contribui com informações para formar o convencimento do juiz. As fontes podem ser pessoais ou reais. A fonte de prova requer investigação posterior, para sua valoração.

momento maior da autodefesa, que é o interrogatório” (GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE, 2011, pp. 75 e 76).

Aury Lopes Jr. afirma ser evidente que o direito ao silêncio se aplica também ao acusado que está em liberdade. Encontra respaldo para isso na Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, que, em seu art. 8, n. 2, g, garante que toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. Ou seja, não é feita distinção entre pessoas presas ou em liberdade (2011, p. 624).¹⁵

Sendo assim, as pessoas que são objeto de qualquer tipo de investigação criminal, estejam elas presas ou não, têm uma série de direitos e salvaguardas garantidos. Ninguém pode ser submetido a tortura (CF/1988 art. 5º, III), a casa e correspondências de qualquer pessoa são invioláveis, exceto nos casos previstos em lei (XI e XII). A todos serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, ou seja, todos terão oportunidade de defender-se contra qualquer acusação (LV). As provas ilícitas não são admissíveis (LVI). O réu ou indiciado, preso ou que responde às acusações em liberdade, ainda tem os direitos de escolher não proferir declarações no interrogatório, de ter assistência de seu advogado ou defensor durante o ato processual, assim como o de não ter o seu silêncio interpretado como indício de culpa (LXIII). O direito ao defensor deve ser subsidiado pelo Estado, no caso daqueles que não podem arcar com as despesas (LXXIV). As garantias constitucionais, ainda que direcionadas especificamente a pessoas em determinadas situações, devem ser gozadas por todos que delas necessitem.

2.2.2 A fase do inquérito policial

Os juízes que votaram contra a decisão da maioria no caso de Miranda fizeram questão de apontar as diferenças entre a fase do inquérito e a fase processual. Com base nessas diferenças, argumentaram que não seria lógico

¹⁵ O Pacto de São José da Costa Rica não é equiparado a Emenda Constitucional por não ter sido aprovado nos termos do art. 5º, § 3º da CF/1988. Entretanto, tem status de norma supralegal no Brasil, e o STF tem incorporado suas determinações em suas decisões, como se pode observar nas seguintes decisões: RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104; HC 87585, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-118; RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104.

aplicar as mesmas regras atribuídas ao interrogatório perante o juiz no interrogatório policial. Segundo essa linha de argumentação, as emendas constitucionais invocadas diriam respeito apenas à fase judicial, e não à fase policial.

Esse argumento também é utilizado no Brasil, porque as provas produzidas no inquérito têm – ou deveriam ter – apenas o *status* de indício, por não respeitar, necessariamente, o contraditório.

Parte da doutrina defende que os direitos garantidos ao réu, ainda que se refiram expressamente à fase processual da investigação, também devem ser aplicados durante a investigação no inquérito. Nesse sentido se posiciona Aury Lopes Jr., quando afirma que o art. 5º, LV da Constituição Federal deve ser interpretado de forma ampla, e não restritiva (2011, p. 314). O mencionado inciso garante que:

Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Assim, explica o doutrinador, é errada a ideia de que, no inquérito, não se devem observar o contraditório e a ampla defesa. A expressão “acusados em geral” escolhida pelo constituinte deve abarcar os indiciados, e qualquer pessoa que venha a ser sujeito de investigação de qualquer tipo (LOPES JR., 2011, p. 314).

Esse posicionamento é corroborado pelo art. 6º, V, do Código de Processo Penal, o qual diz respeito à fase do inquérito, e que determina o seguinte:

Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura.

Ora, o Capítulo III do Título VII mencionado no artigo transcrito é exatamente o que trata sobre o interrogatório do acusado. Nesse contexto, fica evidente que o interrogatório realizado por autoridade policial deve respeitar as garantias constitucionais e processuais do acusado. Mesmo que não haja peça acusatória formal, o suspeito de conduta criminosa que sofre investigações é digno dos direitos conferidos pelo ordenamento aos acusados.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁶, assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁷, mencionam o direito à assistência de um advogado, e o dever do Estado de fornecer defensor aos hipossuficientes. Em nenhum dos textos se faz menção à existência do mesmo direito na fase policial, mas também não se faz menção expressa à fase processual, o que significa que esse direito pode ser garantido em todos os momentos da investigação (BOTTINO, 2009, p. 139).

No entanto, esse posicionamento não é majoritário, e o alcance que deve ter o artigo mencionado acima ainda é objeto de controvérsias. A lei deixa claro que se devem observar as disposições relativas ao interrogatório judicial apenas no que for aplicável. Cabe à doutrina e à jurisprudência delimitar com mais precisão o que a lei não especificou.

O primeiro artigo do Capítulo III do Título VII, o art. 185, fala sobre a necessidade da presença do defensor durante o interrogatório. Há discussão sobre essa mesma necessidade no interrogatório da fase inquisitorial. O STF já decidiu sobre o assunto:¹⁸

¹⁶ Art. 14, III, d: Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defender de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado "ex officio" gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

¹⁷ Art. 8º, II, d, e: 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: direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; 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;

¹⁸ No mesmo sentido as decisões do STF: HC 73898, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 21/05/1996, DJ 16-08-1996; HC 69372, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 22/09/1992, DJ 07-05-1993; RE 136239, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 07/04/1992, DJ 14-08-1992. E as decisões do STJ: HC 188.527/GO, Rel.

Penal. Processual Penal. "Habeas corpus". Deficiência da defesa. Irregularidade no inquérito policial. Interrogatório. Ausência de advogado. I. A deficiência da defesa só anulará o processo se houver prova de prejuízo para o réu. Súmula 523. II. Por se tratar de peça meramente informativa da denúncia ou da queixa, eventual irregularidade no inquérito policial não contamina o processo, nem enseja a sua anulação. III. A ausência de advogado no interrogatório do réu não vicia o ato, mesmo porque o defensor do acusado não pode intervir ou influir nas perguntas e nas respostas. CPP, art. 187. IV. H.C. indeferido. (HC 74198, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 24/09/1996, DJ 06-12-1996).

Observa-se que a decisão foi no sentido de que o inquérito é apenas peça informativa da denúncia ou queixa, e, assim, não seria necessário que passasse pelo crivo do contraditório. Qualquer irregularidade em seus procedimentos não deveria causar nulidade processual. Se a defesa no processo não for prejudicada, não há que se falar em nulidade.

Entretanto, nessa decisão se fez menção, para justificar a ausência de prejuízo à defesa, ao art. 187, IV, o qual determinava que o defensor não poderia interferir no interrogatório. Sabe-se que esse artigo foi objeto de reforma, e essa proibição da participação do advogado não mais existe. Ainda assim, a jurisprudência predominante não considera que o acusado tenha esse direito na fase policial, por considerar a fase inquisitorial livre do requisito do contraditório.

Sendo assim, é necessário discutir o valor que deve ter a prova produzida no inquérito, mormente o interrogatório e as declarações do acusado. Ainda que não devam, por si mesmas, ser suficientes para a condenação de qualquer investigado, o peso negativo de declarações incriminadoras feitas pelo acusado durante um interrogatório fora dos padrões constitucionais é indubitavelmente relevante.

Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011; HC 139.412/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 22/03/2010.

Os argumentos apresentados na decisão de Miranda podem ser aplicados à solução de semelhantes conflitos doutrinários no Brasil. Ainda que a fase do inquérito policial seja, por natureza, mais simples que a processual, não se pode permitir que informações obtidas sem que o direito ao silêncio do réu seja respeitado e garantido sejam utilizadas em seu desfavor posteriormente.

Uma confissão, ou mesmo qualquer outra declaração possivelmente incriminadora, obtida durante o inquérito, após um interrogatório que não respeitou os requisitos legais e constitucionais, teria certamente grande influência na decisão do juiz ou dos jurados, ainda que o acusado faça uso do direito ao silêncio na fase processual. De nada adiantaria ficar calado no interrogatório perante o juiz se estivessem presentes nos autos do processo informações incriminadoras já fornecidas pelo próprio acusado.

Quando o acusado confessa a prática do crime na fase do inquérito policial, basta apenas que se encontrem elementos que corroborem sua confissão na fase processual, para que haja embasamento suficiente para a condenação. É o que se depreende da decisão do STF:

"Habeas corpus": Fragilidade de provas da autoria: alegação de tortura: falta de prova. Depoimento de testemunha prestado na audiência sem a presença do réu. Deficiência do patrocínio da causa: inexistência para configurarem a anulação da decisão. 1. Confissão do delito na fase do inquérito policial: se seguida da confissão, apura-se que na instrução da ação penal há elementos suficientes para a formação do convencimento do Juiz acerca da materialidade do delito, é desse e nesse conjunto probatório que se completa a prova. Alegação de tortura que em nenhum momento se provou não há como poder ser considerada: "o que não está nos autos, não está no mundo". 2. Se o réu intimado não comparece à audiência de oitiva de testemunhas, mas a ela comparece o defensor e nada alega, não há como extrair ofensa ao artigo 564, III, "e", do CPP, a possibilitar a nulidade do ato. Ademais tem a jurisprudência do STF fixado o entendimento de

que mera nulidade relativa não tem o condão de elevar-se à grandeza tamanha para desconstituir depoimento de testemunha, sobretudo se desse vício não adveio qualquer prejuízo à defesa patrocinada por advogado presente (HC 68.436, RTJ, págs. 715/719). 3. Alegações finais embora apresentadas sucintamente, com os tópicos essenciais da defesa, se respondidos plenamente na sentença, satisfazem o devido processo legal, não se transformando em cerceamento de defesa, delas não subsumindo nenhum prejuízo ao réu. "Habeas Corpus" conhecido, mas indeferida a ordem.

(HC 73565, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 10/06/1995, DJ 20-09-1996).

Dessa forma, se observa que após confissão na fase policial se exige apenas que a instrução probatória processual complemente as declarações do acusado. Não se exige a mesma robustez probatória quando há confissão do réu, mesmo que tenha ocorrido sem respeito ao contraditório e à ampla defesa, o que enfraquece a condenação e prejudica o acusado.

No mesmo sentido a decisão deste ano:

Habeas corpus. Penal. Processual penal. Questões não analisadas pelo tribunal a quo. Dupla supressão de instância. Revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Impossibilidade. Condenação baseada na prova produzida da fase pré-processual. Possibilidade. Habeas corpus não conhecido. I – As alegações constantes neste writ não foram objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, circunstância que impede o exame da matéria pelo STF, sob pena de incorrer-se em indevida supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites de competência descritos no art. 102 da Constituição Federal. Precedentes. II – A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte assentada no sentido de que a via do

habeas corpus não comporta reexame de fatos e provas para alcançar a absolvição do paciente. III – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ademais, firmou-se no sentido de que “os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo” (RE 425.734-AgR/MG, Rel. Min. Ellen Gracie), e é válida a “prova feita na fase do inquérito policial, quando não infirmada por outros elementos colhidos na fase judicial” (HC 82.622/SP, Rel. Min. Carlos Velloso). Trata-se, contudo, de matéria a ser examinada em sede própria. IV – Habeas corpus não conhecido.

(HC 114592, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/03/2013).

Nessa decisão, Ministro Ricardo Lewandowski afirmou, citando o Ministro Carlos Velloso, que basta a prova produzida no inquérito não ser contradita por outro elemento probatório durante o decorrer do processo para ser considerada válida. E isso ocorre mesmo que a prova do inquérito não tenha sido produzida nos padrões do contraditório e da ampla defesa, pois o mesmo tribunal não faz essa exigência.

A prova produzida no inquérito, segundo nossa jurisprudência, não precisa respeitar as garantias processuais constitucionais.¹⁹ No entanto, tem-se atribuído muito valor às provas assim produzidas, e isso dá abertura a condenações infundadas. Se a prova – ou os indícios – obtida durante o inquérito não tem de seguir os requisitos processuais, então seu valor deve ser proporcional e consideravelmente menor, e não é isso o que se tem observado na construção jurisprudencial dos tribunais superiores do Brasil.

Assim, entende-se que maior cautela deva ser empregada na valoração das provas produzidas no inquérito. Se o conjunto probatório produzido na fase

¹⁹ Nesse mesmo sentido as decisões do STJ: HC 155.665/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 08/11/2010; e HC 22526/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2002, DJ 03/02/2003.

pré-processual poderá ensejar condenação do acusado, a garantia do direito ao silêncio – e de todos os direitos que dele decorrem – no momento do inquérito policial é apenas mais uma medida necessária para que o princípio do *nemo tenetur se detegere*, assegurado na Constituição Federal, não seja violado.

2.2.3 O interrogatório como direito do acusado

A defesa técnica no processo criminal é irrenunciável, e sua ausência configura nulidade absoluta do processo. A autodefesa, por sua vez, é direito do acusado, e não lhe pode ser imposta. Assim, pode ser dispensada, mas apenas pelo próprio acusado (GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE, 2010, pp. 72 e 73).

Segundo Eduardo Espínola Filho, o interrogado pode escolher não responder as perguntas, mas deve estar presente no interrogatório, e não pode furtar-se de ouvi-las:

“Vindo a juízo, quer no momento próprio e em obediência à citação ou conduzido, quer por movimento espontâneo, em época anterior ou posterior à em que é chamado, quer requisitado do presídio aonde se recolheu preso, o réu não poderá evitar o interrogatório, sob pretexto de não querer falar. A lei assegura-lhe a faculdade de calar, mas não dando resposta às perguntas, que lhe são feitas, por ocasião do interrogatório, não tem o direito de se esquivar as mesmas” (ESPÍNOLA FILHO, 1980, p. 16).

Scarance demonstra perplexidade perante esse posicionamento, corroborado pela redação do art. 260 do Código de Processo Penal (2012, p. 266), o qual determina que:

Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

Ora, sendo o interrogatório faculdade do acusado, e ato de defesa renunciável, causa espécie deparar-nos com dispositivo legal que permita à autoridade realizar condução coercitiva do interrogado. É claro que o artigo não permite que se obrigue o acusado a efetivamente fazer qualquer declaração, o que iria de encontro a outras determinações legais e constitucionais já mencionadas. Não obstante, pouco sentido se vê em permitir que se obrigue o acusado a comparecer perante autoridade, apenas para reafirmar seu desejo de não proferir declarações, e de fazer exercício de seu direito ao silêncio (SCARANCA, 2012, p. 266).

O Superior Tribunal de Justiça também entende nesse sentido, e permite a condução coercitiva apenas quando necessário. Como o interrogatório é faculdade do acusado, não pode ser obrigado a comparecer:

RESP. Processual penal. Atos processuais. Presença do acusado. 1. O comparecimento do réu aos atos processuais, em princípio, é um direito e não um dever, sem embargo da possibilidade de sua condução coercitiva, caso necessário, por exemplo, para audiência de reconhecimento. Nem mesmo ao interrogatório estará obrigado a comparecer, mesmo porque as respostas às perguntas formuladas fica ao seu alvedrio. 2. Já a presença do defensor à audiência de instrução é necessária e obrigatória, seja defensor constituído, defensor público, dativo ou nomeado para o ato. 3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 346.677/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 10/09/2002, DJ 30/09/2002, p. 297)

Aury Lopes ensina que os direitos de dispensar o interrogatório e de não falar acarretam um dever àquele que realiza o interrogatório: o de informar o interrogado de seus direitos (LOPES JR., 2011, pp. 624 e 625). Não faria sentido que se garantisse na lei e na Constituição um direito de que muitos, por ignorância, não disporiam. Na verdade, o próprio artigo da Constituição que garante o direito ao silêncio determina que o preso – onde é possível, como já foi explicado, entender ‘o acusado’, para ampliar o alcance do direito – será

informado de seus direitos. Dessa forma, se faz necessário um aviso semelhante ao requerido pela decisão de Miranda, para que se garanta que cada acusado tenha plena consciência de seus direitos, e para que possa escolher fazer declarações, apenas se for real manifestação de sua vontade. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, consequências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado. I. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. II. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a descon sideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas. III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio – que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade – e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito.”

(HC 78708, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 09/03/1999, DJ 16-04-1999).

No caso, o acusado foi preso portando o entorpecente LSD e, depois, indicou os locais em que havia guardado outras substâncias ilegais. Ele não

recebeu, no momento da prisão, o aviso de que tinha o direito a permanecer em silêncio e, por isso, forneceu tais informações à polícia. Após receber o aviso, fez uso de seu direito ao silêncio e, com base nisso, buscou a nulidade de suas declarações. No entanto, a ordem de habeas corpus foi indeferida porque, em juízo, abriu mão de seu direito ao silêncio, e forneceu novas declarações. Então, como salientou Pertence em seu voto:

“A contraposição de sua própria versão dos fatos à dos policiais subtraiu desta a pretensão de valer como relato de confissões informais do acusado. Mas, de outro lado, tanto quanto a versão dos policiais reiterada em juízo – mas já despida de qualquer força de confissão indireta do réu –, também a dele passa a submeter-se à livre apreciação do juiz da causa, à luz da prova colhida na instrução.”

Apesar disso, da decisão se entende que a falta de requisito essencial no momento do interrogatório – no caso, do aviso ao acusado de seus direitos – acarreta nulidade das provas obtidas, assim como das derivadas. Isso será objeto de estudo no terceiro capítulo deste trabalho.

Em seu voto, Sepúlveda Pertence trouxe à tona outra discussão importante: as declarações fornecidas fora do interrogatório formal também devem ser analisadas de acordo com as regras de Miranda? O ministro entende que sim, e cita a obra de Slaibi Filho que define o interrogatório de forma extremamente ampla, como “não só o ato formal previsto nas leis processuais, mas a oitiva, formal ou informal, do acusado, ainda que seja fora do âmbito processual-penal – o que importa é que não possam tais declarações servir, no futuro, contra o declarante” (SLAIBI FILHO apud PERTENCE, HC 78.708, p. 887). Percebe-se que, segundo a opinião do ministro, qualquer declaração feita pelo acusado à polícia deve acontecer sob a égide das garantias constitucionais do acusado. Essa proteção é de extrema importância, pois o próprio Código de Processo Penal declara, em seu art. 199, que a confissão feita fora do interrogatório deve ser incluída nos autos.

O Código de Processo Penal define momento específico para o cumprimento do interrogatório. Originalmente, esse diploma legal definia que o momento propício para tal prática era logo após a citação do acusado. Sendo assim, ocorria antes da produção de provas, e da oitiva das testemunhas. Entretanto, a reforma de 2008 do Código alterou tal disposição, e agora o interrogatório é realizado por último, consoante o art. 400 do Decreto-Lei 3.689/1941, que arremedou o que já dispunha a Lei dos Juizados Especiais. Essa reforma é mais um indicativo de que o interrogatório deixou de ser visto como meio de prova, para ser agora meio de defesa. Isso porque a alteração se deu exatamente para que o réu pudesse ter conhecimento de todas as provas e declarações realizadas contra ele, e para que pudesse, assim, se defender de forma mais adequada (SCARANCE, 2012, p. 266).

Contudo, vale lembrar que, por ser meio de defesa e direito do acusado, o interrogatório é um ato não preclusivo, ou seja, pode ser realizado a qualquer momento, sem prejuízo para o andamento processual (CAPEZ, 2006, p. 328). Quando o réu não é encontrado para ser citado, o processo corre à revelia, mas, se for encontrado a qualquer tempo no curso processual, dever-lhe-á ser concedida a possibilidade de ser interrogado e contar sua versão dos fatos, ou negar-lhes conhecimento (TOURINHO FILHO, 2011, p. 589).

Como se examinou no capítulo 1, a Suprema Corte Americana decidiu que, se o acusado expressasse vontade de ter auxílio de um advogado durante o interrogatório, nenhuma pergunta lhe poderia ser feita até que seu defensor estivesse presente. Contudo, a lei americana permite, se assim autorizar o acusado, que o interrogatório judicial ocorra sem a presença do advogado. A lei brasileira foi mais longe nesta matéria, determinando que a presença do advogado é requisito do interrogatório, mesmo que o interrogado não tenha manifestado qualquer vontade neste sentido (GRINOVER, MAGALHÃES e SCARANCE, 2010, pp. 78 e 79). É o que manda o art. 185 do Código de Processo Penal:

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

O Código de Processo Penal não deu ao acusado a opção de abdicar de seu direito à presença de um advogado. Assim, no caso de realização de interrogatório sem a presença de um defensor, seja ele constituído ou nomeado, deve-se declarar sua nulidade absoluta, e desentranhá-lo dos autos, por ser prova ilegal (GRINOVER, MAGALHÃES e SCARANCE, 2010, pp. 78 e 79). Essa determinação aplica-se somente ao interrogatório judicial. A jurisprudência dos tribunais superiores toma direção diversa quanto à presença do advogado em interrogatório policial, como já se comentou neste trabalho.

Capez ensina que o interrogado tem, também, o direito de mentir. O acusado, no momento do interrogatório, não presta compromisso, o que quer dizer que nenhuma sanção lhe será imposta se mentir. Tem o direito de defender-se e negar as acusações, mesmo que tenha cometido o delito investigado (CAPEZ, 2006, pp. 329 e 330). Não existe nenhuma lei que obrigue o acusado a falar a verdade, e, por isso, não se pode exigir que o faça. Isso é mais um motivo para se pensar o interrogatório como meio de defesa, e não de prova (TOURINHO FILHO, 2011, p. 584).²⁰

O ordenamento americano dispõe de forma diversa, pois o acusado que decida, voluntariamente, abrir mão de seu direito ao silêncio, deve realizar juramento, e é interrogado tanto pela defesa quanto pela acusação (TOURINHO FILHO, 2011, p. 593). No Brasil, o acusado pode ser interrogado apenas pela autoridade policial, ou pelo juiz, dependendo da fase da investigação.

Esse direito de não dizer a verdade, entretanto, não se estende à primeira fase do interrogatório, em que não se cogitam acusações, mas apenas se busca realizar a identificação do réu (CAPEZ, 2006, p. 331). Nesse sentido também afirma Tourinho Filho, quando diz que seria um não senso permitir que o réu ocultasse sua identidade (2011, p. 591). Na verdade, se mentir sobre sua identificação, cometerá o crime de falsa identidade, tipificado no art. 307 do Código Penal.²¹ No entanto, pode-se questionar se essa condenação ainda

²⁰ Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal: HC 72815, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 05/09/1995, DJ 06-10-1995.

²¹ O STF reconheceu a repercussão geral da matéria, e determinou que o direito à mentira não se estende ao réu que mente sobre sua identidade para ocultar maus antecedentes no julgamento do RE

seria possível se o acusado mentir a respeito de sua identificação antes de receber o aviso de Miranda – caso em que suas declarações seriam nulas.

Não obstante a limitação ao direito de mentir do réu, sabe-se que determinadas características pessoais como nível de escolaridade, situação familiar, emprego, dentre outras, podem ter uma influência muito grande no juízo que o julgador faz sobre o acusado. O juiz pode se sentir mais inclinado a acreditar nas acusações se souber que o réu veio de uma família conturbada, ou que não tem emprego fixo. O julgamento não deve se basear em tais fatos, mas pode ser influenciado por eles. Sendo assim, o réu pode desejar ocultar algumas de suas características do juiz, ou distorcê-las, por acreditar que elas possam lhe prejudicar.

Guilherme de Souza Nucci, diversamente dos outros autores já mencionados e da própria lei, divide o interrogatório em três partes. A primeira é a que diz respeito à qualificação do réu, cuja finalidade é a obtenção de dados para sua identificação. Nesta fase, para o autor, é incontestável que o réu não tem o direito de mentir. A segunda fase visa à obtenção de informações sobre a pessoa do acusado, e sua personalidade. Isso tem uma influência direta na dosimetria da pena, se o réu for condenado. O doutrinador afirma que, nessa fase do interrogatório, em que se traça um perfil do réu, é possível que ele se valha do direito ao silêncio, ou à mentira. A terceira fase seria a do mérito, em que tais direitos são indiscutivelmente concedidos (NUCCI, 2006, pp. 410 e 411).

Percebe-se que há divergências doutrinárias com relação ao dever do réu de falar a verdade quando fornece dados pessoais que não mais tenham a ver com sua identificação.

Vale lembrar que a não punição pela mentira também não se aplica no caso de autoacusação falsa. Tal conduta é tipificada no Código Penal, em seu art. 341, por poder causar grandes danos e atraso a uma investigação criminal.

640139 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 22/09/2011, DJe-198. O STJ já havia decidido em sentido contrário (REsp 204218/MG, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 12/09/2000, DJ 25/09/2000), mas alterou seu posicionamento para estar em conformidade com o STF: HC 213.827/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 07/06/2013.

2.2.4 O direito de presença

Segundo Scarance, o direito de presença é manifestação da autodefesa. A citação é, segundo essa interpretação, direito do acusado que decorre do seu direito à defesa. Deve ele, em situações normais, ser citado e informado de todos os atos que dizem respeito ao seu processo e à sua acusação, para que, tendo pleno conhecimento deles, possa se defender de forma mais acertada (SCARANCE, 2012, p. 266).

Essa interpretação decorre da redação do art. 367 do Código de Processo Penal, que determina que:

O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

Assim, tem-se que a presença do acusado é apenas dispensável quando tornar claro, mesmo que implicitamente, que ele não tem interesse em acompanhar os atos processuais. A falta de intimação ou de citação é resultado de uma faculdade do acusado, e não deve ocorrer por iniciativa ou negligência do poder público.

Nesse sentido, a decisão do Ministro Celso de Mello:

‘Habeas corpus’. Instrução processual. Réu preso. Pretendido comparecimento à audiência penal. Pleito recusado. Requisição judicial negada sob fundamento da periculosidade do acusado. Inadmissibilidade. A garantia constitucional da plenitude de defesa: uma das projeções concretizadoras da cláusula do “due process of Law”. Caráter global e abrangente da função defensiva: defesa técnica e autodefesa (direito de audiência e direito de presença). Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/ONU (artigo 14, n. 3, ‘d’) e Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (artigo 8º, § 2º, ‘d’ e ‘f’). Dever do Estado de assegurar, ao réu preso, o exercício dessa prerrogativa

essencial, especialmente a de comparecer à audiência de inquirição das testemunhas, ainda mais quando arroladas pelo Ministério Público. Razões de conveniência administrativa ou governamental não podem legitimar o desrespeito nem comprometer a eficácia e a observância dessa franquia constitucional. Nulidade processual absoluta. Afastamento, em caráter excepcional, no caso concreto, da incidência da Súmula 691/STF. “Habeas corpus” concedido de ofício.

- O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm - nem podem ter - precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição. Doutrina. Jurisprudência.

- O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do ‘due process of law’ e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos/ONU (Artigo 14, n. 3, ‘d’) e Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, ‘d’ e ‘f’).

- Essa prerrogativa processual reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que

se trate de réu processado por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados. Precedentes.

(HC 86634, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/12/2006, DJ 23-02-2007).

A decisão deixa clara a importância da presença do réu, mesmo preso, aos atos processuais. É sua prerrogativa e parte integrante do seu direito à defesa. Meras conveniências administrativas não têm o condão de limitar o direito à ampla defesa do réu.

2.2.5 A situação de incomunicabilidade do réu

No caso de Miranda, o que levou à nulidade das declarações obtidas durante o interrogatório foi, entre outros motivos, o fato de que o réu se encontrava em situação de incomunicabilidade. Isto é, o réu não pôde entrar em contato com advogado, membro de sua família ou qualquer pessoa próxima.

O Código de Processo Penal era conivente com essa situação em seu art. 21, o qual permitia que o réu permanecesse isolado, sem fazer qualquer ressalva quanto ao direito de consultar um advogado. No entanto, esse dispositivo sofreu alteração em 1966, quando se determinou que o disposto no art. 89, III, da Lei 4.215/1963, deveria ser respeitado (SCARANCE, 2012, p. 270). O mencionado artigo foi substituído pelo art. 7º, III, da Lei 8.906/1994, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual garante que:

São direitos do advogado: [...] comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.

Hoje, a incomunicabilidade do preso também é vedada na Constituição, que lhe garante assistência familiar e do advogado, em seus arts. 5º LXIII e 136, § 3º, IV. O segundo artigo mencionado diz respeito ao direito à não incomunicabilidade do preso em situação de vigência de estado de defesa. Se

mesmo em situações excepcionais procurou nossa Constituição garantir que ninguém fosse preso sem que tivesse direito a consultar um advogado ou outra pessoa, ainda mais em situações normais (SCARANCE, 2012, p. 270).

A Convenção Americana de Direitos Humanos também garante esse direito ao acusado em seu art. 8º, n. 2, d (SCARANCE, 2012, p. 270).²² Observa-se que manter qualquer pessoa presa em total isolamento é violação a um direito fundamental e constitucionalmente garantido. É prática tão abominável que caracteriza desrespeito a diversos dispositivos legais simultaneamente.

Todavia, deve-se notar como a proibição da incomunicabilidade é interpretada de forma diferente no sistema americano e no brasileiro. Aqui se permite que o acusado consulte um advogado se o tiver, mas, no caso do hipossuficiente, as peças do auto de prisão em flagrante são enviadas à defensoria pública após sua realização, ou seja, após o acusado já ter assinado a confissão, sem a presença de defensor. No Brasil, o formalismo desse modo de interpretar o direito de ter um advogado beneficia apenas os que, de fato, têm condição econômica para pagar um advogado na fase do inquérito. Se o acusado não tem um advogado, o Estado não está obrigado a demonstrar, como se exigiu na decisão de Miranda, que a confissão foi feita livremente. Não havendo esse ônus, as autoridades policiais não demonstram preocupação com essa garantia.

2.3 O valor probatório da confissão em investigação criminal

Durante a Idade Média, predominou o pensamento de que nada seria mais assertivo em uma investigação criminal do que a confissão do acusado. É a noção de que ninguém se submeteria a uma resposta estatal punitiva a não ser que, de fato, a merecesse. Assim, atribuía-se à confissão valor absoluto e incontestável. Nas palavras de Tourinho Filho:

“Houve tempo em que a confissão era considerada a rainha das provas, porque ninguém melhor que o acusado pode saber se é

²² “Direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor”.

ou não culpado. Tão importante era ela, que se torturava o pretense culpado para arrancar-lhe o reconhecimento de sua culpabilidade. E, muitas vezes, a tortura era pior que a pena cominada à infração, o que levava o indivíduo, mesmo inocente, a confessar sua pretensa culpa” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 598).

A confissão era tida como verdadeira sem qualquer investigação, e sem produção de outras provas que a corroborassem (RADBRUCH, 1999, p. 151). Sendo assim, o esforço principal dos condutores do processo penal era obter uma confissão, ocasião em que a condenação estaria perfeitamente legitimada.

O processo inquisitório modificou os meios de prova utilizados no processo de acusação anterior. Por buscar uma condenação livre de crenças e superstições, baseada na razão, o processo inquisitório adotou como principais meios de prova a confissão e o depoimento testemunhal. Sendo assim, um acusado apenas poderia ser condenado se confessasse, ou se duas testemunhas oculares confirmassem sua culpa (RADBRUCH, 1999, p. 153).

Se houvesse muitos indícios de que determinada pessoa tinha cometido um crime, mas não houvesse nenhuma testemunha ocular e o próprio suspeito não confessasse, a tortura era utilizada. O acusado não podia ser condenado apenas com base nos indícios, então era necessário que fosse forçado a confessar. Apesar de, no início, poder ser aplicada apenas quando houvesse fortes indícios de culpa – que, hoje, levariam a uma condenação –, esses limites foram se modificando, até que a tortura passou a ser prática extremamente comum (RADBRUCH, 1999, p. 153).

A atribuição de tamanho valor à confissão foi precisamente a causa que levou à completa desvirtuação dos seus meios de obtenção. Sendo ela tão importante para uma condenação criminal, os responsáveis pela investigação viam-se dispostos a fazer quase qualquer coisa com o acusado para obter dele declarações favoráveis àquilo que lhe haviam imputado.

Nesse contexto, se observa uma inversão da investigação criminal, em que a “verdade absoluta” é forjada antes mesmo que qualquer prova seja produzida, e apenas confirmada posteriormente, pelo próprio acusado, que era

forçado a fazê-lo. É consequência da posição do juiz no processo inquisitório, que, além de julgador, também era parte, responsável pela acusação.

Hoje se sabe que não é prudente atribuir tanto valor à confissão, pois existem várias situações que podem levar uma pessoa a confessar algo que não fez (TOURINHO FILHO, 2011, p. 599). A mente humana é, muitas vezes, um tanto frágil, e pode ser dobrada para se adequar a muitas “verdades”. Por isso, é de extrema importância que o interrogatório seja realizado em condições apropriadas, e que eventuais confissões sejam analisadas criticamente, para que lhes seja atribuído valor adequado.

Aury Lopes Jr. e Cristina Carla di Gesu falam sobre a instabilidade das memórias e das percepções humanas. Não é incomum que criemos falsas memórias, ou alteremos detalhes de memórias verdadeiras, por causa das circunstâncias em que nos encontramos. Loftus realizou uma série de experimentos que lhe permitiram constatar que falsas informações podem misturar-se com as verdadeiras quando “falamos com outras pessoas, somos interrogados de maneira evocativa ou quando uma reportagem nos mostra um evento que nós próprios vivemos” (LOFTUS apud LOPES JR. e DI GESU, 2007, pp. 14 a 16).

Sendo assim, memórias falsas podem ser induzidas no indivíduo. Lopes Jr. e di Gesu falam especificamente sobre uma pesquisa de Loftus, em que pessoas assinaram uma confissão de ter danificado um computador, ao apertar uma tecla errada, algo que nunca haviam feito:

“os participantes, inocentes de início, negavam a afirmação, mas depois de terem sido confrontados com um cúmplice do experimentador que afirmava tê-los visto fazer isso, vários deles assinaram confissões e terminaram por descrever de maneira detalhada o ato que não haviam cometido” (LOFTUS apud LOPES JR. e DI GESU, 2007, pp. 14 a 16).

Assim, podemos perceber que a fragilidade das declarações humanas, especialmente quando obtidas sob determinadas circunstâncias, é plenamente reconhecida, e isso teve reflexo na lei. A garantia dos direitos do acusado não

se faz necessária apenas por causa de suas liberdades individuais, que devem ser respeitadas, mas também para se evitar situações semelhantes às que ocorriam tão frequentemente durante a Idade Média, em que pessoas inocentes eram punidas, enquanto os verdadeiros culpados permaneciam impunes, por causa de um processo ineficaz.

O ordenamento jurídico atualmente vigente no Brasil atribui valor relativo à confissão do acusado, o que se observa no art. 197 do Código de Processo Penal, o qual determina que:

O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Ou seja, a confissão não é suficiente, por si só, para ensejar a condenação, mas deve ser corroborada por outras provas. Nosso ordenamento também admite a retratabilidade da confissão, no art. 200 do mesmo código:

A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

Tem-se, portanto, que o acusado pode se retratar de sua confissão, mas que isso não impede sua valoração pelo juiz. A fragilidade da confissão é reconhecida, mas nosso ordenamento ainda não a trata de forma ideal. A confissão retratada permanece nos autos e, se o julgador considerar que os outros elementos de prova a confirmam, pode ser utilizada.²³

2.4 A admissibilidade do interrogatório como prova

Apesar de, como já foi demonstrado, ser meio de defesa, e não de prova, o interrogatório pode ser utilizado em favor da acusação. No entanto,

²³ Nesse sentido: HC 103205, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 24/08/2010, DJe-168; HC 100693, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-175.

para que isso aconteça, é necessário que se respeitem todas as regras determinadas pela lei e pela jurisprudência.

As declarações de um acusado podem ser utilizadas em seu desfavor apenas se todos os seus direitos, constitucionais e infraconstitucionais, tiverem sido plenamente garantidos. Para tanto, é necessário que o acusado tenha conhecimento de todas as suas prerrogativas, de tudo aquilo que pode fazer e deixar de fazer.

É exatamente disso que se trata a decisão no caso de Miranda. Não concerne apenas ao direito do acusado de receber um aviso que lhe informe da garantia constitucional de ficar em silêncio. Essa garantia, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, é expressão de um princípio muito mais amplo, que envolve diversos outros direitos também dignos de proteção. Essa decisão também determinou que as provas obtidas com desrespeito a esses direitos são nulas, e devem receber o tratamento adequado e previsto na lei e na Constituição.

As declarações do acusado e, sobretudo, sua confissão, só são válidas no Brasil se respeitarem todos os artigos do Código de Processo Penal que regem o modo como o interrogatório deve ser feito.

Se qualquer um desses direitos for violado, inclusive – e principalmente – o de ser avisado de seus direitos, tem-se que as declarações do acusado configuram prova ilegal, de que não se deve fazer uso, e que deve ser desentranhada dos autos.

Mesmo que essas declarações não façam prova contra o acusado em si mesmas, se levarem o investigador a alguma prova, a doutrina brasileira considera que essa prova não deve ser utilizada, por ter sido derivada de ato ilegal. É o assunto que será tratado no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3. O AVISO DE MIRANDA E A JURISPRUDÊNCIA SOBRE A PROVA ILÍCITA.

Introdução

Como ficou claro pelo exposto no capítulo anterior, existe uma série de requisitos que devem ser respeitados para que o interrogatório de um acusado possa ser usado como prova, principalmente em seu desfavor. Qualquer violação a um dos direitos do acusado tem como efeito a nulidade da prova produzida e de qualquer uma das provas que dela derivem.

A nulidade das provas derivadas advém da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree*), desenvolvida pela Suprema Corte Americana. É aplicada também no direito brasileiro, tendo sido adotada pelo Código de Processo Penal, pela doutrina e pelo STF.

O objetivo do presente capítulo é expor o tratamento dispensado às provas ilícitas e suas derivadas no direito brasileiro, principalmente no que tem relação com o caso de Miranda. Para isso, em primeiro lugar, explicar-se-ão as diferentes teorias sobre admissibilidade de provas ilícitas que são ou já foram utilizadas no Brasil. Então, falar-se-á sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada, seu desenvolvimento, e seus efeitos. Por fim, analisar-se-á a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no que tem relação com a admissibilidade de provas ilícitas.

3.1 A prova ilícita no direito brasileiro

3.1.1 A admissibilidade da prova ilícita segundo a Constituição Federal e a doutrina brasileira

O tratamento que deve ser dado às provas obtidas por meios ilícitos deu razão à existência de algumas teorias mais ou menos aplicadas no direito brasileiro. Aury Lopes Jr. expõe a divisão das possibilidades de tratamento em quatro teorias diversas (2011, p. 579).

A primeira delas é a da admissibilidade processual da prova ilícita. Uma teoria que não possui mais muitos adeptos, por criar uma situação paradoxal.

Segundo ela, a prova poderia ser utilizada, desde que não violasse regra de direito processual. Se, todavia, violasse direito material, o responsável pela prova responderia pela sua produção ou obtenção em outro processo, o que não prejudicaria seu uso. A jurisprudência brasileira não aceita essa teoria, por não considerar admissível que “um mesmo objeto, diante da ilicitude com que foi obtido, seria considerado como corpo de delito para ensejar a condenação de alguém e, ao mesmo tempo, seria perfeitamente válido para produzir efeitos no processo penal” (LOPES JR., 2011, p. 579).

A segunda teoria defende a inadmissibilidade absoluta da prova ilícita. É resultado da interpretação incondicional da redação do art. 5º, LVI, da Constituição Federal:

São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Entretanto, essa teoria também é problemática por levar a não utilização da prova a consequências absolutas, o que pode trazer injustiças, especialmente nefastas quando prejudiciais ao réu (LOPES JR., 2011, pp. 579 e 580).

A terceira teoria traz a ideia de que a prova ilícita é admissível em alguns casos, segundo o princípio da proporcionalidade. Aury Lopes Jr. considera essa teoria muito perigosa, pois o princípio da proporcionalidade pode levar a manipulações da lei processual penal extremamente lesivas a um Estado democrático de Direito. Essa teoria poderia ser usada para sobrepor o interesse público ao privado, ainda que isso acarretasse violações a direitos fundamentais individuais, o que não pode ser permitido (2011, pp. 580 e 581).

Por fim, a última teoria apresentada é a da admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade *pro reo*. Aqui, a proporcionalidade vem mais bem definida, e pode ser usada apenas em benefício do réu, nunca para mitigar-lhe direitos constitucionalmente garantidos. Baseia-se no pensamento de que permitir que um sujeito comprovadamente inocente seja preso apenas porque a prova que demonstra sua inocência é ilegal, é uma violência maior do que admitir a referida prova (LOPES JR., 2011, pp. 582 e 583). É a teoria a que

se filia o doutrinador ora analisado, o qual lembra que a jurisprudência não é pacífica nesse sentido, mas há decisões que aderem a esse pensamento.

Há ainda quem defenda a admissibilidade das provas ilícitas, como aponta Avolio (2010, pp. 52 e 53). Os defensores dessa teoria impõem maiores ou menores limitações à sua aplicação. A busca pela “verdade real” seria, para esses autores, interesse coletivo mais importante que o interesse individual do acusado. Nesse sentido afirmava Schönke que a busca ilegal era apenas uma formalidade antijurídica no processo, que não deveria invalidar a prova obtida e permitir a impunidade do culpado (SCHÖNKE apud AVOLIO, 2010, p. 52).

Segundo Scarance Fernandes, o dispositivo constitucional que regula o tratamento das provas ilícitas declarou a inadmissibilidade de tais provas para, justamente, apaziguar a doutrina e a jurisprudência nessa matéria (2012, p. 91). No entanto, ensina o mesmo autor que não se abandonou completamente a teoria da proporcionalidade, que ainda poderia ser aplicada para a proteção de outro direito constitucional, ainda que contrário ao interesse do réu (SCARANCE FERNANDES, 2012, p. 92). Dessa forma, a maleabilidade do dispositivo constitucional não seria apenas no sentido de proteger o réu, mas também para proteção de outros direitos fundamentais e constitucionais.

Quando utilizada em favor do réu, a prova ilícita é admissível por força do art. 5º, LV, da Constituição, o qual determina que:

Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Assim, determina Scarance, estão em conflito duas normas constitucionais, e deve prevalecer a que permite a prova de inocência do réu, para que não seja preso injustamente (2012, p. 93).

Apresentando outra possibilidade de restrição do inciso em comento, o mesmo doutrinador oferece um exemplo em que a inviolabilidade de correspondência, direito garantido pelo art. 5º, XII, da Constituição Federal, é desrespeitada, dentro de um presídio, para que se evite a fuga de presos que

planejavam sequestrar um juiz de direito. Scarance considera que, nesse caso, a prova produzida não é ilegal, e pode ser utilizada, face à teoria da proporcionalidade (2012, pp. 92 e 93).

Percebe-se, então, que, apesar da rigidez que o constituinte decidiu aplicar à regra, a doutrina e a jurisprudência continuam buscando saídas para que se evitem injustiças possivelmente causadas por esse rigor.

3.1.2 A prova ilícita na legislação infraconstitucional

As disposições que dizem respeito à admissibilidade de provas ilegais presentes no Código de Processo Penal têm como base a teoria dos frutos da árvore envenenada, que será objeto de análise posterior.

Vale adiantar, no entanto, que essa teoria busca excluir do processo provas lícitas derivadas de provas ilícitas. Quando uma prova é produzida segundo os padrões da lei, em obediência a todas as regras que lhe dizem respeito, mas o conhecimento que levou à produção da prova foi obtido mediante conduta ilegal, a prova produzida é ilegal por derivação, e não pode ser utilizada. Essa teoria foi adotada no direito pátrio, como permite observar o art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

A teoria dos frutos da árvore envenenada foi desenvolvida ao longo de décadas pela jurisprudência norte americana, e comporta algumas exceções, também adotadas pela nossa legislação. Os parágrafos do artigo mencionado expõem as situações em que uma prova produzida por meio ilícito pode ser utilizada e mantida nos autos do processo. Isso será analisado com mais atenção posteriormente.

Scarance entende que essa teoria não deve ser aplicada de forma absoluta, mesmo considerando as exceções legalmente permitidas, e prevê outras situações em que provas ilícitas devem ser utilizadas:

“Já se aventou, por exemplo, possibilidade de pessoas ligadas a uma organização criminosa, até mesmo policiais, produzirem intencionalmente uma prova ilícita para, com isso, impedir-se o sucesso de investigação regular em andamento, pois o obtido

nessa averiguação seria considerado ilícito em virtude da contaminação ocasionada pela prova ilicitamente forjada” (SCARANCE FERNANDES, 2012, p. 95).

Isso demonstra que existe aceitação da teoria da proporcionalidade, visto que sua absoluta rejeição poderia levar acusados a deliberadamente anularem suas investigações, com ou sem auxílio da polícia, conduta que não pode, em nenhuma hipótese, ser permitida pela lei.

Tal questão pode, também, ser resolvida pelo disposto no art. 565 do Código de Processo Penal, o qual determina que:

Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

Esse artigo é expressão legal do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que determina que não se pode beneficiar da própria torpeza. A prova ilegal seria, assim, apta a embasar condenação. Observe-se, porém, que a hipótese, do ponto de vista prático, não é muito recorrente. O acusado que tenha controle sobre as atividades da polícia não tem necessidade de produzir provas ilegais. Por outro lado, se o policial estivesse envolvido no crime, não haveria produção probatória por parte dos estados, mas um ato ilícito praticado por criminoso que poderia deixar vestígios e ser investigado lícitamente.

Além do Código de Processo Penal, a lei que regula as interceptações telefônicas também faz menção às provas ilícitas. A Lei 9.296/1996 regula a exceção à inviolabilidade das comunicações telefônicas prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal, e lista, em seu art. 2º e incisos, os casos em que a prova obtida por interceptação telefônica não deve ser utilizada, por constituir prova ilícita. Além disso, esse mesmo diploma legal tipifica a conduta de realizar interceptações telefônicas, informáticas e telemáticas irregularmente.

Assim, percebe-se a preocupação do legislador brasileiro em empregar às provas ilícitas o tratamento adequado, tendo se baseado, para tanto, nas disposições do direito americano.

3.2 Os frutos da árvore envenenada e a jurisprudência americana

3.2.1 A inadmissibilidade da prova ilícita no direito americano

A expressão “*fruit of the poisonous tree*” foi utilizada pela primeira vez na decisão proferida pela Suprema Corte Americana no caso *Nardone v. United States*, de 1939. O réu fora acusado de contrabandear bebidas alcoólicas. Alegou, no entanto, que a prova constituída contra ele derivava exclusivamente de escuta telefônica ilegal (*Nardone v. United States*, 308 U.S. 338, 1939).

Restou comprovado em primeira instância que a escuta não correspondera aos requisitos legais e, portanto, não deveria ser usada. Coube, então, ao acusado, demonstrar que as outras provas produzidas na investigação e na instrução do processo decorriam da prova ilegal, ou seja, que eram frutos da árvore envenenada (*Nardone v. United States*, 308 U.S. 338, 1939).²⁴

Apesar de o termo ter sido cunhado apenas nessa ocasião, a inadmissibilidade de provas lícitas derivadas de provas ilícitas se aplica no direito americano desde 1920, por ocasião da decisão proferida em *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251 U.S. 385). No caso, documentos, livros e papéis da empresa *Silverthorne Lumber Co.* haviam sido apreendidos pela polícia irregularmente, em violação de direitos dos seus donos, garantidos pela Quarta Emenda. O texto da Emenda garante proteção contra buscas e apreensões infundadas, e determina que tais atos só podem ocorrer mediante mandado que deve especificar o lugar onde a busca ocorrerá,

²⁴ O ônus da prova, nesse caso, é do acusado. É ele quem tem de demonstrar a ilicitude da prova contra ele constituída, assim como convencer os juízes de que o restante do conjunto probatório deriva da prova ilegal, como se infere do voto do juiz Frankfurter: *The burden is, of course, on the accused in the first instance to prove to the trial court's satisfaction that wire-tapping was unlawfully employed. Once that is established—as was plainly done here—the trial judge must give opportunity, however closely confined, to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was a fruit of the poisonous tree. This leaves ample opportunity to the Government to convince the trial court that its proof had an independent origin.*

e os objetos que serão apreendidos (*Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 1920).²⁵

A discussão, então, se deu em torno da possibilidade de se fazer uso das informações obtidas nos documentos, excluindo dos autos apenas os documentos em si. No entanto, a Suprema Corte entendeu que permitir que essas informações fossem utilizadas transformaria a emenda mencionada em meras palavras sem efeito. Segundo o Justice Holmes, que expressou a opinião da maioria da corte, “a essência da proibição da aquisição de provas ilegais é que não apenas o uso da prova ilegalmente obtida seja proibido, mas que nenhuma informação de que dela provenha seja utilizada perante o tribunal” (*Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 1920).²⁶

No entanto, ele continua afirmando que os fatos demonstrados na prova ilegal não se tornam “sagrados e inacessíveis”, e, se forem comprovados por outro meio – uma fonte independente –, poderão integrar a acusação. Enquanto o único meio de se provar os fatos alegados for fonte de erro do Estado, e causar violação de direitos do acusado, as informações não podem ser utilizadas em juízo (*Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 1920).²⁷

Essa decisão já faz menção, portanto, à exceção da fonte independente (*independent source*). Essa determinação mostra apenas que os fatos comprovados por meios ilícitos não estão absolutamente excluídos do processo, mas apenas precisam ser provados por outros meios.

Outra exceção à regra geral foi desenvolvida na decisão da Suprema Corte Americana *Nix v. Williams* (467 U.S. 431), em que se comentou a possibilidade da descoberta inevitável (*inevitable discovery*). No caso, o suspeito do homicídio de uma menina de 10 anos foi interrogado pela polícia

²⁵ The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

²⁶ The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all.

²⁷ Of course this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government's own wrong cannot be used by it in the way proposed.

na viatura, sem que lhe fosse garantido o direito de consultar um advogado. O interrogatório não foi formal, mas foi suficiente para que o acusado fornecesse informações incriminadoras, inclusive quanto ao local em que se encontrava o corpo. O corpo foi encontrado, e a devida perícia realizada (Nix v. Williams, 467 U.S. 431, 1984).

Em juízo, o advogado do réu pediu que as provas (local onde estava o corpo, e condições como foi encontrado) fossem desentranhadas dos autos, já que obtidas em decorrência de prova ilegal. No entanto, a Corte Americana considerou que as buscas que estavam sendo realizadas no mesmo local, assim como outras investigações realizadas pela polícia, acabariam por encontrar o corpo da menina, o que garantiria à polícia as mesmas informações fornecidas pelo acusado (Nix v. Williams, 467 U.S. 431, 1984).²⁸

Assim, as provas obtidas ilegalmente foram admitidas, pois o tribunal decidiu que o Estado teria atingido as mesmas provas pouco tempo depois, mesmo sem a ajuda obtida pelas declarações do acusado (Nix v. Williams, 467 U.S. 431, 1984).

O direito brasileiro incorporou essas exceções no art. 157, §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal. Na lei pátria, a regra da *independent source* e a da *inevitable discovery* não ficaram claramente separadas, mas misturaram-se nos parágrafos mencionados acima. O Código utiliza o termo “fonte independente”, mas o descreve como algo próximo à definição fornecida pela Corte Americana da descoberta inevitável. Assim, mesmo que não estejam tão bem definidas como no direito americano, ambas as exceções são utilizadas no Brasil.

A terceira exceção à regra permitida pela jurisprudência americana é denominada *attenuation rule*. A decisão que apresentou essa exceção foi a do caso Wong Sun v. United States (371 U.S. 471), do ano de 1963. No caso, a polícia obteve, ilegalmente, declarações de um suspeito de tráfico de drogas que incriminavam Wong Sun. Ele foi, então, acusado e ilegalmente preso. Foi solto após pagar fiança e, vários dias depois, confessou, voluntariamente, sua

²⁸ However, it was noted that even though the statements could not be admitted at a second trial, evidence of the body's location and condition might be admissible on the theory that the body would have been discovered even if the incriminating statements had not been elicited from respondent.

participação no crime. No tribunal, tentou fazer com que sua confissão fosse considerada prova ilegal, por ter acontecido apenas por causa da obtenção ilegal de informações que levaram a polícia até ele. No entanto, a Suprema Corte considerou que a prova era idônea, pois o nexo causal entre a prisão ilegal e a confissão havia sido atenuado pela passagem do tempo (GARDENER e ANDERSON, 2013, p. 224). O art. 157 do Código de Processo Penal menciona, em seu § 1º, a necessidade de existência de nexo causal entre a prova lícita e a ilícita, para que haja exclusão por derivação. No entanto, não faz menção à possibilidade de esse nexo ser atenuado e desconsiderado pelo decurso do tempo. Apesar disso, o Ministro Carlos Velloso fez menção à *attenuation doctrine* em decisão que será comentada posteriormente.

Percebe-se, então, que, desde a década de 20, já estava em desenvolvimento a teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual as provas inutilizáveis no processo não são apenas aquelas diretamente obtidas por meios ilegais ou irregulares, mas também quaisquer outras que delas advenham. Se a árvore está envenenada, nenhum de seus frutos pode ser bom, e devem, portanto, ser inutilizados.

Com esse tipo de determinação, buscava-se desestimular a polícia a realizar buscas e outros procedimentos de forma irregular, prejudicando direitos e liberdades individuais dos investigados (AVOLIO, 1995, p. 67). Permitir que a acusação fizesse qualquer tipo de uso das informações obtidas ilegalmente prejudicaria fatalmente o objetivo da proibição da prova ilegal em si. A polícia ainda teria benefícios obtendo provas ilegais, e não teria muito incentivo para se ater às regras legais.

Essa regra (*exclusionary rule*) já foi muito criticada por permitir, em alguns casos, que uma pessoa comprovadamente culpada não seja punida, se o conjunto probatório, ainda que convincente, for baseado em prova ilegal. No entanto, os defensores dessa teoria entendem que, ainda que exista essa possibilidade, a proibição da utilização dessas provas é o único meio que se tem de desencorajar a produção de provas por meios ilegais (GARDENER e ANDERSON, 2013, p. 219).

3.2.2 A ilicitude da prova na decisão do caso de Miranda

Foi comentado no primeiro capítulo que os advogados que realizaram a defesa de Miranda discutiram brevemente sobre qual emenda constitucional deveria embasar o pedido de nulidade da confissão obtida. Foi afirmado, ainda, que a emenda escolhida para tanto foi a Sexta, a qual garante aos acusados o direito de consultar advogado antes do interrogatório, e durante o ato. No entanto, no julgamento, o debate se deu em torno do direito à não autoincriminação, garantido na Quinta Emenda constitucional.

Na verdade, a violação a qualquer um desses princípios constitucionais ensejaria a nulidade das declarações obtidas durante o interrogatório do réu, pois tanto a falta de consulta com advogado quanto a não garantia do direito ao silêncio são suficientes para a contaminação da prova produzida. Isso porque, nessa ocasião, os juízes da Suprema Corte determinaram que os direitos constitucionais do acusado deveriam ser garantidos desde o primeiro momento em que sua liberdade fosse limitada, e não somente após o início da fase processual. No entanto, os efeitos do julgamento poderiam variar de acordo com a emenda escolhida para justificar a defesa de Miranda.

Gardner e Anderson explicam a diferença prática entre as garantias da Quinta e da Sexta Emendas. Segundo esses autores, os direitos expressos em cada uma das emendas são similares, mas não idênticos. A Quinta Emenda, assim como a decisão de Miranda, determinam que a polícia deva alertar o acusado de seus direitos, e que, quando o acusado expressa que quer fazer uso deles, o interrogatório deve cessar. Não necessariamente terá o acusado a possibilidade de consultar um advogado, é suficiente que a situação de custódia cesse. Após certo tempo, é possível que a polícia interroque o suspeito novamente, se ele renunciar de seus direitos (GARDNER e ANDERSON, 2013, pp. 306 e 307).

O direito da Sexta Emenda é diferente, pois, quando o procedimento acusatório judicial tem início, não é suficiente que o interrogatório pare, mas o acusado tem verdadeiro direito à presença de um advogado, ainda que seja cedido pelo Estado. Nenhum outro procedimento pode ocorrer sem que esse

direito seja assegurado. A essa determinação se dá o nome de *Massiah limitation*²⁹ (GARDNER e ANDERSON, 2013, pp. 306 e 307).

Além disso, a Suprema Corte decidiu, em 2004, no caso *United States v. Patane* (542 U.S. 630), que a falta do aviso de Miranda por si só não justifica a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. O aviso é necessário para que se evite que a polícia obtenha declarações involuntárias do acusado. É, como foi expresso na decisão da corte, uma medida profilática, para que se evitem violações ao direito à não autoincriminação. O Justice Thomas, todavia, explicou que esse direito não acarreta a ilegalidade de provas materiais decorrentes de declarações voluntárias feitas sem o aviso de Miranda (*United States v. Patane*, 542 U.S. 630, 2004).³⁰

É importante, portanto, definir claramente o que faz uma declaração ser voluntária. O constrangimento policial pode ser feito de forma discreta e indireta. Muitas pessoas, por não terem conhecimento do seu direito ao silêncio, se sentem coagidas a responder qualquer pergunta que um policial ou outro membro do Estado faça, mesmo não estando em situação de custódia. Uma afirmação pode, então, parecer voluntária quando, na verdade, o acusado a proferiu por ignorância de seus direitos. Permitir a utilização de provas derivadas, nesse caso, é algo perigoso, que pode levar a polícia a valer-se de formas mais discretas de coação.

Ainda que não tenha havido tortura na obtenção da confissão de Miranda, a pressão exercida naturalmente pelo ambiente policial foi considerada suficiente para que a idoneidade do interrogatório se perdesse. Ernesto Miranda não teve a possibilidade de consultar um advogado. A suposição dos policiais de que o acusado, por já ter sido preso anteriormente,

²⁹ “The holding that after a person has been charged with a crime, law officers cannot question the person or otherwise obtain incriminating statements regarding that crime without the person’s attorney present” (GARDNER e ANDERSON, 2013, p. 306). Após o indiciamento, nenhum ato pode ser realizado sem a presença do advogado. Isso foi determinado pela Suprema Corte, no julgamento do caso *Massiah v. United States* 377 U.S. 201, do ano de 1964.

³⁰ “[T]he *Miranda* rule is a prophylactic employed to protect against violations of the Self-Incrimination Clause. The Self-Incrimination Clause, however, is not implicated by the admission into evidence of the physical fruit of a voluntary statement. Accordingly, there is no justification for extending the *Miranda* rule to this context. And just as the Self-Incrimination Clause primarily focuses on the criminal trial, so too does the *Miranda* rule. The *Miranda* rule is not a code of police conduct, and police do not violate the Constitution (or even the *Miranda* rule, for that matter) by mere failures to warn. For this reason, the exclusionary rule articulated in cases such as *Wong Sun* does not apply”.

conhecia seus direitos, o prejudicou de forma inegável. O réu, de fato, não conhecia seus direitos e, vendo-se em uma situação de perda de liberdade, em que os policiais afirmavam já saber de sua autoria do crime, não viu alternativa senão confessar. O aviso de Miranda pode parecer uma pequena nuance, apenas um detalhe no decorrer do processo penal, mas é de extrema importância, pois, desde 1966, faz a diferença entre uma prova hábil e uma inútil, que não pode ser incluída nos autos devido à sua ilegalidade.

Entretanto, segundo a Suprema Corte em sua decisão do caso de *Patane*, a teoria dos frutos da árvore envenenada não se aplica em casos de prova ilegal por ausência do aviso de Miranda, quando a declaração do acusado é feita de forma voluntária. A ilegalidade atinge apenas a declaração em si, que deve ser excluída dos autos, e não se estende às provas materiais obtidas através das informações fornecidas pelo acusado. Assim, qualquer declaração feita pelo acusado que não recebeu o aviso de Miranda, ainda que voluntária, deve ser excluída dos autos. O que pode ser utilizado nesses casos são apenas as provas materiais que dela decorrem (GARDNER e ANDERSON, 2013, pp. 226 e 227).

3.3A influência das decisões da Suprema Corte Americana na jurisprudência brasileira

3.3.1 A decisão do habeas corpus 72.588/PB

A jurisprudência brasileira tem procurado aplicar as regras desenvolvidas no direito americano. Em diversas decisões proferidas pelos tribunais superiores nacionais se faz menção às decisões da Corte Suprema Americana, e se adaptam as medidas construídas no estrangeiro ao ordenamento jurídico brasileiro. Quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas e as exceções à regra geral, isso não é diferente.

O habeas corpus 72.588-1/PB, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, julgado em 1996, teve extrema importância na definição do tratamento que deveria ser conferido às provas ilícitas no Brasil, principalmente àquelas derivadas de escuta telefônica.

Paulstein Aureliano de Almeida, advogado, foi denunciado por exploração de prestígio qualificada, conduta tipificada no art. 357, parágrafo único, do Código Penal, por ter pedido a um cliente que lhe pagasse determinada quantia em dinheiro, com a justificativa de que teria, supostamente, prometido pagar um magistrado para que liberasse o detento (HC 72588, 1996, p. 291).

Foram impetrados, em favor do acusado, três habeas corpus: o primeiro foi logo após o recebimento da denúncia pelo juiz, perante o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba; o segundo, perante o Superior Tribunal de Justiça, sendo substitutivo de recurso em habeas corpus; o terceiro é o que ocasionou a decisão ora em comento (HC 72588, 1996, p. 292).

Nessa ocasião, o defensor do acusado alegou que todas as provas produzidas no curso do processo eram derivadas de escuta telefônica realizada sem ordem judicial específica, ou seja, de forma irregular (HC 72588, 1996, p. 291). O telefone prisional que continha o dispositivo de escuta havia sido assim alterado por determinação judicial, mas com o intuito de obter provas referentes a uma suspeita de tráfico ilegal de entorpecentes. Sendo assim, o impetrante argumentou que todas as provas presentes nos autos eram ilegais, e não deveriam ser utilizadas (HC 72588, 1996, p. 297).

O plenário do Supremo Tribunal Federal acolheu os pedidos do impetrante na decisão assim ementada:

Habeas corpus. Crime qualificado de exploração de prestígio (CP, art. 357, par. único). Conjunto probatório fundado, exclusivamente, de interceptação telefônica, por ordem judicial, porém, para apurar outros fatos (tráfico de entorpecentes): violação do art. 5º, XII, da Constituição. 1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada

pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. (HC 72588, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/1996, DJ 04-08-2000).

Conforme ressaltou o Ministro Maurício Corrêa, o inciso XII do art. 5º da Constituição requer dispositivo legal infraconstitucional específico que lhe regule, e que, à época da decisão, ainda não existia. O art. 57, II, da Lei 4.117/1962 não foi recepcionado pela Constituição, e, portanto, permanecia a necessidade de lei que regulamentasse o mencionado inciso constitucional. A ausência de lei que especificasse os requisitos da interceptação telefônica legal fez com que os ministros se baseassem em regras e princípios mais amplos para considerar ilegal a prova obtida no caso (HC 72588, 1996, pp. 306 e 307).

Além disso, havia sido argumentado nas instâncias inferiores que o telefone “grampeado” não era particular, o que excluiria a proteção constitucional. Entretanto, o Ministro Maurício Corrêa tornou claro que o objetivo da Constituição era garantir a privacidade às pessoas, o que também deve ser feito em lugares públicos. Ainda que o telefone não seja particular, as conversas que por ele ocorrem merecem proteção para que não se viole a intimidade das pessoas envolvidas. As consequências práticas da não aplicação de determinada garantia constitucional ao meio público seriam certamente desastrosas (HC 72588, 1996, pp. 307 e 308).

Em seu voto, o mesmo ministro mencionou a aplicação, ao caso, da teoria dos frutos da árvore envenenada. Tendo sido todas as provas do caso derivadas de uma única prova ilegal, o conjunto probatório inteiro pôs-se a perder, por ser inidôneo e indigno de sustentar a condenação de qualquer acusado (HC 72588, 1996, p. 308).

O Ministro Celso de Mello foi ainda mais longe, e declarou que enquanto a lei que deveria regular o uso legítimo de escutas telefônicas não fosse decretada, nenhuma prova advinda de tal prática – nem mesmo com autorização judicial – poderia ser usada. Dessa forma, nenhuma pessoa poderia ser indiciada, acusada ou condenada com fundamento em prova ilícita, e, sem expressa permissão legal, toda e qualquer prova oriunda de interceptação telefônica deveria assim ser considerada (HC 72588, 1996, pp. 336 a 338).

Também entenderam pelo deferimento do habeas corpus os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek.

A opinião contrária foi expressa no voto do Ministro Carlos Velloso. Para melhor embasar seus argumentos, o ministro incluiu decisão própria anterior, em que se travara discussão semelhante à do caso em pauta. A divergência ocorrera entre o voto do mencionado ministro e o do Ministro Sepúlveda Pertence. O que se discutira não era a ilegalidade da escuta telefônica, mas, sim, se as outras provas deveriam também ser consideradas ilícitas. Segundo Sepúlveda Pertence, todas as outras provas haviam derivado da interceptação

irregular. Entretanto, Carlos Velloso valera-se de uma afirmação extraída dos autos, atribuída ao delegado responsável pelo inquérito, em que constava que, mesmo que se desconsiderasse a escuta telefônica, ainda assim haveria prova suficiente para a condenação. Como não se pode adentrar discussões sobre matéria probatória e sua valoração em sede de habeas corpus, o ministro considerara que se deveria avaliar suficiente e idônea a prova produzida (HC 72588, 1996, pp. 323 a 330).

Após a menção ao outro voto, o ministro alertou para o perigo de que a aplicação indiscriminada da teoria dos frutos da árvore envenenada poderia levar à impunidade de muitos criminosos, sem que houvesse necessidade ou justificativa para tanto. Afirmou, então, que apenas a prova que deriva diretamente da prova ilegal devia ser desconsiderada, e que essa análise devia ser feita com cautela (HC 72588, 1996, p. 330).

A Suprema Corte Americana, conforme citou Carlos Velloso, impõe também obstáculos à aplicação dessa teoria. A Quarta Emenda à Constituição teria como objetivo possibilitar que se sopesassem os valores mais caros à sociedade, quando houvesse conflito entre interesses particulares e públicos. Assim se desenvolveu a doutrina da “causa provável”, que, depois, se tornou “suspeita razoável”, e, por fim, se tornou “algum nível mínimo de justificativa objetiva”. São ponderações que o juiz deve fazer para chegar à condenação, avaliando-se a probabilidade da autoria, valendo-se da razoabilidade (HC 72588, 1996, pp. 331 e 332).³¹

O mesmo ministro valeu-se também da jurisprudência americana para justificar seu voto. Mencionou a existência da *attenuation doctrine*, segundo a qual uma prova derivada de prova ilícita pode ser utilizada, desde que o nexos causal entre as duas seja tão tênue que não justifique a retirada dos autos da prova derivada (HC 72588, 1996, pp. 332 e 333).

Encerra seu voto citando trecho do parecer do Subprocurador-Geral, o qual afirmou que a instrução criminal ainda não havia sido encerrada, e novas

³¹ Hoje, os tribunais americanos valem-se do padrão “*beyond reasonable doubt*”. É de difícil definição, mas a doutrina e a jurisprudência têm realizado esforços nesse sentido. Gardner e Anderson definem esse padrão como a prova que garante firme convicção da culpa do acusado (2013, pp. 79 e 80).

provas, não derivadas da escuta telefônica ilegal, ainda poderiam ser produzidas. Sendo assim, votou o ministro pela não concessão da ordem de habeas corpus (HC 72588, 1996, p. 335).

No mesmo sentido votaram os Ministros Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

A Corte decidiu, então, por seis votos a cinco, que o habeas corpus deveria ser deferido, e a ação penal trancada.

3.3.2 A aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada no Brasil

O alcance da teoria dos frutos da árvore envenenada no direito brasileiro se define tanto na lei quanto na jurisprudência. Em decisão muito interessante, o Ministro Gilmar Mendes suscita diversas questões importantes quanto à admissibilidade de provas ilícitas:

Habeas corpus. Nulidades: (1) Inépcia da denúncia; (2) Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial; violação de registros telefônicos do corrêu, executor do crime, sem autorização judicial; (3) Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, porquanto essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da lei 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. Vícios não caracterizados. Ordem denegada. 1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação -- não importam em prejuízo à defesa. 2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares

apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. 3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas.

3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corrêu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida. 4. Ordem denegada.

(HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012).

O réu, no caso, alegou a nulidade das provas obtidas durante o inquérito, por terem os policiais violado registros telefônicos do corrêu, sem mandado judicial. O Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, explica que isso não torna a prova ilegal, porque não se confunde registro telefônico com comunicação telefônica. A proteção legal oferecida a cada um deles é

diferente, e a suposta violação a registros telefônicos, que levou a outras provas, não ensejou a declaração de ilegalidade do conjunto probatório.³²

Apesar de defender a legalidade da prova, o ministro trabalha com a eventualidade de se considerar essa prova ilegal, o que, segundo ele, não seria de nenhum auxílio à defesa, por considerar que as informações obtidas no registro telefônico analisado seriam objeto de descoberta inevitável, consoante a doutrina americana já comentada.

A jurisprudência também aplica as exceções da fonte independente e da descoberta inevitável, como se pode observar na decisão do STJ:

Habeas corpus. Furto de energia elétrica (artigo 155, § 3º, do Código Penal). Prisão em flagrante e prova pericial realizadas por policiais e peritos que atuavam em razão de convênio celebrado entre concessionária de serviço público e a secretaria de segurança pública do estado. Nulidade do acordo apontada pelo Ministério Público. Consequente ilicitude da prova que sustenta a acusação.

Ausência de declaração judicial de qualquer irregularidade ou ilegalidade na realização do convênio. Inexistência de elementos que revelem que os agentes estatais teriam agido contrariamente às normas do ordenamento jurídico.

1. O trancamento de ação penal é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. Na hipótese vertente, alega-se, em síntese, a falta de lastro probatório apto a justificar a ação penal, porquanto a prova que sustentaria a acusação seria nula, já que decorrente da atuação de policiais e peritos em virtude de convênio supostamente

³² O registro telefônico diz respeito a informações como o número da linha telefônica que efetuou a ligação, ou para a qual foi feita a ligação, assim como horário etc.

irregular celebrado entre a concessionária de energia elétrica e a Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia.

3. Não havendo nos autos quaisquer informações de que o acordo teria sido considerado ilegal judicialmente, nem elementos no sentido de que a prisão em flagrante do paciente, ou a perícia empreendida no equipamento de ligação de energia do estabelecimento de sua propriedade teriam sido feitas em desconformidade com as normas do ordenamento jurídico pátrio, não há como esta Corte Superior reconhecer como nulas as provas que lastreiam a ação penal contra ele instaurada.

Provas que seriam obtidas independentemente do convênio supostamente ilegal. Teorias da fonte independente e da descoberta inevitável.

Subsistência do flagrante e das provas obtidas. Ausência de constrangimento ilegal. Denegação da ordem.

1. Ainda que o convênio celebrado no caso vertente fosse considerado nulo ou ilegal, o que, repita-se, não ocorreu, a prisão em flagrante e a prova pericial seriam válidas, porquanto o referido acordo não foi determinante para a obtenção da prova que se reputa nula por derivação (teorias da fonte independente e da descoberta inevitável).

2. Ordem denegada.

(HC 146.959/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 16/11/2010).

A teoria dos frutos da árvore envenenada, portanto, é aplicada no Brasil, e tem fundamento no Código de Processo Penal, assim como na jurisprudência e na doutrina. Apesar de apresentar algumas diferenças com relação ao que foi desenvolvido e ao que é aplicado nos Estados Unidos, a influência do direito americano no tratamento das provas ilícitas no Brasil é claro. É, portanto, de extrema importância que se estude o desenvolvimento da teoria e de suas exceções na jurisprudência americana, para entender satisfatoriamente cada

um dos seus institutos, e para que se façam as adaptações necessárias para melhor aplicação no direito nacional.

3.3.3 O aviso de Miranda na jurisprudência brasileira

Os tribunais pátrios têm feito uso de algumas das determinações da Corte Americana em diversas situações, e têm aplicado alguns direitos do acusado na mesma forma moldada pelos juízes norte americanos.

É o que se percebe da seguinte decisão:

Habeas corpus. Juizados especiais criminais. Lei nº 9.099/95. art. 72. Audiência preliminar. Desnecessidade de oferecimento prévio da denúncia. Declarações do acusado. Direito ao silêncio. 1. O comparecimento do paciente ao Juízo para a audiência preliminar não depende do oferecimento de denúncia, mas, como é próprio do sistema dos Juizados Especiais Criminais, ocorre antes dela. As declarações prestadas pelo paciente nessa audiência não se confundem com o interrogatório de que trata o art. 81, caput da mencionada lei. 2. Não tendo sido o acusado informado do seu direito ao silêncio pelo Juízo (art. 5º, inciso LXIII), a audiência realizada, que se restringiu à sua oitiva, é nula. 3. Pedido deferido em parte.

(HC 82463, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 05/11/2002, DJ 19-12-2002).

Decidiu-se que as declarações do acusado eram nulas, mesmo fora do interrogatório formal, porque ele não havia sido informado de seu direito ao silêncio. É uma aplicação direta do que foi determinado no caso de Miranda.

De forma semelhante foi decidido no seguinte caso:

Recurso ordinário em habeas corpus. Constitucional. Processo penal. Falta de informação sobre direitos constitucionais. Irregularidade no laudo pericial. Nulidade da sentença.

A falta de informação ao preso sobre seus direitos constitucionais gera nulidade dos atos praticados, se demonstrado prejuízo.

Precedentes. Relatório médico preliminar não se confunde com laudo pericial decorrente de auto de exame de corpo de delito (CPP, art. 159/160). É no laudo que os dois peritos devem responder aos quesitos e firmá-lo. As nulidades ocorridas até o interrogatório judicial devem ser argüidas na defesa prévia. A não interposição do pedido de declaração da sentença caracteriza a preclusão da matéria omitida. Precedentes. Recurso desprovido. (RHC 79973, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 23/05/2000, DJ 13-10-2000).

O ministro relator ressaltou, em seu voto, a importância de se dar o aviso dos direitos de ficar calado e de consultar a família e o advogado, no momento em que se prende um acusado. Afirmou ainda que a falta do aviso acarreta a nulidade dos atos praticados (RHC 79973, p. 423). Neste caso, a nulidade não foi reconhecida, mas porque o Ministro Nelson Jobim considerou que houve preclusão do pedido de declaração da nulidade. Além disso, considerou também que a nulidade não causou efetivo prejuízo à defesa. Baseou-se em argumento utilizado pelo Ministro Sepúlveda Pertence em outra decisão para afirmar que a nulidade, mesmo absoluta, precisa causar dano para ser declarada, pelo princípio do *pas de nullité sans grief*. Segundo o Ministro Pertence “nem a nulidade absoluta, mesmo de fonte constitucional, pode fugir à exigência elementar da verificação de prejuízo” (HC 78708).

O Ministro Nelson Jobim considerou a prova como ilegal, mas não ilícita. A prova ilegal é aquela que foi obtida com desrespeito apenas a normas procedimentais. A prova ilícita, por sua vez, tem defeitos de ordem material. Na ilicitude da prova, o prejuízo é pressuposto pelo sistema de garantias constitucionais. No caso, houve relativização dessa garantia, o que só podia ocorrer em caso de prova ilegal.

A necessidade de se detectar prejuízo à defesa para que a nulidade da prova obtida sem o aviso de Miranda seja declarada não existe na

jurisprudência americana, apenas na brasileira. Isso pode ser constatado em outras decisões dos tribunais superiores nacionais.³³

Sendo assim, percebe-se que os tribunais brasileiros, mormente o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, adotaram algumas determinações da decisão de Miranda. No entanto, a argumentação por trás dessas determinações não é empregada de forma ampla no Brasil, pois os direitos do acusado, como já se mencionou, não são plenamente garantidos na fase policial da investigação. Há alguma influência dessa decisão, mas ela não foi tão profunda quanto deveria ter sido. Os membros da Suprema Corte americana decidiram estender os direitos mais básicos do acusado a todos os momentos em que sua liberdade estivesse limitada, o que não é aplicado no Brasil.

3.4 A ilegalidade da prova como expressão do modelo garantista

A inadmissibilidade das provas ilegais, assim como a nulidade das suas derivadas torna-se, como se pode constatar, mais uma garantia ao acusado. Pode ser vista como verdadeiro direito, não apenas de quem já sofre acusação, mas de todos. Se tais provas pudessem embasar uma condenação criminal, é certo que o direito à intimidade, garantido a todos pela Constituição, estaria em extinção, e sofreria repetidas violações, em prol de uma investigação criminal contaminada por inconstitucionalidades desde seu nascimento.

Se todos os direitos do acusado mencionados no capítulo anterior existem para que não se permita uma investigação criminal que o deixe sem garantias contra o Estado, ente por natureza mais forte que qualquer indivíduo, o direito ora apresentado é o último deles, e o primeiro, por ser o principal, a causa a que todos os outros se voltam. Mais abrangente que os outros, não atinge apenas o acusado, mas qualquer acusado em potencial e, isso, todos o somos.

³³ No mesmo sentido a decisão do STF: RHC 107915, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/10/2011, DJe-217 DIVULG 14-11-2011 PUBLIC 16-11-2011. E a do STJ: HC 66.298/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 05/11/2007.

Um sistema penal que admite provas obtidas de forma ilegal, ou inidônea, deve sucumbir, por não oferecer à investigação e seus sujeitos o cuidado merecido. O Estado garantista deve se preocupar em inutilizar provas ilícitas, assim como suas derivadas, para que direitos básicos e fundamentais dos acusados sejam respeitados.

Na busca pelo equilíbrio entre garantismo e eficiência, devem-se reconhecer os direitos individuais mais importantes, de que não se pode abrir mão, e os meios de efetivação desses direitos. O cumprimento das regras processuais e constitucionais comentadas neste trabalho é o mínimo que o Estado deve realizar para que esse equilíbrio se mantenha.

CONCLUSÃO

A presente monografia procurou demonstrar a importância que a decisão da Suprema Corte Americana no caso de Miranda teve no tratamento das provas ilícitas, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil. A decisão proferida nesse caso tem profunda ligação com a teoria dos frutos da árvore envenenada. Não foi nessa ocasião que se desenvolveu a teoria – isso já vinha acontecendo ao longo do séc. XX –, mas, nela, se ampliou consideravelmente o seu âmbito de aplicação.

Para que tal teoria seja satisfatoriamente aplicada, é necessário que a prova ilícita seja muito bem definida, em qualquer uma de suas formas. Os juízes da Suprema Corte delinearão os requisitos necessários para que um interrogatório – em sua concepção mais ampla, abarcando também declarações informais do acusado – pudesse integrar os autos do processo como fonte válida de prova.

Apesar de ser meio de defesa do acusado, o interrogatório pode integrar o conjunto probatório dos autos, se as declarações proferidas contribuírem com a tese da acusação. Entretanto, para que isso aconteça, é indispensável que cada um dos direitos constitucionais e infraconstitucionais do acusado seja plenamente respeitado.

Como foi possível observar, não se trata apenas de um aviso que deve ser dado ao acusado. Uma série de outros direitos decorre do mesmo princípio à não autoincriminação, e todos devem ser respeitados igualmente para que se considere a validade da prova. Qualquer eiva no momento da realização do interrogatório é causa para sua invalidação.

Não se deve menosprezar a força da prova produzida no inquérito. Nosso sistema é muito permissivo em relação à obtenção de provas nessa fase, e atribui valor desproporcional a elas, que normalmente não seguem os requisitos da prova processual. A garantia de todos os direitos do acusado também na fase do inquérito seria mais uma forma de se afirmar a absoluta importância do direito à dignidade humana. O acusado não deve, sob nenhuma circunstância, ser utilizado como objeto da própria acusação, como prova

contra si mesmo. A fragilidade com que alguns direitos do acusado são empregados no inquérito permite que isso aconteça em níveis mais ou menos acentuados.

O ambiente policial, de forma geral, é extremamente inóspito, e exerce enorme pressão sobre o acusado. O treinamento que a polícia recebe, e o modo como muitos de seus agentes tratam os acusados, são um constante desafio às normas constitucionais. A tortura ainda é empregada, principalmente a psicológica, e isso ofende os direitos mais básicos dos acusados, assim como princípios basilares do Estado democrático de Direito. A coerção policial é extremamente comum, e não se pode simular que isso não afeta o processo penal, limitando certos direitos do acusado a apenas alguns momentos da investigação.

A ignorância quanto aos procedimentos policiais utilizados no Brasil diminui a eficiência do sistema, pois, assim como foi argumentado na decisão de Miranda, isso faz com que a polícia se torne menos técnica e menos preocupada em produzir provas realmente hábeis a condenar um acusado.

O que foi discutido no caso de Miranda, na década de 1960, pelos juízes da Suprema Corte Americana, pode e deve ser plenamente aplicado no Brasil. Ainda temos um longo caminho a percorrer até chegarmos a um sistema penal que realmente permita a aplicação dos direitos individuais dos acusados, mas, ao menos, já temos alguns dos instrumentos necessários para evoluir nesse sentido, e o temos feito, ainda que suscetíveis a todas as vicissitudes e dificuldades inerentes a esse tipo de progresso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

BARROS, Marco Antonio de. A Busca da Verdade no Processo Penal. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

BOTTINO, Thiago. O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF. Elsevier: Campus, Rio de Janeiro, 2009.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 13ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2006.

DARMER, Katherine B., Miranda Warnings, Torture, the Right to Counsel, and the War on Terror, 2007. Disponível em: http://works.bepress.com/m_katherine_darmer/4. Acessado em 21/05/2013.

DWORKIN, Ronald. The Threat to Patriotism, 2002. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/archives/2002/feb/28/the-threat-to-patriotism>. Acessado em 06/2013.

_____, What the Court Really Said, 2004. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/archives/2004/aug/12/what-the-court-really-said/?pagination=false#fn5-414694791>. Acessado em 15/6/2013.

Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, 1964. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=378&invol=478>. Acessado em 06/2013.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, 6ª edição. Editora Rio, Rio de Janeiro, 1980.

FARIA, Bento de. Código de Processo Penal, vol. 1, 2ª edição. Record editora, Rio de Janeiro, 1960.

FRANCO, Ary Azevedo. Código de Processo Penal, vol. 1, 6ª edição. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1956.

GARDNER, Thomas J., e ANDERSON, Terry M. Criminal Evidence: Principles and Cases, 8ª edição. Cengage Learning, Wadsworth, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, e SCARANCE FERNANDES, Antonio. As Nulidades no Processo Penal, 11ª edição. Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 2010.

LEO, Richard A., The Third Degree and the Origins of Psychological Interrogation in the United States, 2004. Interrogations, confessions and entrapment, G. Daniel Lassiter, ed., Kluwer Academic/Plenum Publishers, 2004. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1584932>. Acessado em 05/2013.

LEO, Richard A., e KOENIG, Alexa. Police Interrogation and Coercion in Domestic American History: Lessons for the War on Terror, 2010. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1533402. Acessado em 05/2013.

LEWIS, Peter W. Criminal Procedure: the Supreme Court's view. West Publishing Co. St. Paul, 1979.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. 1, 7ª edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

LOPES JR, Aury, e DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 14-16, jun. 2007.

MONDAK, Jeffery J., e HURWITZ, Jon. Examining the Terror Exception: Terrorism and Commitments to Civil Liberties, 2012. Disponível em: <http://poq.oxfordjournals.org/content/76/2/193.abstract?sid=be7c7378-9ef8-40bd-8385-d87fac097c0f>. Acessado em 11/06/2013.

Nardone v. United States, 308 U.S. 338, 1939. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=308&invol=338>. Acessado em 06/2013.

Nix v. Williams, 467 U.S. 431, 1984. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=467&invol=431>. Acessado em 06/2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, 5ª ed. rev. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

MIRANDA V. ARIZONA, 384 U.S. 436, 1966. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=384&page=436>. Acessado em 05/2013.

RADBRUCH, Gustav. Introdução à Ciência do Direito. Tradução de Vera Barkow. 1ª edição, Editora Martins Fontes, São Paulo, 1999.

RILEY, Gail Blasser. Miranda v. Arizona: rights of the accused. Berkeley Heights: Enslow Publishers, 1994.

ROMANS, Neil T., The Role of State Supreme Courts in Judicial Policy Making: Escobedo, Miranda and the Use of Judicial Impact Analysis, 1974. The Western Political Quarterly, Vol. 27, No. 1, pp. 38-59. Publicado por: University of Utah on behalf of the Western Political Science Association. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/446394>. Acessado em 09/05/2013.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. A Mudança no Tratamento do Interrogatório. Boletim IBCCRIM, ano 17, nº 200, 2009.

_____. Processo Penal Constitucional. 7ª. Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385, 1920. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=251&invol=385>. Acessado em 06/2013.

SONGER, Donald R., e SHEEHAN, Reginald S., Supreme Court Impact on Compliance and Outcomes: Miranda and New York Times in the United States Court of Appeals. The Western Political Quarterly, Vol. 43, No. 2, 1990, pp. 297-316. Publicado por: University of Utah on behalf of the Western Political Science Association. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/448368>. Acessado em 05/2013.

SPITZCOVSKY, Celso. O direito constitucional ao silêncio e suas implicações. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov. 2005. Disponível em: < http://www.damasio.com.br/?page_name=art_259_2005&category_id=31 >. Acessado em 29/06/06.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 14ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011.

United States v. Patane, 542 U.S. 630, 2004. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=542&invol=630>. Acessado em 06/2013.

WRIGHT, Joanna. Mirandizing Terrorists? An Empirical Analysis of the Public Safety Exception, 2011. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1942997. Acessado em 05/2013.