

PANORAMA DA GARANTIA DE VEDAÇÃO DA AUTO-INCRIMINAÇÃO NO CENÁRIO INTERNACIONAL E SUPRANACIONAL

“The person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that anything he says will be used against him in court; he must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation, and that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him. (...) If the individual indicates in any manner, at any time prior to or during questioning, that he wishes to remain silent, the interrogation must cease (...) If the individual states that he wants an attorney, the interrogation must cease until an attorney is present. At that time, the individual must have an opportunity to confer with the attorney and to have him present during any subsequent questioning”
Trecho do voto do *Chief Justice* Earl Warren no julgamento realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)¹.

6.1

Introdução

Embora não se pretenda realizar o estudo comparado das decisões do Supremo Tribunal Federal e das cortes internacionais e supranacionais acerca da garantia de vedação de auto-incriminação, é indisputável a importância da análise desses casos. Com efeito, não só o Supremo Tribunal Federal irá referir-se a esses julgamentos em algumas de suas decisões – especialmente os julgados da Suprema Corte dos EUA –, mas também elas servem de parâmetro para compreender o grau de protagonismo judicial das decisões nacionais.

¹ Todos os casos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América comentados nesse trabalho foram examinados a partir do seu inteiro teor, tais como apresentados no sítio www.findlaw.com.

Afinal, em alguns casos é possível perceber que o Supremo Tribunal Federal interpretou o texto constitucional a partir de uma perspectiva mais ampla, incorporando as experiências normativas e jurisdicionais estrangeiras sobre normas similares, bem como os sistemas supranacionais de proteção dos direitos humanos.

Conhecer a amplitude dessa garantia em países que, como o Brasil, erigiram a vedação de auto-incriminação à condição de direito fundamental, permite compreender o verdadeiro alcance da expressão “doutrina brasileira do direito ao silêncio”.

6.2

Panorama da garantia de vedação da auto-incriminação no cenário internacional e supranacional.

No plano dos documentos internacionais de direitos humanos, nota-se a ausência de qualquer referência ao direito de permanecer calado, ou de não se auto-incriminar, nos textos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e na Convenção Européia de Direitos Humanos (1950).

O primeiro documento internacional a afirmar expressamente o direito do indivíduo de não se auto-incriminar, considerando-o como uma garantia fundamental, foi o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), adotado na XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas em 16/12/1966, com a seguinte redação: “*Art. 14, III: Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...), ‘g’ - a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem se confessar culpada*”.

Essa garantia foi reproduzida, logo em seguida, pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José da Costa Rica, em 22.11.1969, com o seguinte conteúdo: “*Art. 8º, II: 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: (...) ‘g’ direito de*

não ser obrigada a depor contra si mesma, nem se confessar culpada". Esse dispositivo é ampliado em razão de outro dispositivo legal: “Art. 7º, III: A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza”.

Merecem destaque, também, outros documentos internacionais relevantes que, embora abordem o tema de maneira diversa, reforçam o conceito de que a finalidade do Direito Processual Penal não deve ser a busca da verdade a partir do investigado. São eles a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CCT), adotada pela Resolução 39/46, da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10/12/1984², e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPT), adotada pela Assembléia Geral da OEA em 09/12/1985³, ambas proibindo que agentes públicos utilizem força ou intimidação do suspeito para obter informações.

O processo de transformação de um documento internacional em direito interno, parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro, só ocorre depois do texto ser aprovado pelo Congresso Nacional, por meio da promulgação de um Decreto Legislativo (Dec.Leg.) e da subsequente promulgação de um Decreto do Presidente da República.

Portanto, a interpretação de um dispositivo constitucional a partir de textos de tratados, pactos ou outros documentos internacionais, pelo Poder Judiciário, prescinde da anterior manifestação dos Poderes Legislativo e Executivo. Nesse contexto, é sintomático que somente depois do fim da ditadura instalada pelo golpe militar de 1964 e da redemocratização, iniciada em 1985, tais documentos internacionais passassem a fazer sentido no cenário jurídico brasileiro.

² “Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo ‘tortura’ designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram”.

³ “Artigo 2º - Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica”.

Na verdade, somente após a promulgação da nova Constituição, em 1988, que restaurou o Estado de direito, é que o Brasil ratificou os principais documentos internacionais de direitos humanos (PIDCP, CADH, CCT e CIPT), como se vê da tabela abaixo:

Texto	Elaboração	Aprovação pelo Congresso	Decreto de promulgação
PIDCP	16/12/1966	Dec. Leg. n° 226, de 12/12/1991	Decreto n° 592, de 07/07/1992
CADH ⁴	22/11/1969	Dec. Leg. n° 27, de 26/05/1992	Decreto n° 678, de 06/11/1992
CCT	10/12/1984	Dec. Leg. n° 4, de 23/05/1989	Decreto n° 40, de 15/02/1991
CIPT	09/12/1985	Dec. Leg. n° 5, de 31/05/1989	Decreto n° 93.386, de 09/11/1989

Com a abertura do direito brasileiro aos ventos humanitários do direito internacional, afigurava-se absolutamente pertinente que se abandonasse a produção legislativa e jurisprudencial até então utilizada – porquanto vinculada a um paradigma de estado autoritário – e se realizasse uma releitura das normas ordinárias a partir da Constituição e uma leitura desta conjugada com os valores universais de liberdade e igualdade consolidados nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Como se verá adiante, em alguns casos o Supremo Tribunal Federal estabeleceu essa clivagem entre a produção jurídica “pré” e “pós” Constituição. Noutros, reiterou precedentes jurisprudenciais como se não houvesse sido instaurada uma nova ordem constitucional.

O mesmo ocorreu com a legislação infraconstitucional, ora adaptada ao texto da nova Carta Política, ora mantida intocável, apesar de frontalmente contrária aos novos valores pactuados em 1988 pelo povo brasileiro.

6.2.1

A vedação de auto-incriminação no âmbito internacional

A garantia de não se auto-incriminar constitui uma referência importante no âmbito internacional, em razão de constar expressamente a 5ª emenda à

⁴ Importante consignar que a adesão inicial do Brasil ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos não foi integral. A ressalva acerca do reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para julgar violações cometidas pelo Brasil só foi retirada depois da aprovação do Decreto Legislativo n° 89, de 03/12/1998, e sua promulgação pelo Decreto n° 4.463, de 08/11/2002.

Constituição dos Estados Unidos da América (EUA), datada de 1791: “(...) *ninguém será compelido a testemunhar contra si próprio no curso de um processo criminal*”⁵.

A supremacia econômica dos EUA pode ser associada à “exportação” de modelos sociais e políticos (além do econômico, obviamente) em todo o globo e, com maior intensidade, nas Américas. No caso brasileiro, a influência jurídica do sistema judicial dos EUA é muito grande, sendo sentida na organização federativa do Estado (vale lembrar que a nossa primeira Constituição republicana, em 1891, teve franca inspiração estadunidense) e nos princípios liberais que orientam os direitos e garantias fundamentais.

Por essa razão, a presença da garantia de não se auto-incriminar no ordenamento jurídico dos EUA, constitui um importante modelo para outros sistemas jurídicos. Logo, o estudo do sentido, limite e alcance dessa garantia afigura-se como um paradigma relevante para que se possa examinar as mesmas características dessa garantia no Brasil.

Inicialmente, as garantias fundamentais introduzidas pelas dez primeiras emendas à Constituição dos EUA⁶ foram consideradas aplicáveis exclusivamente no âmbito da jurisdição federal.

Posteriormente, em 1868, a 14ª emenda incorporou à Constituição as cláusulas do devido processo legal e da igualdade perante a lei, o que levaria à construção do entendimento jurisprudencial de que aquelas garantias

⁵ O inteiro teor do dispositivo está disponível em http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/bill_of_rights_transcript.html: “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”.

⁶ O termo “*Bill of Rights*” denomina as dez primeiras emendas apresentadas pelo Congresso em 25 de setembro de 1789 e ratificadas em 15 de dezembro de 1791, as quais versam preponderantemente sobre garantias individuais fundamentais e limitam os poderes do governo federal, protegendo os cidadãos, residentes e visitantes no território dos EUA, como, por exemplo: a liberdade de expressão, religião, imprensa, associação, de ação (1ª emenda), de posse de armas de fogo (2ª emenda), de privacidade, intimidade e inviolabilidade domiciliar, regulando inclusive buscas e apreensões domiciliares (3ª e 4ª emendas), proteções processuais como direito a ser julgado por um júri, ao devido processo legal, à vedação de auto-incriminação, à vedação do *bis in idem*, ao processo público, rápido e no qual seja garantida assistência de um advogado (5ª e 6ª emendas), vedação de penas cruéis e de multas e fianças excessivas (8ª emenda)

constitucionais aplicáveis à união poderiam ser exigíveis perante a justiça dos estados membros da federação estadunidense⁷.

É certo que, inicialmente, a Suprema Corte dos EUA resistiu a incorporar esse entendimento, inclusive no que tange à garantia de vedação da auto-incriminação.

No julgamento do caso *Twining v. State*, 211 U.S. 78 (1908), ocorrido em 09 de novembro de 1908, a Suprema Corte dos EUA decidira que as primeiras oito emendas à Constituição – dentre elas a que garantia o direito de não se auto-incriminar, a 5ª emenda – restringiam apenas o poder estatal da união (governo federal) e não se aplicavam às jurisdições dos estados.

A decisão da Suprema Corte naquele caso estabeleceu a existência de dois tipos de cidadania diferentes nos EUA: uma nacional e outra estadual. Assim, se um determinado direito, privilégio ou imunidade, embora fundamental, não decorre das características do federalismo e não está especificamente previsto na Constituição como oponível aos estados, não pode ser alegado em processos criminais desenvolvidos no âmbito da jurisdição local.

Ainda segundo a Suprema Corte, embora a 14ª emenda tenha incorporado à jurisdição federal e à estadual a cláusula do devido processo legal – com intuito de restringir o uso do poder estatal e evitar ações arbitrárias que pudessem atingir a liberdade e os bens dos indivíduos – não chega ao ponto de impor o respeito, por parte da justiça dos estados, da garantia de vedação de auto-incriminação quando esse direito não tiver sido incorporado pela legislação dos estados.

O fato da garantia de vedação de auto-incriminação constituir um direito referido em separado pela Constituição, na 5ª emenda, conduz à conclusão de que se trata de um direito destacado do devido processo legal.

⁷ A Guerra Civil dos Estados Unidos da América durou de 1861 a 1865 e teve como mote principal a questão da escravidão dos negros, um tema que vinha gerando conflitos armados desde 1855. Em 1857, a Suprema Corte, ao decidir o caso *Dred Scott* – na verdade, *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857) –, sustentara que os negros não eram e nem poderiam ser considerados cidadãos, razão pela qual não possuíam direitos constitucionais. A 13ª emenda, ratificada em 6 de dezembro de 1865, vedou expressamente a prática de escravidão e trabalho involuntário (salvo em caso de condenação criminal) em todo o território nacional. A 14ª emenda, ratificada em 9 de julho de 1868, é mais extensa e trata entre outros temas dos requisitos para obtenção da cidadania estadunidense. Suas grandes contribuições são, todavia, a garantia ao devido processo legal no âmbito estadual e a igualdade de tratamento perante a lei.

Portanto, na opinião da Suprema Corte, a garantia de vedação de auto-incriminação não faz parte da *common law* existente desde antes da independência das colônias e da formação dos EUA, não constitui um direito fundamental dos cidadãos dos EUA e, por fim, não pode ser apontado como um elemento indissociável do devido processo legal, com o significado que a 14ª emenda lhe conferiu.

Com base nesses argumentos a Suprema Corte decidiu seguir o *stare decisis* (o entendimento que vinha sendo fixado desde então para situações semelhantes⁸) e não modificar o resultado do julgamento em que Albert C. Twining – diretor de um banco acusado da prática do crime de exibição de documentos falsos ao fiscal do banco central dos EUA com intuito de prejudicar a avaliação da saúde financeira da instituição – alegava ter tido seu direito violado em razão da instrução dada aos jurados de que eles poderiam considerar a recusa do acusado em testemunhar como uma evidência de que o mesmo praticara o crime que lhe era imputado⁹.

A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América indica que embora sejam produções legislativas dos séculos XVIII e XIX, a 5ª e a 14ª emendas só foram transformadas em garantias efetivas na década de 60 do século XX, no bojo da campanha pela igualdade de direitos civis nos EUA, conhecido como *civil rights movement*, cujo período de maior efervescência ocorreu entre 1955 e 1965.

Há momentos marcantes desse processo de expansão dos direitos dos cidadãos e de efetivação material das garantias constitucionais, como a decisão da

⁸ A Suprema Corte dos Estados Unidos já havia fixado o mesmo entendimento – de que a 14ª emenda não impunha aos estados o respeito às oito primeiras emendas à Constituição – nas seguintes oportunidades: *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 452 (1875) e *Prudential Ins. Co. v. Cheek*, 259 U.S. 530 (1922), relativamente à **1ª emenda** (liberdade de religião); *Presser v. Illinois*, 116 U.S. 252 (1886), relativamente à **2ª emenda** (direito de posse de armas); *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, (1914), relativamente à **4ª emenda** (inviolabilidade do domicílio contra buscas estatais sem mandado judicial); *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884), relativamente à **5ª emenda** (na parte que exigia um júri para julgamento da admissibilidade da acusação); *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), relativamente à **5ª emenda** (na parte que vedava novo processo criminal pelo mesmo fato); *Maxwell v. Dow*, (1899), relativamente à **6ª emenda** (direito de julgamento pelo júri assegurados o contraditório e o direito de defesa); *Walker v. Sauvinet*, 92 U.S. 90, (1875), relativamente à **7ª emenda** (direito de julgamento pelo júri em causas cíveis); e, por fim, *O'Neil v. Vermont*, 144 U.S. 323, (1892), relativamente à **8ª emenda** (vedação de penas cruéis).

⁹ O mesmo entendimento foi reiterado com o julgamento do caso *Adamson v. Califórnia*, 322 U.S. 46 (1947).

Suprema Corte no caso *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)¹⁰; a campanha de boicote às empresas de ônibus de Alabama nos quais os negros deveriam sentar-se separados dos brancos (1955)¹¹; a “integração” de uma escola em Little Rock, no Arkansas com a presença do exército (1957); dentre vários outros que culminaram, em 1963, com a presença de 200.000 (duzentas mil) pessoas na “Marcha sobre Washington” reunidas para ouvir o famoso discurso “*I have a dream*” de Martin Luther King.

Portanto, apesar das centenárias previsões constitucionais acerca do direito de não se auto-incriminar, será somente no contexto social dos anos 60 do século XX que a garantia revelar-se-ia de forma efetiva, como no famoso julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

Esse precedente estrangeiro é mencionado inúmeras vezes em acórdãos do Supremo Tribunal Federal e seus fundamentos serão incorporados aos argumentos dos nossos Ministros na tarefa de construção do conteúdo e dos limites da vedação de auto-incriminação contida na Constituição Brasileira.

Para entender os conceitos fixados em *Miranda* é preciso conhecer os precedentes sobre os quais *Miranda* foi erguido: *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964) e *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).

Antes de 1963, a Suprema Corte dos EUA já examinara alguns casos sobre o direito de não se auto-incriminar e sobre a assistência de advogado aos indivíduos; porém, prevalecera até então a tese de que caberia aos Estados regularem a matéria (*Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 [1932] e *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 [1942]). Contudo, essa postura começou a ser modificada no julgamento do caso *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

Em 1961, Clarence Earl Gideon foi acusado de invadir um salão de sinuca na cidade de Panamá, Florida, tomar cerveja e vinho do bar e furtar alguns trocados da máquina de venda de refrigerantes. Ao comparecer perante a corte da Flórida, Gideon afirmou não ter recursos para constituir um advogado, requerendo que a corte indicasse um defensor dativo. O juiz do caso deixou de fazê-lo porque

¹⁰ A decisão unânime da Suprema Corte, redigida por seu presidente Earl Warren, pôs fim à doutrina do “iguais, mas separados” estabelecida no precedente *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896) ao determinar que a segregação das escolas públicas violava a cláusula de igualdade prevista na 14ª ementa à Constituição dos EUA.

¹¹ Os protestos que se seguiram à prisão da ativista Rosa Parks foram liderados, entre outros, pelo pastor Martin Luther King, que se tornaria símbolo do movimento negro por igualdade de direitos.

a lei da Flórida só previa essa possibilidade em crimes punidos com pena de morte, permitindo que nos demais casos os réus fossem processados sem defesa técnica.

Gideon defendeu a si próprio no curso do processo, alegando inocência. Foi condenado à pena de cinco anos de prisão. Utilizando a biblioteca da penitenciária, Gideon redigiu um apelo à Suprema Corte dos Estados Unidos, alegando que seu direito a um devido processo legal, previsto na 14ª emenda à constituição estadunidense, fora violado.

A Suprema Corte designou um advogado dativo¹² para atuar no caso perante a própria Suprema Corte. Funcionaram na qualidade de *amici curiae* em favor de Gideon a ACLU¹³ e mais de vinte estados federados. Contra Gideon, funcionou o Estado da Flórida.

Ao julgar o caso, a Suprema Corte revogou expressamente o precedente de *Betts v. Brady* e estabeleceu que o auxílio de um advogado ao acusado constituía um direito fundamental, enfatizando as proteções processuais necessárias ao devido processo legal.

A decisão do caso Gideon teve enorme repercussão porque consta da decisão que ninguém, não obstante a riqueza, instrução ou classe, pode ser acusado de um crime e ver-se forçado a defender-se sem a orientação jurídica de um advogado. A decisão foi unânime. Em seu novo julgamento, dessa vez assistido por um advogado, Gideon foi absolvido.

O segundo caso relevante para o tema foi *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964), em que a Suprema Corte dos EUA modificaria o entendimento fixado em *Twining v. State* e declararia que a garantia de não se auto-incriminar está compreendida no âmbito do devido processo legal e, portanto, é oponível aos estados federados pela Constituição dos EUA.

John Malloy fora preso acusado da prática de jogos ilegais, tendo aceitado um acordo com o Ministério Público de declarar-se culpado de uma contravenção para não ser processado pelo crime mais grave, sendo então

¹² Esse advogado chamava-se Abe Fortas e viria a ser indicado para a Suprema Corte em 1965, permanecendo até 1969.

¹³ A União Americana das Liberdades Cívicas (*American Civil Liberties Union*) constitui uma das principais organizações sem fins lucrativos dos EUA. Sediada em Nova York, seu objetivo é defender e preservar as garantias e direitos individuais consagrados pela Constituição dos Estados Unidos da América e sua atuação envolve representação judicial, elaboração de projetos de lei e educação comunitária.

condenado a um ano de prisão e multa; passados 90 dias de prisão, sentença foi convertida em *probation* por dois anos (instituto semelhante ao nosso *sursis*).

Posteriormente, foi chamado a testemunhar perante uma comissão instituída por uma corte de justiça da cidade de Hartford, Connecticut, que investigava o jogo ilegal e sua relação com outras atividades ilícitas. Foram feitas diversas perguntas relativas aos fatos que levaram à sua prisão, tendo Malloy se recusado a respondê-las alegando que a da 5ª emenda lhe garantia o direito de não se auto-incriminar. Seu comportamento foi considerado um desacato com a corte que determinou sua prisão até que Malloy se dignasse a responder as perguntas. Malloy impetrou um Habeas Corpus perante a corte de apelações de Connecticut, mas teve seu pedido negado.

Ao aceitar o exame do caso, a Suprema Corte atraiu a atenção da comunidade jurídica, já que se estava diante da possibilidade de fixação de um novo entendimento acerca do alcance das cláusulas constitucionais sobre direitos individuais. Foram apresentadas petições *amicus curiae* defendendo a manutenção da jurisprudência da Corte (entendimento fixado em *Twining v. State*) pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e pelo Estado da Califórnia, ao passo que a petição defendendo a mudança da jurisprudência foi de iniciativa da ACLU.

Ao examinar o caso, a Suprema Corte deu provimento aos pedidos de mudança do entendimento fixado em *Twining v. State* para estabelecer que a 14ª emenda proibia a violação da garantia de não se auto-incriminar no âmbito dos estados, assim como a 5ª emenda o fazia no âmbito federal, de modo que as mesmas regras (no caso, os mesmos *standards* fixados pela Suprema Corte) aplicáveis no âmbito da jurisdição federal se impunham à jurisdição estadual e, por fim, que a garantia aplicava-se tanto aos acusados em processo criminal como às testemunhas¹⁴.

O terceiro caso da Suprema Corte dos Estados Unidos que estabeleceu bases para a construção do *leading case* *Miranda é Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964). Danny Escobedo foi preso na manhã do dia 20 de janeiro de 1960, acusado de matar seu cunhado, o criminoso condenado Manuel Valtierra.

¹⁴ O mesmo entendimento foi reiterado em *Hoffman v. United States*, 341 U.S. 479 (1951).

Interrogado pelos policiais, nada revelou e foi colocado em liberdade no dia seguinte.

Alguns dias mais tarde, no curso da investigação, o depoimento de uma testemunha trouxe novas suspeitas de que Escobedo matara Valtierra. Escobedo foi novamente preso e interrogado pelos policiais, os quais expressamente rejeitaram os apelos de Escobedo de comunicar-se com seu advogado, bem como o de seu advogado, que fora até à delegacia de polícia tentar falar com seu cliente.

Sem seu advogado presente, os policiais confrontaram Escobedo com as declarações da testemunha e insistiram para que este prestasse novo depoimento, confessando o crime. Escobedo capitulou. Logo depois dos policiais obterem sua confissão, fizeram com que Escobedo a reafirmasse diante de um promotor público. Com base nessa confissão, Escobedo foi denunciado, processado, julgado e, por fim, condenado.

Irresignado, Escobedo apelou à Corte Suprema de Illinois alegando a inadmissibilidade da confissão. Embora seu apelo tenha sido inicialmente provido – com a declaração de nulidade do processo – um outro recurso do Ministério Público, perante a própria Corte Suprema de Illinois, determinou que a condenação fora válida.

Escobedo então apelou à Suprema Corte dos EUA. A Suprema Corte reverteu a condenação sob o argumento de que qualquer cidadão considerado suspeito tem direito de se entrevistar com um advogado durante o interrogatório policial. Embora não fosse formalmente indiciado (o que só ocorreu depois da declaração prestada diante dos policiais e antes da declaração prestada perante o promotor público), a Suprema Corte considerou que qualquer diferenciação dessa natureza (se é indiciado ou suspeito) seria a exaltação da forma em detrimento do conteúdo da lei.

Considerando o precedente fixado em *Gideon v. Wainwright*, a Suprema Corte estendeu o direito de ser assistido por advogado também ao interrogatório realizado em sede policial, afirmando que se tratava de uma garantia do indivíduo aplicável desde o momento em que a pessoa se torna suspeita.

Com esse julgamento, construíram-se as bases teóricas para a afirmação do importante precedente *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Ernesto Arturo Miranda, jovem de 23 anos com apenas o primeiro grau completo, cidadão dos Estados Unidos da América residente no Estado do Arizona, foi preso sob

suspeita de ter praticado um estupro. Levado à delegacia de polícia, foi reconhecido pela vítima e colocado em uma sala de interrogatório.

Inicialmente, Miranda afirmou ser inocente. Porém, ao final de duas horas de interrogatório em sede policial, confessou o crime de que era acusado, além de outros dois, tendo os policiais obtido uma declaração assinada por Miranda em que ele se declarava culpado. Por ocasião de seu julgamento, a única prova apresentada pela promotoria foi a confissão em sede policial.

Admitida a validade da prova durante o julgamento, Miranda foi condenado a pena de até 30 anos de prisão. Nesse mesmo julgamento, os policiais testemunharam afirmando que em momento algum informaram ao suspeito de que ele tinha o direito de se consultar com um advogado antes de ser interrogado e tê-lo presente ao seu lado durante o ato. O advogado dativo de Miranda apelou para a Corte Suprema do Arizona, que manteve a condenação, enfatizando o fato de que o acusado em momento algum requereu especificamente a assistência de um advogado.

O caso foi apresentado em grau de recurso perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, onde funcionaram como *amici curiae* diversas instituições como, por exemplo, a ACLU (defendendo Miranda) e a Associação Nacional dos membros do Ministério Público (contrária a Miranda).

Quando o caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos, a jurisprudência dominante era no sentido de que a 5ª emenda (*ninguém será obrigado a testemunha contra si*) não era exigível quando da inquirição dos suspeitos em sede policial.

Ademais, os órgãos encarregados da persecução criminal argumentavam que Miranda não foi ameaçado pelos policiais caso não quisesse responder (com o crime de desobediência) ou mentisse (com o crime de falso testemunho), o que tornava a confissão voluntária e não fruto de uma obrigação imposta pelas autoridades estatais.

Por outro lado, tampouco fora informado ao suspeito que ele não tinha qualquer obrigação de responder às perguntas feitas em interrogatório, bem como que os policiais não poderiam prejudicá-lo de qualquer forma, caso se recusasse a colaborar. Até então, prevalecia a idéia de que essa “falta de informação” ao preso era medida indispensável para a execução da lei e ao bom resultado da investigação.

A decisão da Suprema Corte foi tomada por apertada maioria de 5 (Earl Warren, Hugo Black, William Douglas, William Brennan e Abe Fortas) a 4 (John Marshall Harlan, Potter Stewart, Byron White e Tom Clark). Em sua decisão, a Suprema Corte estabeleceu que devido à natureza coercitiva inerente a um interrogatório policial, nenhuma confissão seria admissível em razão da garantia de não se auto-incriminar, a menos que o suspeito fosse previamente cientificado de seu direito de ser assistido por um advogado. A decisão foi construída sobre três afirmações básicas:

(1) que a garantia de não se auto-incriminar contida na 5ª emenda é exigível tanto em procedimentos judiciais como extrajudiciais e destina-se a proteger o indivíduo contra qualquer tipo de indução ou compulsão que o faça incriminar a si próprio. Por conseguinte, a garantia aplica-se em procedimentos policiais sobretudo quando há o interrogatório de suspeitos presos;

(2) quando o indivíduo é colocado sob custódia policial – e, portanto, retirado do ambiente com o qual tem familiaridade – e mantido preso por agentes que representam uma força contrária a sua para ser submetido a interrogatório cria-se, necessariamente, uma situação de intimidação e de compulsão para colaborar, de modo que nenhuma declaração que se obtenha nessas circunstâncias pode ser considerada admissível;

(3) a fim de que essa intimidação não obrigue o indivíduo a se auto-incriminar devem ser estabelecidos procedimentos que permitam ao suspeito compreender suas garantias como, por exemplo, os avisos de que:

(3.1) ele tem o direito de permanecer calado;

(3.2) que tudo aquilo que disser poderá ser usado contra ele em um processo criminal;

(3.3) que ele tem o direito de conversar com um advogado antes de ser interrogado e tê-lo presente durante o ato; e,

(3.4) que se não puder pagar um advogado, terá direito a um defensor público.

Earl Warren, presidente da Suprema Corte e relator da decisão, fez referência em sua manifestação a manuais de treinamento policial para interrogatórios e também apontou que no âmbito das investigações conduzidas pelo FBI (Federal Bureau of Investigation, ou Departamento Federal de Investigações) a prática costumeira determinava a notificação do suspeito de seu

direito de permanecer calado, bem como do direito de constituir um advogado. Nas palavras da Suprema Corte dos EUA:

“O preso deve, antes do interrogatório, ser claramente informado de que tem o direito de permanecer calado, e que qualquer coisa que ele disser será usada contra si em juízo; deve ainda ser claramente informado que tem o direito de se consultar com um advogado e tê-lo presente durante o interrogatório, bem como que se não tiver recursos, um advogado lhe será indicado para o representar”¹⁵.

Outra determinação da Suprema Corte foi que o interrogatório deve cessar, ou sequer se iniciar, se o suspeito indicar, de qualquer maneira, que deseja permanecer calado. Se demandar a presença de um advogado, o interrogatório deverá ser suspenso até que o advogado se faça presente, sendo ainda assegurado o direito de se reunir com seu advogado e tê-lo presente ao seu lado se desejar retomar o interrogatório.

Essa obrigação de notificação do preso passou a chamar-se *Miranda Warnings* ou “avisos de Miranda”. Devido à profusão de filmes e seriados de televisão envolvendo investigações ou tramas policiais, a obrigação dos policiais de notificarem os suspeitos dos seus direitos se transformou em um elemento corriqueiro do procedimento da prisão.

Os americanos começaram a sentir que os avisos contribuíram para a legitimidade dos interrogatórios policiais e isso não impediu que, em vários casos reais, os suspeitos renunciassem a seus direitos e confessassem de qualquer maneira. Assim, com o passar dos anos, *Miranda* tornou-se uma fórmula familiar e amplamente aceita como regra de tratamento dos envolvidos na atividade policial e investigativa.

O veredicto da Suprema Corte no caso *Miranda* foi objeto de enorme controvérsia jurídica na época e, ao longo dos anos, manteve-se no centro das atenções do direito estadunidense. Os defensores da decisão no caso *Miranda* afirmam que a decisão simboliza a opção de tratar com dignidade e respeito até mesmo o mais desprezível suspeito da prática de crime. Outros consideram que a suavidade com que os suspeitos são tratados teria relação com o aumento da criminalidade.

¹⁵ “The person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that anything he says will be used against him in court; he must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation, and that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him”.

De toda forma, a decisão não agradou a todos por completo: para aqueles que apóiam *Miranda* o “ponto fraco” da decisão é que a Suprema Corte permitiu que os suspeitos renunciassem ao seu direito, desde que fossem previamente cientificados de que ele existia.

Além disso, informações obtidas em conversas informais de policiais com suspeitos também não estariam cobertas pela exigibilidade da comunicação do direito de não se auto-incriminar.

Essa conclusão desagradou especialmente a ACLU, que demandara da Suprema Corte a afirmação da exigibilidade de presença de um advogado durante qualquer interrogatório policial, como meio de garantir a plena eficácia material da garantia constitucional.

A Suprema Corte não aceita esse argumento e estabelece que a renúncia ao direito de permanecer calado poderia ser realizada antes do contato com advogado e mesmo sem a presença deste. Por fim, dispensa qualquer exigibilidade de comprovação material, pela polícia, da ciência prévia do suspeito acerca dos seus direitos.

Por fim, encerrando a série de julgados históricos envolvendo o alcance da garantia de não se auto-incriminar durante a década de 1960, é imprescindível à menção ao caso *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).

Armando Schmerber sofrera um acidente automobilístico e fora levado a um hospital, onde os policiais que fizeram o primeiro atendimento ordenaram ao médico plantonista que colhesse amostra do sangue de Schmerber, imaginando que ele pudesse estar bêbado. A perícia realizada nessa amostra confirmou a ingestão de bebida alcoólica em nível superior ao permitido por lei. A perícia foi introduzida no processo criminal que se seguiu e foi determinante para a condenação de Schmerber.

Schmerber sustentava que a obtenção dessa evidência sem o seu consentimento, ou aliás, sem o seu conhecimento e sem que pudesse manifestar sua recusa, bem como sem que pudesse previamente consultar-se com seu advogado, violava uma série de direitos constitucionais e, especialmente, o devido processo legal e a garantia de não se auto-incriminar.

A Suprema Corte inicia o julgamento rememorando os precedentes sobre a matéria: *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952) e *Breithaupt v. Abram*, 352 U.S. 432 (1957).

No primeiro caso, ocorrido em julho de 1949, e julgado pela Suprema Corte em 1952, Richard Antonio Rochin estava em sua casa, na cidade de Los Angeles, Califórnia, quando policiais entraram em seu domicílio sem um mandado judicial e iniciaram uma busca, seguindo uma suspeita de tráfico de entorpecentes. Ao notarem duas cápsulas sobre o criado mudo de seu quarto, indagaram o que conteriam as cápsulas, quando Rochin as engoliu.

Os policiais sacudiram Rochin, enfiaram a mão em sua garganta para recuperar as cápsulas, mas não tiveram êxito. Levaram-no então ao hospital, preso, onde foi amarrado a uma mesa de operações para a introdução de um tubo em seu estômago (via oral) por meio do qual foi veiculada uma substância emética que o fez regurgitar as cápsulas, cuja perícia constatou serem de morfina.

Rochin foi condenado em processo criminal por posse ilegal de substância entorpecente. Apelou à Corte Suprema da Califórnia, que negou seu pedido de anulação do julgamento por violação à 5ª (direito de não se auto-incriminar) e 14ª emendas (devido processo legal).

Nesse julgamento, embora reconhecendo que o comportamento dos policiais foi abusivo, os juízes declararam que não caberia discutir a forma pela qual a prova foi produzida, mas apenas se ela comprovava o crime ou não. Em outras palavras, a Corte Suprema da Califórnia admitira que provas obtidas de forma ilegal constituíssem provas admissíveis em um processo criminal.

Já por ocasião do recurso a Suprema Corte prolatou uma decisão unânime repudiando a prova porquanto sua obtenção violava claramente a cláusula do devido processo legal e chocava a consciência e o senso de justiça dos juízes. Funcionara como *amicus curiae*, pugnando pela reforma da decisão da Corte Suprema da Califórnia, a ACLU.

Nesse julgamento, houve dois votos concorrentes, dos juízes William Douglas e Hugo Black, em que sustentavam que a violação não fora do devido processo legal, mas do direito de não se auto-incriminar. O Juiz Black afirmou expressamente que:

“eu considero que uma pessoa é obrigada a testemunhar contra si mesma não apenas quando é obrigada a dar um depoimento, mas também quando

evidências incriminadoras são obtidas por meio da força do indivíduo mediante meios disponíveis pela ciência moderna”¹⁶.

Por sua vez, o juiz William Douglas argumentou que dentre todas as jurisdições estaduais, as únicas que inadmitiam provas obtidas por meios ilícitos eram as dos estados de Arkansas, Iowa, Michigan, e Missouri. Por essa razão, ele rejeitava a argumentação de Frankfurter, de que o procedimento dos policiais violava o “sentido de decência da nação”.

Afinal, os juízes das Cortes Supremas de todos os outros estados, que eram tão competentes e conhecedores do direito quanto os próprios juízes da Suprema Corte, não pensavam assim, tanto que admitiam essa prova. Logo, o conceito de devido processo legal não poderia ser construído pela Suprema Corte em contradição com o sentimento e convicção jurídicas de tantos outros juízes.

Na visão de William Douglas, quem considerara esse comportamento indevido tinham sido os fundadores da pátria, os representantes que aprovaram o *Bill of Rights*. Por conseguinte, se tais comportamentos eram inadmissíveis perante cortes federais, não poderia ser diferente perante cortes estaduais. O juiz Douglas encerra sua argumentação lembrando o voto vencido que proferira no caso *Adamson v. California*, 332 U.S. 46 (1947) (em que a Suprema Corte decidiram manter o precedente *Twining v. State* e negar aplicação do *Bill of Rights* aos estados) e encerra sua exposição de motivos declarando que tanto “*as palavras tiradas da boca do acusado, como cápsulas tiradas de seu estômago ou mesmo sangue tirado de suas veias, sem seu consentimento, são inadmissíveis em face do teor da 5ª emenda*”¹⁷.

Já o caso *Breithaupt v. Abram*, 352 U.S. 432 (1957), versava sobre situação idêntica à de *Schmerber*: policiais suspeitaram de que um motorista acidentado estivesse bêbado e determinaram aos médicos que obtivessem uma amostra do doente enquanto ele estava inconsciente.

Naquela oportunidade, Suprema Corte decidira que a obtenção da amostra de sangue, feita por médicos em um hospital, constituía um procedimento

¹⁶ “I think a person is compelled to be a witness against himself not only when he is compelled to testify, but also when as here, incriminating evidence is forcibly taken from him by a contrivance of modern science”. Inteiro teor da decisão disponível em: <http://laws.findlaw.com/us/342/165.html>

¹⁷ “But I think that words taken from his lips, capsules taken from his stomach, blood taken from his veins are all inadmissible provided they are taken from him without his consent. They are inadmissible because of the command of the Fifth Amendment”. Inteiro teor da decisão disponível em: <http://laws.findlaw.com/us/342/165.html>

aceitável, com intervenção física mínima, e que não violava o senso de justiça que a cláusula do devido processo legal visa a assegurar. Tratava-se de situação bastante distinta da de *Rochin* porquanto em *Breithaupt* não houve violação ao senso de justiça que emana do devido processo legal.

Em *Breithaupt*, a Suprema Corte vai além e expressamente delibera que o direito de não se auto-incriminar compreende apenas a proteção contra o uso de força, coação ou qualquer mecanismo que obrigue ou influencie o indivíduo a colaborar por meio de uma ação comunicativa. Considerando que o procedimento médico não afetou a liberdade de consciência e vontade do indivíduo, não haveria que se falar em violação à garantia.

Veja-se, contudo, que na ocasião dos julgamentos dos casos *Rochin* (1952) e *Breithaupt* (1957), a Suprema Corte ainda não modificara o entendimento fixado em 1908 (caso *Twining v. State*), de que as oito primeiras emendas à Constituição não eram exigíveis perante as jurisdições estaduais, o que só ocorreria em 1964, com o caso *Malloy v. Hogan*.

Mas quando do julgamento do caso *Schmerber* o panorama se modificara; já havia ocorrido os julgamentos de *Gideon*, *Escobedo* e *Miranda*, além de *Malloy*, quando a Suprema Corte deveria enfrentar o caso *Schmerber*.

Não obstante, ao declarar admissível a perícia realizada no sangue de Schmerber, extraída sem seu conhecimento, a Suprema Corte manteve o entendimento anterior (do caso *Breithaupt*, que menciona a intervenção mínima) em decisão bastante dividida (6 a 3). Rejeitou-se a alegação de que a o sangue retirado das veias do indivíduo sem o seu consentimento violava a garantia de não se auto-incriminar e reafirmou-se o entendimento de que a garantia compreende exclusivamente o direito de não ser compelido ou coagido para fornecer declarações ou depoimentos, ou outras manifestações de natureza comunicativa, seja oral ou escrita. Nesse diapasão, a prova não violava nenhuma garantia fundamental e poderia ser aceita.

O juiz Brennan, redator da decisão majoritária em *Schmerber*, tece as seguintes considerações sobre a tarefa diante da Suprema Corte:

(1) a questão posta diante da corte é decidir se o alcance da garantia de não se auto-incriminar deve ser amplo e abranger todas as formas em que essa auto-incriminação pode ocorrer; se fosse assim, a prova deveria ser considerada inválida; afinal, a retirada de sangue envolve a perfuração da pele e a obtenção de

materiais que pertenciam ao indivíduo cujo exame pericial poderá ser utilizado como prova em processo criminal. A obtenção compulsória, nesses casos, desrespeitariam a inviolabilidade da pessoa humana.

(2) todavia, como ficou estabelecido no julgamento *Miranda v. Arizona*, a garantia deve proteger o indivíduo apenas contra medidas que violem seu direito de decidir sobre se quer ou não participar do processo criminal por meio de declarações ou depoimentos;

(3) a Suprema Corte nunca modificou seu entendimento estabelecido no caso *Holt v. United States*, 218 U.S. 245 (1910) em que considerara admissível a sujeição do indivíduo para que vestisse determinada roupa a fim de participar de ato de reconhecimento para fins criminais; por conseguinte, a garantia de não se auto-incriminar não compreendia uma vedação ao uso do corpo do indivíduo como meio de prova, tais como obtenção de impressões digitais, de fotos, de padrões gráficos ou vocais para exame pericial, bem como a possibilidade de impor o comparecimento do réu em juízo e, ainda, que fizesse um gesto determinado para efeitos de reconhecimento.

Por conseguinte, a Suprema Corte considerou que o caso *Schmerber* não deveria ser modificado pois a prova obtida não implicava em nenhuma espécie de compulsão para prestar depoimentos e que sua participação, exceto como doador, era irrelevante, já que a prova não fora produzida por meio de métodos que violassem sua liberdade de formação da vontade, de depoimento ou de comunicação, mas por uma análise química.

Os juízes Earl Warren, Hugo Black, William Douglas e Abe Fortas discordaram. A decisão final, por votação de 5 a 4, foi pela admissibilidade da prova obtida porquanto não houve violação ao devido processo legal e porquanto essa determinada modalidade de obtenção de evidência à revelia da vontade do indivíduo não constituía modalidade de auto-incriminação.

Com o arrefecimento do *Civil Rights Movement* no final dos anos 1960 e a mudança na composição da Suprema Corte – em que predominaram indicações de juristas conservadores por políticos republicanos – a Suprema Corte viria a estabelecer novos parâmetros que reduziram o alcance do *leading case Miranda*, como, por exemplo:

- (1) a possibilidade de que declarações anteriormente prestadas em sede policial sem a prévia ciência dos direitos pudesse ser utilizada contra o réu, caso este depusesse em juízo após prestar compromisso de dizer a verdade¹⁸;
- (2) a possibilidade de que declarações espontâneas do preso antes da ciência dos direitos fossem utilizadas¹⁹; e,
- (3) a inexigibilidade que o indivíduo suspeito estivesse na plena posse de suas faculdades mentais²⁰ ao abdicar do direito ao silêncio.

A maior prova de resistência do precedente estabelecido em *Miranda*, contudo, ocorreu em 2000, no caso *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).

Logo após a polêmica decisão da corte em *Miranda*, datada de 1966, o Congresso dos Estados Unidos promulgara uma lei (18 U.S.C. § 3501²¹) que regulava de forma totalmente diferente a validade das declarações do indivíduo. A lei determinava que os juízes federais considerassem prova válida as declarações de suspeitos presos em sede policial, independentemente de eles terem sido cientificados de seu direito de não se auto-incriminar e de serem assistidos por advogado durante o interrogatório.

Dickerson fora preso por roubo a banco, com emprego de arma de fogo, o que tornava o crime de competência da justiça federal. Durante o julgamento, a

¹⁸ Em *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971), a Suprema Corte decidiu que embora o depoimento em sede policial não fosse válido e não pudesse ser usado como prova, poderia ser empregado pela acusação para atacar a “credibilidade da testemunha”, já que o acusado optara por prestar declarações em juízo e, portanto, fora obrigado a prestar compromisso.

¹⁹ Em *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291 (1980), a Suprema Corte decidiu que somente deve ser considerado inválido um depoimento de suspeito preso, em sede policial, sem que haja prévia comunicação do direito de não se auto-incriminar, se ele decorrer que questionamentos feitos pelos agentes policiais. A invalidade da prova não abarca eventuais declarações espontâneas prestadas pelo preso.

²⁰ Em *Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157 (1986), a Suprema Corte decidiu que o fato do suspeito ser esquizofrênico não invalidava sua renúncia à presença de um advogado, eis que ele fora expressamente cientificado de seus direitos, tal como exigível em *Miranda*.

²¹ “(b) *The trial judge in determining the issue of voluntariness shall take into consideration all the circumstances surrounding the giving of the confession, including (1) the time elapsing between arrest and arraignment of the defendant making the confession, if it was made after arrest and before arraignment, (2) whether such defendant knew the nature of the offense with which he was charged or of which he was suspected at the time of making the confession, (3) whether or not such defendant was advised or knew that he was not required to make any statement and that any such statement could be used against him, (4) whether or not such defendant had been advised prior to questioning of his right to the assistance of counsel; and (5) whether or not such defendant was without the assistance of counsel when questioned and when giving such confession. The presence or absence of any of the above-mentioned factors to be taken into consideration by the judge need not be conclusive on the issue of voluntariness of the confession*” (18 USC Section 3501. Title 18 - Crimes and Criminal Procedure. Part II - Criminal Procedure. Chapter 223 - Witnesses and evidence. Sec. 3501. Admissibility of confessions).

defesa de Dickerson postulou a supressão das declarações por ele prestadas durante o interrogatório policial realizado no FBI ao argumento de que ele não fora informado de seus direitos de não se auto-incriminar e consultar um advogado.

Seu pedido foi atendido pelo juiz de primeiro grau, mas modificado em sede de recurso interposto pela acusação perante a corte federal do 4º circuito²², ao argumento de que o precedente de *Miranda* não seria aplicável ao caso em razão da posterior promulgação da lei federal.

A corte federal afirmou ainda que a obrigação de avisar o suspeito de seu direito não consta do texto constitucional estadunidense, sendo uma deliberação da Suprema Corte realizada em época que não existia regramento legislativo específico para o caso, situação contrária à de Dickerson.

Quando Dickerson foi trazido perante a Suprema Corte, a composição mudara radicalmente (entre 1966 e 2000). O tribunal era composto, em 2000, por sete juízes indicados por presidentes republicanos (considerados mais conservadores em matéria criminal) e apenas dois indicados por presidentes democratas (considerados mais liberais).

Não obstante, a Suprema Corte decidiu, por 7 a 2, que "tais avisos já se tornaram parte da cultura nacional" (expressão contida no voto do Presidente da Corte e relator do caso, William H. Rehnquist). O caso envolveu aspectos interessantes, como a recusa do Procurador-Geral da República de sustentar a ab-rogação do precedente *Miranda v. Arizona* em nome dos EUA, obrigando a Suprema Corte a indicar um Procurador-Geral *ad hoc*.

O caso mais recente envolvendo o tema foi *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600 (2004), oportunidade em que a Suprema Corte reforçou um pouco mais a exigência de respeito à garantia fundamental da vedação de auto-incriminação ao considerar inválido um depoimento obtido em seguida à violação da garantia.

²² A organização da Justiça Federal nos Estados Unidos é, em parte, semelhante à do Brasil. Assim como temos cinco Tribunais Regionais Federais que atuam como corte de apelação das decisões da Justiça Federal de primeira instância em todo o território nacional, os EUA possuem onze cortes de apelação federal, competentes para julgar, em segunda instância, as decisões de juízes de um determinado grupo de estados, chamado de "circuito". Além desses tribunais, há outras cortes atuando como segunda instância. Esse é o caso da Corte do Circuito do Distrito de Columbia (District of Columbia Circuit Court), competente para conhecer apelações das decisões da Corte do Distrito de Columbia (semelhante ao nosso Distrito Federal), da Corte de Impostos dos Estados Unidos (US Tax Court) e das decisões das várias agências administrativas do governo federal.

Patrice Seibert fora presa sob suspeita de ter praticado incêndio doloso com vítimas fatais e levada à delegacia de polícia para interrogatório onde um policial iniciou os questionamentos sem informá-la de seu direito de permanecer calada ou fazer-se assistir por advogado.

Depois de cerca de 40 minutos, Patrice confessou o crime. O policial, então, interrompeu o interrogatório e saiu, retornando 20 minutos depois, ocasião em que informou Patrice de suas garantias constitucionais e procedeu a novo interrogatório, lembrando Patrice de que ela acabara de confessar. Patrice fez uma nova confissão, dessa vez após ter sido informada de seu direito constitucional de permanecer em silêncio.

A Suprema Corte proferiu uma decisão pelo critério do voto médio, sem que houvesse uma maioria definida, apenas votos concorrentes. O relator do voto médio, David Souter, estabeleceu que o segundo depoimento até seria admissível, desde que a cientificação das garantias durante o interrogatório fossem consideradas realmente eficientes para cumprir seu objetivo de esclarecer a suspeita acerca de seus direitos.

Em outras palavras, apenas avisar para a suspeita da existência dos direitos não era o suficiente se não fosse acompanhado do esclarecimento de ela poderia recusar-se a depor mesmo tendo ocorrido uma confissão anterior e, ainda, que essa confissão anterior era inválida como prova.

No caso *Missouri v. Seibert*, a Suprema Corte considerou inválida a prática policial de obter uma confissão válida a partir de uma confissão inválida (esta obtida mediante violação à garantia de não se auto-incriminar), medida que respeitava a literalidade do precedente estabelecido em *Miranda*, mas não sua real finalidade.

Ao final da leitura dos casos julgados pela Suprema Corte dos EUA, é possível perceber que, em momento algum, a garantia de vedação de auto-incriminação foi interpretada como se conferisse ao indivíduo processado (ou indiciado ou suspeito) uma imunidade total no que tange às suas declarações.

Com efeito, o conceito que a Suprema Corte estabeleceu para essa garantia aproxima-se mais de um “direito à não-participação” do que uma “liberdade de participação”. Em outras palavras, a garantia de vedação de auto-incriminação, nos EUA, constitui uma prerrogativa (ou privilégio) de não participar, como fonte de prova, do próprio julgamento.

Verifica-se, por um lado, que embora a Suprema Corte estabeleça regras que não foram previstas pelo legislador (como a obrigação do agente policial comunicar ao indivíduo, imediatamente após sua prisão, acerca de seu direito ao silêncio), não estende sua aplicação para além do teor literal.

As intervenções criativas da Suprema Corte aproximam-se mais de direitos conexos, sem os quais a garantia de vedação de auto-incriminação ficaria afetada – como a imprescindibilidade da comunicação e a necessária assistência de advogado – do que de outros direitos que transcendessem a mera literalidade da expressão constitucional²³.

Deixando a Suprema Corte dos EUA, mas ainda no plano internacional, uma importante referência é o direito alemão. A Constituição alemã, ao contrário da estadunidense, não consagra expressamente a garantia de não se auto-incriminar, tendo a doutrina alemã deduzido esse direito de três dispositivos constitucionais que prevêem: (1) a supremacia da dignidade humana; (2) o direito ao livre desenvolvimento da personalidade; e, (3) a proibição de afetação do núcleo essencial de um direito²⁴.

²³ Outros julgamentos realizados no âmbito da Suprema Corte dos EUA são igualmente interessantes. Contudo, como esse trabalho não pretende aprofundar o exame de todas as decisões sobre o tema no âmbito da jurisprudência estadunidense, mas apenas apresentar paradigmas que permitam compreender a evolução da garantia no Brasil, faz-se breve menção a outros casos decididos nos EUA: *Wilson v. United States* (149 U.S. 60, 1893): o acusado pode não só recusar-se a responder, mas recusar-se a ser chamado para responder quaisquer perguntas; *Bram v. United States* (168 U.S. 532, 1897): não são admissíveis as declarações obtidas por meio de promessas, ardis ou quaisquer artifícios; *Twining v. New Jersey* (211 U.S. 78, 1907): garantia constitui uma proteção dos inocentes contra processo temerários, infundados ou tirânicos, representando ainda um traço fundamental que diferencia o sistema processual da *commom law* dos demais no momento da formação dos EUA; *Roger v. Richmond* (365 U.S. 534, 1961): declara a inadmissibilidade da confissão pois a acusada foi ameaçada com a perda da guarda dos filhos e de benefícios previdenciários se não colaborasse com a investigação; *Griffin v. Califórnia* (380 U.S. 609, 1965): considerou inconstitucional qualquer tipo de comentário ou alusão ao silêncio do réu; e, *Carter v. Kentucky* (450 U.S. 288, 1981): o réu tem o direito de requisitar ao juiz que alerte o júri sobre a irrelevância de seu depoimento para o deslinde da causa.

²⁴ “A posição dominante da doutrina é de que o direito ao silêncio encontra o seu fundamento no art. 2º.I c/c arts. 1º.I e 19.II, da CF. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º.I), na qualidade de principal direito de liberdade, é ponto de partida de todos os direitos de defesa dos cidadãos perante o Estado (Seifert, 1991: 45). O art. 19.II determina que nenhum direito fundamental pode ser violado em seu núcleo essencial (*Wesensgehalt*). Este núcleo é intangível, determina um limite absoluto (*absolute Eingriffsgrenze*) ao legislador, ao Judiciário e à administração. A referência ao art. 1º.I deriva de seu caráter supremo dentro da Constituição alemã; a proteção da dignidade da pessoa humana é o mais alto valor da Constituição e permeia todos os demais normas que a compõem. Tal princípio constitui o núcleo absoluto (*absoluter Kernbereich*) e intangível de todos os direitos fundamentais. Em síntese, o direito ao silêncio é expressão da proibição contra a auto-incriminação, constitui um direito de personalidade, que por possuir a dignidade humana como seu núcleo, não está à disposição do legislador”. (NETO, Theodomiro Dias: *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 19. São Paulo: RT, 1997, p. 186).

A feição dessa garantia atribuída pela doutrina e legislação alemãs, filtradas por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, considera que o indivíduo é titular de uma liberdade de declaração, não podendo sofrer qualquer tipo de perturbação no exercício de seu direito de livre manifestação.

Nesse sentido, o interrogatório do acusado constitui um momento em que ele poderá afastar as suspeitas que pesam sobre si, argüir fatos que lhe sejam favoráveis e, eventualmente, prestar declarações que não sejam verdadeiras. Ao contrário do paradigma estadunidense, os juristas alemães²⁵ consideram que não há um dever jurídico do acusado com a verdade, aproximando-se mais de um modelo de “direito de auto-preservação” do que um direito de “não-participação” em processo destinado a incriminá-lo.

Em resumo, a decisão voluntária e a livre atuação do acusado não podem ser tolhidas por nenhum meio que afete a formação da sua vontade, tais como coação (física ou psíquica), influência indevida (hipnose, ameaça, uso de medicamentos que induzam à declarações) ou medidas que afetem a compreensão do acusado (perturbação do sono, alimentação deficiente).

Por outro lado, medidas que não estejam ligadas diretamente à livre formação da vontade do indivíduo e sua expressão na forma comunicativa não estão sob a proteção constitucional. Assim, a obrigatoriedade de colaboração do indivíduo na produção de provas que possam incriminá-lo é admitida no ordenamento alemão como, por exemplo, a obtenção de amostras de sangue ou tecidos.

Relativamente à abrangência da garantia para além do acusado, o direito alemão caminha em paralelo com o estadunidense, abarcando como titulares do direito de permanecer calado o acusado judicialmente, o indivíduo interrogado em inquérito policial e mesmo a testemunha.

Em todos os casos, exige-se do Estado que cientifique o indivíduo de seu direito, não sendo lícito um interrogatório realizado sem que o sujeito seja

²⁵ “A mentira é um direito do acusado desde que sua prática não resulte em crimes. Roxin, em sintonia com a posição majoritária da doutrina, entende que a mentira não pode ser avaliada como indício de autoria e culpa nem tampouco como critério par aumento de pena. Num mesmo sentido, considera inadmissível a advertência judicial à verdade, enquanto que o incentivo à mentira pelo advogado deve ser permitido. A jurisprudência tem, entretanto, assumido posição diversa, no que se refere à pena, ao interpretar a mentira como indícios da personalidade do acusado” (NETO, Theodomiro Dias: *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 19. São Paulo: RT, 1997, p. 187).

previamente alertado de que não está obrigado a dizer a verdade²⁶. Paralelamente, é garantido ao indivíduo que se faça acompanhar de advogado durante o interrogatório e que possa entrevistar-se com seu defensor antes do ato.

Um ponto importante que diferencia o direito alemão do estadunidense diz respeito à obtenção de declarações do indivíduo por meio de ardis ou outros comportamentos maliciosos por parte de policiais como, por exemplo, quando a polícia contata um amigo do suspeito e pede que eles conversem sobre o fato investigado, sempre buscando obter provas ou mesmo simples manifestações que possam caracteriza uma auto-incriminação.

Esse tipo de comportamento por parte de policiais já fora considerado inconstitucional dos EUA por ocasião do julgamento *Bram v. Unites States* (168 U.S. 532, 1897), posteriormente reafirmado em *Roger v. Richmond* (365 U.S. 534, 1961).

Contudo, na Alemanha, a matéria não foi pacificada²⁷. Inicialmente, o Tribunal Supremo Federal apresentava duas posições distintas, propugnadas por dois diferentes órgãos fracionários. Enquanto a 5ª Sala considerava o comportamento dos policiais proibido e as declarações obtidas dessa forma inválidas, a 2ª Sala admitia a prova, por considerar que o direito de não se auto-incriminar protegia o indivíduo apenas de uma coação dos agentes do Estado.

O caso foi levado à Grande Sala do Tribunal Supremo Federal (que reúne os juízes das Salas Criminais, além do presidente do Tribunal), que decidiu, inicialmente, que a interpretação restritiva do direito ao silêncio não seria adequada, pois além de proteger o indivíduo da coerção estatal, a garantia de não se auto-incriminar também deveria alcançar o direito de não confessar um crime em razão de uma indução a erro. O interrogatório deve ser conduzido com lealdade.

Contudo, contraditoriamente, a Grande Sala declara que o interrogatório por ardil, justamente por que se aproxima bastante de uma lesão do direito ao

²⁶ “En un principio, la jurisprudencia admitía que no obstante la omisión de la instrucción por la policía, la declaración autoincriminante podía ser valorada en contra del imputado. Sólo en el año 1992, ante la presión de la crítica, se apartó de esta opinión y en adelante, en tales casos, estatuyó una prohibición de valoración”. (ROXIN, Claus: *Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado*. BAIGUN, David et. al: *Estudios sobre Justicia Penal em homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Porto: 2005, p. 422).

²⁷ ROXIN, Claus: *Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado*. BAIGUN, David et. al: *Estudios sobre Justicia Penal em homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Porto: 2005.

silêncio, somente pode ser empregado em casos de grande relevância e que exijam esse tipo de procedimento investigativo. O recurso de amparo interposto perante o Tribunal Constitucional Federal, não foi conhecido por suposta falta de fundamentação do pedido.

A jurisprudência alemã apresenta outros casos relacionados com o tema do direito ao silêncio, mas cujo exame detalhado não é oportuno nesse trabalho, que não pretende produzir um estudo comparado entre sistemas jurídicos distintos. Desse modo, cumpre apenas frisar que os tribunais alemães já precisaram enfrentar diversas situações problemáticas, como, por exemplo²⁸:

1) a obtenção pelos agentes penitenciários de anotações de defesa escritas pelo acusado, utilizadas pela acusação e consideradas elementos fundamentais para a sua condenação – tendo o tribunal superior, posteriormente, considerada a prova ilícita, já que o indivíduo tem o direito de preparar sua defesa, de modo que violaria a garantia de não se auto-incriminar a obtenção dessa defesa pelo Estado;

2) a obtenção de confissões dos presos feitas a um outro preso, que alegava possuir poderes sobrenaturais passíveis de exercer influência sobre a polícia e os juízes para que os presos recebessem penas mais leves ou outros benefícios, poderes cujo funcionamento estariam condicionados ao conhecimento da verdade dos fatos, mas que, na verdade, não passavam de um acordo entre o preso “com poderes” e a polícia para obter informações relevantes para a acusação – tendo o tribunal local inicialmente aceitado essas confissões e o tribunal superior considerado ilícita a valoração dessa prova;

3) uma presa que ameaçava a outras e fornecia substâncias que alteravam a percepção, conseguindo obter confissões escritas de outras presas, posteriormente entregues a policiais com quem a presa delatora colaborava – documentos escritos que foram inicialmente aceitos e posteriormente recusados como prova.

²⁸ Os casos são todos referidos e comentados por Claus Roxin no texto acima referido “Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado” (*In* BAIGUN, David et. al: **Estudios sobre Justicia Penal em homenaje al Profesor Julio B. J. Maier**. Buenos Aires: Del Porto: 2005, p. 425/428)

6.2.2

A vedação de auto-incriminação no âmbito supranacional

No âmbito supranacional, uma referência judicial importante em matéria de garantia de vedação da auto-incriminação é a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Embora o texto da convenção não tenha previsto expressamente o direito de permanecer calado ou de não se auto-incriminar, há previsão de um julgamento justo e equitativo²⁹, conceito que remete ao devido processo legal. Ao longo dos anos, a CEDH incorporou ao conceito de processo justo a garantia de que um indivíduo não deve ser compelido a produzir prova contra si.

Sem pretender realizar um estudo exaustivo dos casos que trataram da matéria – como se fará dos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil – e sem aprofundar o estudo dos casos – como se fez relativamente aos EUA –, é possível traçar um panorama da evolução da jurisprudência a partir de alguns julgados.

O caso *Funke v. França*, julgado em 1992, é considerado o primeiro julgamento em que a CEDH precisou manifestar-se sobre o direito ao silêncio, considerado uma manifestação do direito a um julgamento justo.

O caso versava sobre uma investigação administrativa conduzida pela fiscalização alfandegária instaurada para apurar uma fraude fiscal supostamente praticada por Jean-Gustave Funke. A residência de Funke fora alvo de uma busca e apreensão por parte dos fiscais que estavam acompanhados de polícias franceses. Funke fora interrogado por cerca de cinco horas.

Embora os documentos apreendidos não justificassem a instauração de um processo criminal em face de Funke, as autoridades francesas consideraram a documentação apta a ensejar o prosseguimento das investigações, no curso das

²⁹ “Artigo 6º . Direito a um processo equitativo: 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...) 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: (...) ‘c’ Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem”. Inteiro teor da Convenção disponível em português em <http://www.netprof.pt/pdf/convencaoceudh.pdf>.

quais Funke fora intimado a apresentar uma série de documentos relativo às suas operações internacionais.

Inicialmente, Funke concordara em apresentar os documentos, mas decidiu posteriormente não fazê-lo. Em razão de sua recusa, fora multado pelas autoridades francesas.

Porém, diante da ineficácia da sanção pecuniária, foi instaurado um processo criminal em razão da recusa de Funke em colaborar, tendo o juiz acolhido a representação para determinar que Funke fosse apenado com uma multa diária – e crescente – até a apresentação da documentação bancária relativa às operações investigadas e, caso isso não o fizesse apresentar os documentos solicitados, que Funke fosse preso.

Funke recorreu para a Corte de Apelações que manteve a decisão inicial e ainda aumentou o valor da multa estabelecida. Essa decisão ensejou novo recurso, dessa vez para a Corte de Cassações, que não reformou as decisões anteriores ao argumento de que os direitos individuais devem ceder ante o interesse público da prevenção do crime.

O pedido de Funke de revisão de sua condenação foi apresentado perante a CEDH em 1984, aceito em 1988 e teve sua instrução encerrada em 1991. Basicamente, Funke alegava: (1) que sua condenação criminal violava seu direito a um julgamento justo porquanto não fora julgado em um prazo razoável (artigo 6º, I, da Convenção Européia); (2) que não fora respeitada sua presunção de inocência (artigo 6º, II, da Convenção Européia); e, (3) que a busca realizada em sua residência ultrapassara os limites legais, afetando sua privacidade, a intimidade de sua família e sua correspondência (artigo 8º, da Convenção Européia).

A CEDH rejeitou as alegações por maioria – 8 a 4 relativamente à primeira alegação; 9 a 3 relativamente à segunda; e, um empate de 6 a 6 na terceira, tendo o presidente feito prevalecer seu voto pela rejeição da apelação – mas, declarou *ex officio* que o procedimento criminal era absolutamente nulo, por violação da garantia de vedação de auto-incriminação.

Com efeito, embora não fosse expressamente previsto na Convenção Européia, o direito de não se auto-incriminar constituía fundamento indispensável para um julgamento justo. Nesse sentido, tanto a requisição de documentos, como a imposição de multa por seu descumprimento e a prisão imposta eram ilegais.

Embora a legislação francesa autorizasse a exigência de apresentação de documentos, bem como a imposição de penalidades em caso de descumprimento, a CEDH declarou que tais dispositivos legais violavam o direito individual de não se auto-incriminar. Não porque tais pedidos fossem desarrazoados ou ilegais em si, mas porque o Estado poderia tê-los obtido sem a necessária cooperação do indivíduo objeto de suspeita. Nesse sentido, como todas as penalidades decorreram de processos criminais instaurados em razão da recusa de Funke em colaborar, eram ilegais:

“O Tribunal verifica que as autoridades alfandegárias provocaram a condenação do senhor Funke com o propósito de obter certos documentos que imaginava existir, mas cuja existência não era uma certeza. Sendo incapazes de obtê-los outro meio, ou não querendo fazê-lo, compeliram o recorrente a produzir ele próprio a prova do crime que teria supostamente cometido. As especificidades do direito aduaneiro (parágrafos 30-31) não justificam a violação do direito de todo o ‘acusado em um processo criminal’, no sentido que esta expressão possui no artigo 6.º, de permanecer em silêncio e de não contribuir para sua própria auto-incriminação”³⁰.

A CEDH manteve esse entendimento ao analisar o caso *Saunders v. Reino Unido*, em 1996. O caso versava sobre uma investigação conduzida por fiscais do Ministério da Indústria e Comércio do Reino Unido na empresa de Saunders.

De acordo com a legislação inglesa, os inspetores poderiam ter acesso a todos os livros e documentos relativos ao funcionamento da companhia, bem como interrogar seus funcionários e diretores. A recusa em colaborar ou o depoimento falso poderiam ser punidos criminalmente com multas e penas de até

³⁰ - Trecho do acórdão, traduzido do original disponível em www.echr.coe.int: “The Court notes that the customs secured Mr Funke's conviction in order to obtain certain documents which they believed must exist, although they were not certain of the fact. Being unable or unwilling to procure them by some other means, they attempted to compel the applicant himself to provide the evidence of offences he had allegedly committed. The special features of customs law (see paragraphs 30-31 above) cannot justify such an infringement of the right of anyone ‘charged with a criminal offence’, within the autonomous meaning of this expression in Article 6 (art. 6), to remain silent and not to contribute to incriminating himself”. O texto prossegue, mais adiante, com a seguinte passagem: “Under the fiscal legislation (on taxes, customs and exchange control), a person who does not submit the required returns or does not produce documents relating to them within the time-limits laid down in law (or by the authorities) has pecuniary penalties (astreintes) in the form of ‘reasonable’ fines imposed on him or else his tax liability is estimated - also in a ‘reasonable’ manner - by the appropriate authorities. This is not in itself inconsistent either with the requirements of a fair trial or with the presumption of innocence (in the sense that one cannot be obliged to give evidence against oneself). Rules of this kind are indeed common in the countries of Europe. In the present case, however, the French authorities brought criminal proceedings against the applicant in order to have a pecuniary penalty imposed on him, and this went beyond what I consider to be compatible with the principles I have just set out” (trecho do voto do Juiz Matscher).

dois anos. Essa investigação administrativa poderia subsidiar outras medidas fiscais, regulatórias e criminais.

As provas obtidas nessa investigação e, especialmente, o conteúdo dos depoimentos de Saunders foram determinantes para que ele fosse condenado criminalmente em processo que se seguiu à fiscalização.

Nesse caso específico, embora a CEDH tenha reconhecido que o direito de não ser compelido a colaborar com a acusação em um processo instaurado contra si não se aplica às investigações administrativas, declarou que o uso desse material em juízo, no curso de um processo criminal, constitui uma violação do direito de não se auto-incriminar. O acórdão do caso Saunders é de grande importância porque conceitua a garantia de não se auto-incriminar:

“O direito de não contribuir para a sua auto-incriminação pressupõe que, em processos criminais, a acusação deve provar a sua argumentação sem recorrer a elementos de prova obtidos mediante medidas coercivas ou opressivas, que desrespeitem a vontade do acusado. Nesse sentido, a garantia de vedação de auto-incriminação está diretamente ligada ao princípio da presunção de inocência”. (...) “esse mesmo direito não abrange a utilização no processo penal de evidências que podem ser obtidas do acusado mediante o recurso a poderes coercivos, mas que existem independentemente da sua vontade como, por exemplo, os documentos apreendidos com apoio em um mandato, amostras de hálito, de sangue, urina bem como tecidos corporais para fins de realização de exame de DNA”³¹.

Com base nesses dois julgamentos, é possível estabelecer que a CEDH fixou como padrão inicial para a garantia de não se auto-incriminar que o indivíduo deve estar protegido contra qualquer ação tendente a exigir sua cooperação com a investigação criminal que seja conduzida contra si, aí incluídos o depoimento ou a entrega de documentos que estejam em seu poder.

Por outro lado, considerando a passagem expressa constante do caso Saunders, a CEDH estabeleceu que essa restrição não impede a obtenção daqueles objetos que tenham existência independente da vontade do indivíduo, desde que

³¹ Tradução livre do texto original em inglês, constante do acórdão e disponível em www.echr.coe.int “*The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence. The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the accused such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purposes of DNA testing*”

essa obtenção não importe, em si mesma, na violação da garantia. Em outros termos, a garantia protege o indivíduo contra uma determinada forma com que as evidências são obtidas e não assegura que determinadas provas não poderão ser valoradas.

O exame dos casos *Funke* e *Saunders* são importantes porque fixam a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos para os casos seguintes, como se vê no mais recente julgamento proferido pela CEDH sobre o direito de não se auto-incriminar. *Jalloh v. Germany*, foi julgado em 11 de julho de 2006, pela Câmara Superior da CEDH, sediada em Estrasburgo, composta por 17 juízes. As sessões para exame do caso ocorreram em 23 de novembro de 2005 e 10 de maio de 2006.

Abu Bakah Jalloh, nacional de Serra Leoa e residente na cidade de Colônia, na Alemanha, foi preso por policiais germânicos que suspeitaram que Jalloh traficava drogas. Pouco antes, os policiais o tinham visto tirando de sua boca um pequeno saco plástico e dando a uma outra pessoa, mediante contra entrega de dinheiro. Ao se aproximarem de Jalloh, os policiais verificaram que ele engolira algo.

O suspeito foi detido, levado a um hospital sob custódia policial, e instado a tomar uma medicação que o fizesse regurgitar o referido saco plástico. Ao se recusar a fazê-lo, Jalloh foi seguro por quatro policiais e forçado a ingerir uma substância por meio de um tubo introduzido em seu estômago através do nariz. A substância efetivamente causou a regurgitação do saco plástico. Constatado que o mesmo continha 0,2 gramas de cocaína. Jalloh foi preso preventivamente, processado e condenado por tráfico de drogas.

Ainda no âmbito da jurisdição alemã, Jalloh foi condenado em 23 de março de 1994 pela corte do distrito de Wuppertal. Houve recurso, mas a condenação foi confirmada em 17 de maio de 1995 pela corte regional de Wuppertal, rejeitando a tese defensiva de que a administração do remédio não era admissível na forma do art. 81a do Código de Procedimento Criminal alemão, porquanto constituía um meio desproporcional de recuperar um invólucro contém somente 0,2 g da cocaína, o qual, ademais, seria naturalmente expelido em breve.

A corte regional entendeu ser a medida proporcional porque eventual atraso poderia ter frustrado a investigação. Em 19 de setembro de 1995 a corte de apelação de Düsseldorf rejeitou a apelação de Jalloh sob o mesmo fundamento.

Perante essas mais variadas cortes, o Estado sustentara ter poderes para realizar o procedimento em razão de expressa autorização legal, contida no art. 81a do Código de Procedimento Criminal alemão³². Por sua vez, a defesa de Jalloh alegara que a administração de substâncias tóxicas é proibida pela seção 136a do mesmo Código de Procedimento Criminal³³, bem como pela garantia insculpida na Constituição Alemã de que ninguém será obrigado a produzir prova contra si, e ainda na Convenção Européia de Direitos Humanos.

Para a defesa, as funções corporais Jalloh tinham sido manipuladas, suprimindo as reações do controle do cérebro e do corpo e provocando atividade indesejada.

Levado o caso perante o Tribunal Constitucional Federal alemão, a Suprema Corte daquele país deliberou, em 15 de setembro de 1999, que o procedimento a que Jalloh fora submetido era constitucional, afastando as alegadas ofensas ao princípio da dignidade humana (protegido pelo § 1, do Artigo 1 da Lei Fundamental alemã) ou ao princípio da liberdade de ação (§ 1, do Artigo 2, da mesma lei).

Exauridas as possibilidades de recurso no ordenamento jurídico interno, o caso de Jalloh foi submetido à apreciação da Corte Européia de Direitos Humanos. As alegações formuladas perante a CEDH são a submissão a tratamento degradante, consistente na administração de drogas que teriam causado posteriores problemas estomacais (alegação desacompanhada de comprovação pericial) e a ilegalidade da prova obtida, em violação ao art. 6º da Convenção.

³² “o exame físico do acusado pode ser determinado com a finalidade de se estabelecer fatos relevantes ao procedimento investigatório. Com esse objetivo, podem ser retiradas amostras do sangue, bem como feitas intrusões físicas no corpo do acusado, mesmo sem seu consentimento, desde que efetuadas por um médico de acordo com as regras da ciência médica, contanto que não causem nenhum risco de dano a sua saúde” (tradução livre do texto em inglês constante do inteiro teor do acórdão proferido no caso *Jalloh v. Alemanha*, pela Corte Européia de Direitos Humanos).

³³ O art. 136a do Código de Procedimento Criminal alemão relaciona os métodos proibidos de interrogatório (*verbotene Vernehmungsmethoden*): “(1) a liberdade do acusado de tomar decisões e manifestar sua vontade não será violada em razão de mau tratamento, fadiga induzida, interferência física, administração das drogas, tormento, fraude ou pela hipnose. A coerção poderá ser usada somente dentro dos limites da lei traçada no procedimento criminal. Também é proibido ameaçar o acusado com medidas que não são permitidas sob a lei no procedimento criminal. (2) As medidas que danifiquem a memória do acusado ou sua habilidade de compreender e aceitar um fato determinado não serão permitidas. (3) A proibição sob as subseções (1) e (2) aplicar-se-á mesmo se acusado consentir com a medida proposta. As evidências obtidas na ruptura desta proibição não serão usadas na investigação, mesmo se acusado concordar com seu uso” (tradução livre do texto em inglês constante do inteiro teor do acórdão proferido no caso *Jalloh v. Alemanha*, pela Corte Européia de Direitos Humanos).

Jalloh considerava que seu direito a um processo justo fora afetado em razão da prova obtida mediante a administração forçada de medicamentos e, por conseguinte, mediante a violação de seu direito de não se auto-incriminar, o qual seria um pressuposto lógico ou um elemento indispensável ao direito de um processo justo, garantia constante do art. 6º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A defesa argumentou que a vedação de auto-incriminação não está limitada a declarações obtidas sob coerção, mas também qualquer material obtido pelo Estado por meio de violação da vontade do indivíduo.

A defesa sustentava que, ao contrário dos casos já examinados pela CEDH, em que se autorizara a obtenção de amostras de sangue para realização de teste do DNA, no caso Jalloh a polícia alemã utilizara substâncias químicas que provocaram uma atividade involuntária e antinatural do corpo de Jalloh a fim obter a evidência criminal. Sua recusa para engolir o medicamento fora superada pelo uso de força considerável.

Conseqüentemente, não era possível afirmar que a prova obtida tinha “existência independentemente de sua vontade”, mas sim que ele fora forçado a contribuir para sua própria condenação. A administração do remédio era comparável à administração de um soro da verdade para obter uma confissão, prática expressamente proibida pela lei alemã (art. 136a do Código de Procedimento Criminal).

O principal argumento dos representantes do governo alemão perante a CEDH era o de que a garantia da vedação de auto-incriminação proibia somente que se forçasse uma pessoa a agir contrariamente a sua vontade. Provocar uma reação orgânica de expulsão mediante a administração de uma substância medicinal deveria ser considerada mera reação do corpo, impossível de ser controlada pela mente e que, portanto, não afetava a vontade do agente. Por conseguinte, o suspeito não fora forçado a contribuir ativamente para obter a prova.

Por fim, a recusa do suspeito em submeter-se ao uso de medicamentos não poderia ser considerada legítima, pois isso colocaria em risco várias outras medidas investigativas que violam a vontade do suspeito de esconder uma evidência, tais como obter amostras do sangue pela força ou promover buscas residenciais.

A CEDH principia seu julgamento pontuando que sua função não é reexaminar eventuais erros de cortes nacionais, a menos que tenha havido violação das garantias fundamentais do indivíduo asseguradas pela Convenção Européia de Direitos Humanos, e que não examina questões sobre admissibilidade da prova, a menos que guardem estrita relação com as garantias convencionais (citando como precedentes *Schenk v. Suíça*, de 12 de julho de 1988 e *Teixeira de Castro v. Portugal*, de 9 de junho de 1998).

Por outro lado, considera que as exigências gerais de justiça contidas no art. 6º aplicam-se a todos os procedimentos criminais, independente do tipo de crime imputado, muito embora a deliberação acerca da necessidade de aplicação de uma determinada medida restritiva de direitos possa levar em consideração a gravidade do crime, o interesse público na investigação e na punição da ofensa praticada pelo particular.

Entretanto, o interesse público não pode justificar medidas que atinjam a própria essência dos direitos de defesa do indivíduo, aí incluída a garantia de não se auto-incriminar, constante do art. 6º da Convenção.

A CEDH afirma que a garantia de silenciar e o direito de não se auto-incriminar integram noção de procedimento justo, tal como garantido no art. 6º, pois esses direitos constituem padrões internacionalmente reconhecidos de garantias mínimas do acusado em um processo criminal. Estatui, ainda, que a lógica interna da garantia de não se auto-incriminar reside justamente na proteção do acusado contra algum tipo de coerção imprópria praticada pelas autoridades.

Proteger o indivíduo do uso de força pelo Estado é circunstância essencial para o preenchimento do conceito de devido processo legal. Nessa mesma lógica, direito de não se auto-incriminar pressupõe que a parte acusadora em um procedimento criminal deverá provar sua imputação contra o acusado sem recorrer aos métodos da coerção ou opressão que violem a vontade do acusado.

Em vários casos precedentes, a CEDH sustentara que o direito de não se auto-incriminar compreende, primeiramente, o respeito à vontade de uma pessoa acusada para remanescer em silêncio. Dessa forma, a garantia não impossibilita que o Estado utilize poderes compulsórios para localizar e arrecadar materiais que estejam em poder do acusado ou suspeito, mas que possuam existência material independente do acusado, tais como documentos, respiração, amostras de sangue,

urina, cabelo, voz ou tecido corporal, inclusive com a finalidade de testar o DNA (*Saunders v. Reino Unido*).

Por outro lado, a CEDH conferira ao direito de não se auto-incriminar um conceito mais ampliado, para abranger os casos em que há evidências reais de excesso de coerção no processo de obtenção das provas. Com efeito, em *Funke v. França* a CEDH considerara que qualquer tentativa de compelir o indivíduo, mediante multas ou prisão, a fornecer documentos e, logicamente, provas dos crimes que lhe eram imputados, violava seu direito de não se auto-incriminar.

No que tange ao caso de Jalloh, a Corte considerou que a administração do medicamento ao suspeito não pode ser considerada ilegal e a prova não poderia ser tida como ilícita face à lei doméstica, porquanto tal conduta estava expressamente autorizada pelo art. 81a do Código do Procedimento Criminal alemão. Caberia à CEDH, porém, verificar se o procedimento da lei nacional está em consonância com a exigência supranacional de estabelecimento de um procedimento justo.

Nesse ponto, a Corte considerou que a prova incriminadora foi obtida em consequência dos atos de violência ou de brutalidade que, apesar de não serem considerados métodos de tortura, revivem a lógica do sistema inquisitório, segundo o qual a prova da acusação deve provir do próprio acusado, independente de seu valor probatório.

Portanto, ainda que a prova obtida tenha uma existência “real” independente da vontade do acusado – ao contrário de uma confissão – ela não será considerada válida sob o prisma do direito de vedação da auto-incriminação porque obtida pela interferência forçada de agentes do Estado em detrimento da integridade corporal do suspeito. A garantia de não se auto-incriminar concerne justamente ao respeito da vontade do réu para remanescer calado e não ser compelido a fornecer qualquer elemento de prova.

Ademais, o grau de força física empregado variava completamente do precedente examinado pela Corte. Em *Saunders*, o indivíduo sofrera uma interferência mínima em sua integridade física (quando amostras de sangue ou tecidos são retiradas para exame), ao passo que em Jalloh foi introduzido, com uso de força física, um tubo naso-gástrico que injetou uma substância química capaz de provocar a regurgitação mediante a qual obteve-se a prova pretendida.

Jalloh também não poderia ser equiparado a *Saunders* porque neste caso a participação ativa do suspeito envolvia materiais normalmente produzidos pelo corpo humano, como respiração, urina, voz etc., ao passo que naquele provocou-se uma reação patológica, e não natural, do corpo humano.

Por essas razões, a Corte Européia de Direitos Humanos decidiu, por onze votos contra seis, que a prova obtida por meio da administração forçada de medicamentos para indução de regurgitação interferiu significativamente com a integridade física e mental do suspeito, infringindo seu direito de não se auto-incriminar.

6.3

Conclusões parciais

Os casos acima narrados constituem uma boa representação do panorama jurídico internacional acerca da garantia de não se auto-incriminar. São casos que marcaram as décadas de 60, 70, 80, 90 e a primeira década do século XXI, e tiveram repercussões mundiais, muito além do âmbito de jurisdição das cortes que os proferiram.

No âmbito do direito estadunidense, a garantia de não se auto-incriminar foi expressamente incorporada à Constituição em 1791, mas diversos julgamentos conduzidos pela Suprema Corte acabaram por limitar sua aplicação. O panorama somente se modificou na segunda metade do século XX, no bojo do movimento pela afirmação dos direitos civis (1955-1965) quando a Suprema Corte reviu diversos precedentes e conferiu maior amplitude ao instituto.

Nesse contexto, o argumento empregado pela Suprema Corte dos EUA para impor o respeito da garantia de não se auto-incriminar pelos estados foi sua inclusão no âmbito do conceito de devido processo legal – já que a Constituição garantia a garantia de não se auto-incriminar aplica-se apenas no âmbito federal, enquanto a garantia do devido processo aplica-se no âmbito federal e estadual.

Na jurisprudência dos EUA, a garantia de não se auto-incriminar sempre abrangeu a generalidade das pessoas – não se limitando ao preso ou ao réu em processo criminal – por conta do próprio teor literal da 5ª emenda.

No que tange aos seus contornos, a Suprema Corte dos EUA consolidou sua jurisprudência no sentido de limitar a garantia às ações comunicativas do indivíduo. Em outras palavras, é proibido usar qualquer tipo de sugestão, mecanismo (inclusive produtos químicos) ou coação (física ou moral) que diminua a capacidade do acusado de controlar sua vontade ou que facilite a obtenção de expressões ou declarações de uma pessoa.

A fim de assegurar a efetividade desse direito, o indivíduo deve ser comunicado pelo agente do Estado de seu direito de se fazer assistir por um advogado antes e durante o interrogatório (seja em sede policial, seja em sede judicial), não sendo lícito ao Estado conduzir um interrogatório sem a presença do advogado se assim preferir o réu, cabendo ainda ao Estado o dever de custear a defesa do indivíduo que não dispuser de meios para tanto.

Por outro lado, qualquer evidência que não esteja diretamente relacionada com a atuação comunicativa do indivíduo, pode ser-lhe exigida, ou obtida de forma compulsória, como a obtenção de amostras para realização de exames periciais, por exemplo.

A mesma lógica é desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs, que não admitem qualquer tipo de influência sobre a formação da vontade do indivíduo ao prestar suas declarações, rejeitando inclusive a maior parte das provas obtidas por meio dos interrogatórios por ardil – vedados no âmbito dos EUA.

Outros países³⁴ que também incorporaram a regra da garantia de vedação de auto-incriminação, como Argentina e Espanha, conferem a esse direito a mesma leitura feita pela Suprema Corte dos EUA e pela jurisprudência alemã, como sintetiza Javier de Luca:

“De modo que es posible trazer una distinción a partir de este alcance dado a la cláusula: sólo protege las comunicaciones, sean verbales, escritas, gestuales, porque en esos casos la prueba está en la mente, en la voluntad del sujeto, su obtención depende de su conciencia de los procesos de sus razonamientos. Cualquier tipo de coacción tendiente a obtener una comunicación está prohibida, pero sólo en los casos en que el imputado es datado como sujeto de

³⁴ Registre-se, ainda, a presença de dispositivos semelhantes ao direito ao silêncio nos textos constitucionais dos seguintes países: México, Colômbia, Paraguai, Uruguai, Costa Rica, Equador, Honduras, Nicarágua, Portugal, Noruega e Japão, relacionados por Ignacio F Tedesco (*La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado*. HENDLER, Edmundo (Org.): *Las garantías penales e procesales – enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Del Porto, 2001, p. 32).

prueba, lo cual impide obligarlo a declarar, a realizar la reconstrucción de un hecho, o un cuerpo de escritura, o a aportar prueba incriminante. En cambio, difiere notablemente la cuestión cuando se prescinde totalmente de la voluntad, consentimiento o aquiescencia del sujeto, y la prueba se va a buscar a su cuerpo. El procesado es tratado como objeto de prueba, lo cual da lugar a la posibilidad de otras medidas, como la extracción de sangre, de huellas dactilares, de pelos, la toma de fotografías, el reconocimiento forzado en rueda de personas, etc.”³⁵.

Por fim, diferentemente do que ocorre na tradição estadunidense, a doutrina alemã – notadamente Roxin – considera que a liberdade de declarações abarca não somente o direito de recusar-se a responder perguntas, mas também o direito de negar falsamente as acusações que são dirigidas ao indivíduo.

Já no âmbito da jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, a garantia de não se auto-incriminar assumiu outros contornos. Na concepção firmada pela CEDH, o direito ao silêncio é parte integrante do conceito de julgamento justo (não há menção expressa a esse direito na Convenção Européia de Direitos Humanos) e compreende não só a proteção do indivíduo contra quaisquer métodos que possam interferir na sua liberdade de declarações (conceito da ação comunicativa), mas também a proteção contra qualquer medida tendente a fazê-lo apresentar provas que possam incriminá-lo (caso *Funke*).

Não obstante, a CEDH estabeleceu que essa garantia não alcança a proteção do Estado contra medidas coercitivas tendentes a obter evidências que tenham existência independente da vontade do acusado, tais como “amostras de hálito, de sangue, urina bem como tecidos corporais para fins de realização de exame de DNA” (caso *Saunders*), desde que essa obtenção não significasse atos de violência ou de brutalidade praticados pelos agentes públicos contra o indivíduo (caso *Jalloh*).

³⁵ DE LUCA, Javier Augusto: **Notas sobre la cláusula contra la autoincriminación controlada**. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal nº 9. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 269/270