

2 – DOUTRINA NACIONAL

O DIREITO AO SILÊNCIO: TRATAMENTO NOS DIREITOS ALEMÃO E NORTE-AMERICANO

THEODOMIRO DIAS NETO

SUMÁRIO: Parte I: O silêncio do acusado no direito alemão – 1. Os fins do direito processual penal – 2. O acusado como sujeito do procedimento – 3. O acusado como objeto do procedimento (meio de prova) – 4. O direito ao silêncio e sua fundamentação jurídica: 4.1 O direito ao silêncio como direito de personalidade – 5. A proteção do direito ao silêncio dentro do CPP: 5.1 Métodos proibidos de interrogatório; 5.2 O dever de instrução do direito ao silêncio: 5.2.1 Os beneficiários do dever de instrução; 5.2.2 Exclusão de prova em face da violação do dever de instrução; 5.2.3 O momento do dever de instrução: o conceito de acusado; 5.2.4 A amplitude do direito ao silêncio; 5.3 A apreciação judicial do silêncio – Parte II: O silêncio do acusado no direito norte-americano: 1. O direito ao silêncio no julgamento (*trial*) – 2. O direito ao silêncio no interrogatório policial: 2.1 A resposta da Suprema Corte – 3. O dever de instrução de *Miranda v. Arizona*: 3.1 O conceito de custódia; 3.2 O conceito de interrogatório; 3.3 A validade da renúncia ao privilégio; 3.4 *Miranda* e o *teste de voluntariedade*; 3.5 A experiência após *Miranda* – Considerações finais – Bibliografia.

Parte I: O silêncio do acusado no direito alemão

1. Os fins do direito processual penal

Definir o fim do direito processual penal é uma tarefa complexa. Mais apropriado seria falar em fins do direito processual penal, visto que este está estruturado para exercer tarefas diversas. Embora haja certo consenso quanto à sua essência, divergências profundas existem quanto à amplitude destes diversos fins e, especialmente, quanto à forma como eles devem relacionar-se entre si. É exatamente o desafio de ponderação (*Abwägung*), de harmonização entre tarefas diversas a serem desempenhadas que torna esta área do direito especialmente fascinante, não somente ao jurista, mas a todo cidadão interessado em participar nas discussões da esfera pública.

A função específica fundamental do direito processual penal consiste na realização do direito penal material. O direito processual penal atua como instrumento, como *servidor* (*Diener*) do direito penal, preparando e organizando o cenário de que este necessita para ser efetivo (Hassemer, 1981: 110). Na ausência de procedimentos capazes de regular juridicamente a sua implementação, o direito penal estaria desprovido de eficácia, suas normas ficariam *no papel* e não poderiam servir como instrumento de que o Estado dispõe para assegurar as condições elementares (jamais suficientes) para uma coexistência social pacífica (Roxin, 1995; Hassemer, 1981). O direito processual penal oferece, assim, os procedimentos a serem observados pelo Estado na realização de seu poder punitivo; define as regras através das quais o Estado identifica, detém, condena e apli-

ca a pena àqueles que praticaram crimes. É exatamente o exercício de ponderação — não somente no plano normativo, mas na prática — entre esta tarefa específica de realização do direito material e as diversas outras tarefas do direito processual penal que definirá a forma como o poder penal será desempenhado em uma determinada comunidade jurídica.

A apuração da verdade é uma meta essencial do direito processual penal. Para que haja eficácia na aplicação do direito penal substantivo é necessário que o *caso produzido* seja verdade. A adequação material é pressuposto de uma sentença justa:

[O caso] não deve estar construído sobre dados inexistentes, assim como não lhe deve faltar dados relevantes; os dados devem estar confrontados entre si na mesma relação que possuem na realidade. Um caso *erroneamente* produzido somente pode resultar em uma sentença *injusta*, pois esta decide um caso diverso (irreal) ao que está a ela subjacente (Hassemer, 1981: 137).

É tarefa, pois, do direito processual penal definir *modelos de compreensão* que possibilitem que o juiz não erre na formação de sua convicção (*ibid.*). À vista disso, vale para o processo penal (ao contrário do processo civil) o *princípio da instrução*, segundo o qual o juiz deve proceder à averiguação da verdade material de forma independente, ou seja, desvinculada do contributo das partes. O fim de aclaração da verdade e restauração da paz jurídica rompida com a violação ao Direito legitima os amplos poderes investigatórios de que o Estado dispõe, invariavelmente invasivos dos direitos fundamentais do indivíduo. Mas o dever de apuração da verdade não fundamenta somente medidas jurídicas orientadas à condenação do culpado. É necessário ainda que se tomem precauções para proteger o inocente de acusações e condenações injustas. Em face da

possibilidade sempre aberta do erro, os princípios humanistas de *presunção da inocência* e *in dubio pro reo* são pilstras de um procedimento penal orientado aos valores do Estado de Direito. Assume-se assim a possibilidade de absolvição do culpado face ao interesse maior de evitar a condenação do inocente.

A eficiência na prestação da justiça penal não é, pois, um valor absoluto. Em um Estado de Direito, a persecução penal deve estar submetida ao controle do Direito. É função do direito processual penal assegurar que os métodos estatais de prevenção e controle do crime sejam compatíveis com a proteção dos direitos de personalidade do acusado,¹ a sua privacidade, integridade moral e física, identidade pessoal. Visto desta forma, o direito processual penal não é somente veículo de realização do direito penal material, mas também *direito constitucional aplicado*, sendo indicador da cultura política e jurídica de uma sociedade.

Neste sentido, máxima do direito processual penal alemão é o *Fairnessprinzip*, com raízes no conceito de *fair trial* do direito comum inglês, que expressa o direito de todo acusado a um procedimento justo e equitativo. A interpretação alemã deste princípio, inserida no paradigma do Estado de Direito social, está associada à noção de *igualdade de armas* (*Waffengleichheit*) entre acusador e acusado:

A máxima do *fair trial* é produto e consequência de duas experiências simples, mas fundamentais. A primeira é que toda pessoa — mesmo sem haver contribuído — pode encontrar-se na posição de acusado. A segunda é que a apuração de uma suspeita não significa necessariamente

(1) Os termos *acusado* e *imputado* serão alternativamente utilizados para referir-se, de uma forma geral, àquele que se encontra na condição de objeto de um procedimento penal, seja este policial ou judicial.

mente a comprovação da culpa, podendo conduzir também à revelação da inocência (Müller-Dietz, 1981: 1206).

Tal princípio é expressão de uma cultura jurídica que concebe o direito processual penal não só como instrumento de proteção dos cidadãos contra o crime, mas como instrumento de proteção da dignidade do acusado diante de uma intervenção estatal excessiva. Desta forma, além de *servidor* do direito penal, ao direito processual atribui-se a função de *senhor* (*Herrscher*) do procedimento, de tal forma que este tenha *forma jurídica* (*Justizförmigkeit des Verfahrens*) e que o acusado não esteja desprotegido frente aos poderes coercitivos do Estado (Hassemer, 1981: 110).

A garantia de um *fair trial* corresponde ao reconhecimento de que a busca da verdade, como princípio ético-jurídico fundamental de uma sentença justa, pode entrar em conflito com interesses fundamentais do imputado, dos demais partícipes do procedimento e da sociedade como um todo. Tortura, invasão de privacidade, coação psíquica são exemplos dos rumos que pode tomar uma busca descontrolada da verdade. Em um Estado de Direito, o interesse de adequação material da sentença deve ser ponderado com o interesse de proteção dos direitos fundamentais do imputado e demais participantes. É tarefa, pois, do direito processual penal definir instrumentos para deter e regular a busca da verdade, de tal forma a atenuar os riscos inerentes ao desequilíbrio de poderes entre Estado e cidadão, acusador e acusado.

Ao estabelecer normas que limitam a extensão do poder estatal de investigar o ocorrido, e que impedem acesso dos órgãos instrutores a informações cujo conhecimento seria de grande interesse para a elucidação da verdade (proibições de prova), o direito processual penal manifesta que o seu fim não é a verdade a qualquer preço, mas, a busca *dosificada*

da verdade ou, em outras palavras, a verdade obtida em respeito ao *Fairnessprinzip*. O princípio da proporcionalidade, o direito à privacidade e o privilégio contra a auto-incriminação são exemplos de *barreiras* que o direito processual penal criou visando limitar a busca da verdade (Hassemer, 1981: 142).

Assim, pode-se afirmar que a meta do direito processual penal não é a averiguação da verdade material, mas a obtenção formalizada da verdade. A convicção do juiz não corresponde à verdade material, mas à verdade obtida por via formalizada, à *verdade forense*, sendo a esta que se orienta a compreensão do procedimento (id., 1990: 279).

Compete ainda ao direito processual propiciar as condições para uma solução final do caso, de forma a garantir o restabelecimento da paz jurídica. O fato de que uma violação ao direito possa ser sancionada, reforça a credibilidade no sistema jurídico estatal, dissipando tendências de questionamento do monopólio estatal do poder punitivo (justiça privada). A solução do caso não é, em si, condição para a paz jurídica. Inerente à função pacificadora do direito processual penal é a forma como tal função é desempenhada (Müller-Dietz, 1981). Em um Estado de Direito, a eficácia na prestação da justiça penal deve estar conectada à garantia de sua forma jurídica; somente assim é possível a restauração da paz jurídica (Roxin, 1995). A obtenção da paz jurídica — meta fundamental de um direito penal orientado à garantia da liberdade e segurança dos cidadãos — pressupõe que o exercício do poder punitivo constitua um meio de estabilização normativa, contribuindo para reforçar a estabilidade de uma cultura jurídica fundada nos valores de um Estado constitucional democrático (aspecto positivo da prevenção geral).

A condenação do culpado, a proteção do inocente, a forma jurídica do procedi-

mento, a segurança jurídica, são valores igualmente necessários para a coesão de uma comunidade em torno do sistema jurídico estatal. Utilizando metáfora de Roxin, um procedimento penal não é uma *flecha* em condições de atingir diretamente o seu alvo; ao contrário, por ter que responder a demandas contraditórias, está estruturado de maneira dialética, necessitando de tempo para avaliar as diversas possibilidades e pontos de vista (1995: 4).

Tal relação dialética entre interesses diversos é o que confere o caráter dinâmico desta área do direito. Há situações – interdição do interrogatório como meio de prova² – em que o princípio da forma jurídica precede o interesse de adequação material. Mas esta não é uma posição absoluta, ao contrário, há hoje uma tendência de restrição das possibilidades de exclusão de prova em função do princípio da verdade material. Há situações ainda em que o interesse da paz jurídica entra em conflito com a adequação material da sentença. Admite-se, por exemplo, a possibilidade de revisão favorável ao condenado, caso se apresentem novos fatos ou meios de prova.³ Tal possibilidade está, entretanto, excluída, se a revisão for desfavorável ao acusado, havendo, nestes casos, uma precedência da segurança jurídica sobre o interesse da verdade material.⁴

Este imanente esforço de compatibilização dos fins do direito processual penal poderia ser simbolizado como um pêndulo que se move entre duas posições fundamentais: o interesse de investigação (*eficientismo*) e o de proteção da personalidade do acusado (*garantismo*).

Em um artigo norte-americano clássico sobre o tema, Herbert Packer (1964) define as duas visões fundamentais – o *due process model* e o *crime control model* – em torno do qual costuma se dividir o debate na área processual penal. Defensores do *due process model* estão dispostos a aceitar uma diminuição da eficiência do processo penal para coibir abusos estatais. Atribuem, assim, uma clara precedência à forma jurídica do procedimento, à proteção do acusado e a um direito processual penal ancorado na Constituição. De acordo com esta ideologia o procedimento criminal deve estar sujeito a controles e garantias que o impeçam de funcionar com máxima eficiência: “Máxima eficiência significa máxima tirania” (Parker, 1964: 16). Partidários do *crime control model* acentuam, por sua vez, o controle do crime como função fundamental de um processo penal. Costumam identificar-se como *realistas*, defendendo a ampliação dos poderes investigatórios do Estado e a flexibilização das garantias formais do acusado como meio de aceleração e eficiência do sistema de justiça criminal.

Uma análise dos desenvolvimentos político-criminais nos países democráticos do Ocidente evidencia uma clara tendência de afirmação do *eficientismo* em detrimento das posições garantistas. A crescente prioridade assumida pela *questão criminal* na agenda político-eleitoral dos países, tem impulsionado reformas direcionadas a ampliar a competência investigatória e punitiva do Estado à custa de uma erosão das tradições do Estado de Direito no âmbito penal (Albrecht, 1993). O Tribunal Constitucional alemão confirma esta tendência, enfatizando, a partir dos anos 70, o dever do Estado de Direito em manter a *funcionalidade da prestação de justiça penal*.⁵ A eficácia da justiça, afirma o Tribunal, justifica-se em função de um *dever de*

(2) § 136a III, do CPP.

(3) § 359, V do CPP (Revisão favorável ao acusado).

(4) § 362, do CPP (Revisão desfavorável ao acusado).

(5) *Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*.

proteção perante a coletividade que deve coexistir com um *dever de proteção perante o indivíduo*. De fato, a realização do direito penal não seria possível sem a *funcionalidade da justiça penal*. Tal conceito se torna, entretanto, problemático quando se converte, como no caso concreto, em *topos* argumentativos em favor de políticas criminais restritivas das garantias do acusado (Roxin, 1995: 4; Hassemer, 1990a: 30). Afinal, é também interesse da coletividade que o processo se desenvolva dentro das formas da lei, de tal forma que ninguém seja acusado ou condenado injustamente. Conforme se mencionou, não há paz jurídica sem observação do *Fairnessprinzip*.

2. O acusado como sujeito do procedimento

O desenvolvimento de um procedimento penal, explica Hassemer, envolve um processo de *compreensão* ou *comunicação* orientado à apuração formalizada da verdade (1981: 117 *et seq.*). É tarefa do sistema jurídico assegurar e regular esta compreensão. O direito penal material oferece as coordenadas sobre os fatos a serem averiguados no curso do procedimento. Sem o direito penal, fixando os elementos do fato punível e os critérios de punibilidade e de determinação da pena, o procedimento não teria meta, estaria desprovido de referências sobre aquilo que deve ser investigado e deliberado.

O direito processual penal, por sua vez, disciplina como um caso deve ser produzido, define as normas reguladoras da comunicação que se estabelece entre os participantes do procedimento. A forma como se desenvolverá este processo de compreensão em cada caso é, não obstante, somente em parte passível de uma previsão jurídica. Cada procedimento é único, representa um evento histórico, dinâmico, produzido pelo conjunto de interações entre os participantes do processo de com-

preensão. A isto se refere Hassemer ao definir a compreensão do procedimento penal como uma *compreensão cênica* (*szenisches Verstehens*) que vai além de uma mera análise de textos (1981: 113 *et seq.*). O direito processual penal não está, pois, em condições de determinar exaustivamente o seu objeto (o procedimento penal), sua tarefa limita-se a definir modelos de compreensão cênica que ordenam e asseguram a produção do caso, vinculando as partes a determinadas formas de interação e comunicação:

“O procedimento refere-se a seqüências de comportamentos, com ações, que por sua vez constituem reações às suas próprias ações e às ações de outros. Os participantes no procedimento relacionam-se entre si (perguntam, respondem, contradizem, concedem) e estão referidos a um modelo de transcurso de suas ações: o direito processual penal” (Hassemer, 1981: 116).

As diferenças entre os procedimentos ao longo da história, prossegue o autor, está exatamente na forma como os direitos processuais estruturam a compreensão cênica. Nos processos inquisitivos da Idade Média ou, ainda hoje, em Estados totalitários, esta compreensão se dá basicamente sem a participação do acusado. O inquirido é visto pelo inquiridor como objeto de investigação e não como participante de um processo de comunicação recíproca. A elucidação da verdade é assumida como um objetivo absoluto que exclui a participação do acusado na compreensão cênica.

A possibilidade de participação do acusado no procedimento é uma demanda com raízes nas idéias liberais e democráticas da filosofia política e jurídica do Iluminismo. Trata-se de uma extensão ao imputado do *status* de cidadão: daquele que deixa a sua condição passiva de súdito para converter-se em um cidadão ativo com possibilidades de controle sobre as decisões estatais de seu interesse.

Alguns autores, à luz da *Teoria da ação comunicativa* de Jürgen Habermas, interpretam este desenvolvimento como um fortalecimento da competência comunicativa do acusado. A otimização comunicativa, a criação de uma *situação ideal de discurso* são demandas no sentido de que o acusado possa participar na produção de seu caso, interferindo e influenciando argumentativamente no processo de compreensão que se estabelece dentro de um procedimento penal (Müller-Dietz, 1981; Hassemer, 1981).

Uma interpretação das garantias do acusado com base na teoria do discurso de Habermas deve, todavia, ser feita com reservas. A postulação por extinção das barreiras comunicativas, pela ampliação da capacidade discursiva do acusado, deve ter como limite a exigência de formalidade do procedimento, ou, em outras palavras, o *caráter institucional da comunicação no procedimento penal*: "A produção do discurso livre de dominação significaria a supressão do procedimento e com isto a possibilidade de aplicar o direito de acordo com as formas jurídicas" (Hassemer, 1981: 125).

O processo penal possui funções que deve desempenhar à custa dos elementos comunicativos. A vinculação dos participantes a determinadas formas de comunicação e interação, a vigência de modelos jurídicos obrigatórios de compreensão cênica são pressupostos necessários para que o procedimento possa cumprir com os seus diversos objetivos. O sistema jurídico não pode deixar o transcurso do procedimento à mercê da causalidade ou da voluntariedade das partes; ao contrário, deve intervir para possibilitar e assegurar que a compreensão cênica transcorra mediante regras processuais adequadas. No direito processual penal os modelos de compreensão cênica não são *propostas* mas *exigências*. Há, por conseguinte, um *profundo abismo* entre o discurso institucional do procedimento

penal e a concepção ideal de Habermas do *discurso livre de dominação* (Hassemer, 1981: 128).

Isto tampouco significa, prossegue o autor, que um seja o *pólo oposto* do outro. As garantias processuais são conquistas logradas em uma luta por melhorar a posição jurídica do acusado, garantindo-lhe a condição de *sujeito* do procedimento. Em países democráticos o acusado não se encontra mais em uma posição passiva de desproteção perante a imputação estatal. O acusado dispõe hoje de uma série de direitos constitucionais e processuais que lhe assegura possibilidades de intervir e influenciar no desenvolvimento de seu caso. A intervenção do acusado dá um caráter interativo à compreensão cênica do procedimento penal. Entre os *direitos de participação ativa*,⁶ destaca-se o direito de audiência judicial,⁷ por força do qual todo acusado deve ser ouvido pelo juiz de maneira justa e equitativa (Roxin, 1995: 107). Também de grande significado para o fortalecimento da capacidade argumentativa do imputado é o direito a um advogado, ou seja, o direito à presença de um profissional que conheça o ritual da compreensão cênica do procedimento e que dê apoio ao seu discurso. Ao lado destes, a posição de sujeito processual do imputado concretiza-se através de uma série de garantias previstas no CPP, tais como o direito de: solicitar provas antes da apreciação judicial da denúncia (§ 201); recusar o juiz (§ 24); estar presente nas audiências (§ 230);⁸ solicitar provas (§§ 219, 244 a 246), formular perguntas a

(6) *Aktive Beteiligungsrechte*.

(7) Art. 6, I, da Convenção Européia de Direitos Humanos, e art. 103 I, da CF.

(8) No direito alemão, a presença do acusado no interrogatório e nas audiências não é somente um direito, mas uma obrigação que se aplica às diversas fases do procedimento. Como regra geral, não haverá audiência oral sem a presença do réu. Nestes casos se ordenará a sua condução coativa,

testemunhas e peritos (§ 240, II), interpor recursos (§ 296) etc.

3. O acusado como objeto do procedimento (meio de prova)

O acusado não é, contudo, somente partícipe da compreensão cênica, mas também objeto desta, visto que sobre ele recai uma suspeita que o converte em foco de uma investigação. A compreensão cênica não está orientada à *verdade* de todos os participantes do procedimento, mas somente à verdade do imputado. É o acusado e o fato a ele imputado que constituem o objeto da decisão judicial (Hassemer, 1981).

Muito embora o direito processual penal moderno tenha abdicado do contributo do acusado na elucidação da verdade, é inegável que este continua a exercer um papel essencial como meio de prova, porquanto aquilo que ele diz e a forma como ele se comporta possuem um grande peso na formação da convicção do juiz. Tecnicamente é possível uma decisão baseada exclusivamente no depoimento do imputado (Roxin, 1995: 176). A sua posição como meio de prova justifica uma série de medidas coativas contra a sua liberdade pessoal (busca e apreensão domiciliar, prisão preventiva etc.) ou a sua integridade física (busca pessoal, exame de sangue etc.).

Apesar do exposto, o acusado não constitui um meio formal de prova, tal qual a testemunha. Meio de prova no sentido técnico é o acusado somente quando este é objeto de investigação corporal⁹ (ex.: exame físico ou psíquico, fotografia, impressões digitais etc.).

ou se decretará ordem de prisão. Trata-se de um discutido instrumento de proteção do acusado. Com base no mesmo princípio, o direito alemão estabelece os casos de defesa necessária (§ 140, do CPP)..

⁽⁹⁾ §§ 81, 81a, 81b, do CPP.

Da dialética desta dupla posição como sujeito (portador de direitos de participação ativa) e como objeto (meio de prova) do procedimento resulta uma posição diferenciada do imputado no sistema de provas. À vista disso, também em sua condição de objeto de investigação, como participante passivo, o acusado não se encontra mais desprotegido, usufruindo de *direitos de participação passiva*¹⁰ (Roxin, 1995). Qualquer coerção estatal contra o seu direito de liberdade deve observar o princípio da proporcionalidade e a proteção de sua dignidade. Além disto, a sua autonomia pessoal é garantida através da *liberdade de participação e de declaração*:¹¹ o acusado é obrigado a submeter-se a medidas coercitivas, mas jamais está obrigado a participar ativamente em sua aplicação¹² e possui a possibilidade de optar pelo silêncio quando este caminho lhe parecer mais conveniente para a sua defesa.

4. O direito ao silêncio e sua fundamentação jurídica

A liberdade de declaração é expressão fundamental do *privilégio contra a auto-incriminação*, ou seja, o direito de todo indivíduo em não ser convertido em meio ativo de prova contra si próprio. Constitui pois um direito de defesa perante o Estado (*Abwehrrecht*), com duas dimensões correspondentes às duas formas possíveis de defesa que se encontram à disposição do acusado: uma dimensão positiva que garante a possibilidade de

⁽¹⁰⁾ *Passive Beteiligungsrechte*.

⁽¹¹⁾ *Mitwirkung – und Aussagefreiheit*.

⁽¹²⁾ Trata-se de uma diferença muitas vezes sensível; o imputado pode, por exemplo, ser coagido a submeter-se a um exame de sangue (§ 81a, do CPP), mas não ser obrigado a submeter-se ao *bafômetro* para controle de dosagem alcoólica, visto que neste caso estaria atuando ativamente para a sua auto-incriminação.

defesa ativa frente a uma imputação e uma negativa, correspondente ao direito ao silêncio (Eser, 1990). A garantia do silêncio é, desta forma, um instrumento de fortalecimento das condições de comunicação forense do acusado.

Muito embora a possibilidade do silêncio esteja hoje consolidada a ponto de ser considerada, utilizando expressão alemã, uma *trivialidade processual*,¹³ esta necessitou de um longo processo de desenvolvimento para afirmar-se como direito válido e não constituir uma simples possibilidade fática. Embora, para alguns autores, as suas raízes já possam ser identificadas no Velho Testamento e, posteriormente, no direito canônico, o privilégio contra a auto-incriminação passa a adquirir a sua forma moderna na Inglaterra. Após a edição da Magna Carta (1215) e durante o longo processo de reformas que a sucede visando à instauração de um sistema processual acusatório, a liberdade de declaração vai sendo gradualmente reconhecida até constituir-se, em meados do século XVII, em princípio do direito comum. Tal princípio foi, posteriormente incorporado pela Constituição americana, sendo hoje base de um procedimento penal em um Estado de Direito (Rogall, 1977). Na Alemanha, o privilégio terá o seu verdadeiro reconhecimento durante o século XIX, quando, sob a influência das idéias iluministas, inicia-se o processo de introdução do princípio acusatório no processo penal.

4.1 O direito ao silêncio como direito de personalidade

O direito ao silêncio representa um princípio essencial do direito processual penal¹⁴ e encontra-se positivado pelo art.

14 III do *Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos* de 16.12.1966 ratificado pela República Federal Alemã em 17.12.1973. Muito embora a Constituição alemã não disponha expressamente, há um relativo consenso com relação à base constitucional do direito ao silêncio.

A posição dominante da doutrina é de que o direito ao silêncio encontra o seu fundamento no art. 2.º I c/c arts. 1.º I e 19 II, da CF. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2.º 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. 1 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 as demais normas que a compõem. Tal princípio constitui o *núcleo absoluto* (*absoluter Kernbereich*) e intangível de todos os direitos fundamentais.¹⁵ 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.

Há situações em que o interesse da vida em sociedade pode justificar, respeitado o princípio da proporcionalidade, uma limitação dos direitos individuais. Tais limitações são legítimas à medida

(13) *Prozessuale Binsenwarheit*.

(14) Tribunal Constitucional: BVerfGE 56, 37, 43; Supremo Tribunal de Justiça: BGHSt 14, 358, 364; 38, 214.

(15) Em outras palavras, a dignidade humana representa o núcleo absoluto (*absoluter Kernbereich*) de todos os direitos fundamentais. Estes possuem ainda um núcleo essencial (*Wesensgehalt*) que se diferencia de acordo com a natureza de cada direito. Ambos são intangíveis.

que não atinjam esferas indisponíveis da liberdade pessoal.¹⁶ É por esta razão que o direito alemão, em um juízo de ponderação entre o interesse da coletividade de prestação da justiça penal e o direito ao silêncio do acusado, decide pelo último. Trata-se de uma decisão constitucional em favor do direito de personalidade do acusado; o princípio da verdade material é limitado visando proteger o núcleo absoluto do direito de personalidade do acusado (a sua dignidade humana) que estaria ameaçado diante de uma coação à auto-incriminação.

O pensamento jusnaturalista refere-se ao privilégio contra a auto-incriminação como um *direito natural à autoproteção*,¹⁷ que deriva de uma *necessidade de autopreservação*.¹⁸ Muito embora este não seja o espaço para uma reflexão jusnaturalista do tema, a noção de *autoproteção* contribui para uma compreensão da posição de vulnerabilidade daquele que se encontra frente a uma imputação penal. A preservação dos próprios bens jurídicos — honra, liberdade, propriedade — configura um interesse legítimo de qualquer pessoa que se encontra na posição de foco de uma acusação penal. Qualquer violação ao direito de uma pessoa *atuar em seu próprio favor, de pertencer a si mesmo* constitui uma violação à área intangível do direito de personalidade (Rogall, 1977: 146).

5. A proteção do direito ao silêncio dentro do CPP

Do caráter de direito fundamental da liberdade de declaração resulta uma obrigação estatal em garantir a sua validade. É este o sentido dos diversos dispositivos processuais a serem analisados nos próximos itens. Ou seja, tais dispositivos não devem ser interpretados como fundamentos do direito ao silêncio, mas como medidas orientadas a proteger um direito material, cuja base jurídica encontra-se fora do CPP.

5.1 Métodos proibidos de interrogatório

O interrogatório não é somente um meio de elucidação da verdade, mas, principalmente um instrumento de defesa do acusado. De acordo com o § 136 II, do CPP “o interrogatório deverá dar ao acusado a oportunidade de eliminar os motivos de suspeita que contra ele existem e de fazer valer os fatos que lhe forem favoráveis”, o que envolve inclusive, segundo posição dominante da doutrina, um *direito à mentira*.¹⁹ O interrogatório deve produzir-se, pois, em conformidade com a dignidade do imputado e com todos os direitos que a lei lhe confere.

O dispositivo central de proteção à liberdade de declaração é o § 136a, do CPP, por força do qual se consideram

(16) Neste sentido a declaração do Tribunal Constitucional: “daß dem einzelnen Bürger eine Sphäre privater Lebensgestaltung verfassungskräftig vorbehalten ist, also ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit besteht, der der Entwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist. Ein Gesetz, das in ihn eingreifen würde, könnte nie Bestandteil der ‘verfassungsmäßigen Ordnung’ sein; es müßte durch das BVerfG für nichtig erklärt werden” (Rogall, 1977: 143-4).

(17) *Naturrecht des Selbstschutzes*.

(18) *Gebot der Selbsterhaltung*.

(19) A mentira é um direito do acusado (*Recht auf Lüge*) desde que a 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 e tampouco como critério para 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 (Roxin, 1995: 178).

inadmissíveis, como método de interrogatório: (a) todas as formas de influência física (maus tratos, esgotamento, violência corporal, administração de substâncias); (b) todas as formas de influência psíquica (engano, hipnose, ameaça, promessa de vantagem não previstas em lei, tortura); (c) medidas que prejudiquem a memória ou a capacidade de compreensão do acusado (Roxin, 1995:180). O artigo aplica-se a todas as fases do procedimento, embora vise especialmente ao interrogatório policial onde há maior incidência de arbítrio. Uma violação deste artigo ocorrerá toda vez que a liberdade de *decisão voluntária e de atuação da vontade do acusado* for violada em virtude de uma coerção não admissível pelo direito processual penal. Nestes casos, a declaração será considerada inválida como meio de prova.²⁰ Por ser o § 136a, do CPP uma expressão da obrigação estatal de proteção da dignidade humana (art. 1.º, da CF), a sua aplicação independe do consentimento do acusado, tanto no que se refere ao interrogatório quanto ao seu posterior aproveitamento como meio de prova. O artigo expressa a posição do acusado como sujeito processual que, mesmo em sua condição de meio de prova, não deve estar desprotegido.

Do ponto de vista jurídico-material, a coerção à confissão está sancionada pelo § 343, do CP. O tipo *extorsão de depoimento*²¹ penaliza a utilização de maus

tratos, uso ou ameaça de violência, e tortura psíquica utilizados com a finalidade de forçar o acusado a declarar, a explicar algo ou a omitir. Dentro da compreensão de maus tratos (também prevista pelo § 223, do CP) está o incriminado também protegido contra as *formas modernas de tortura* como, por exemplo, a manutenção em uma solitária ou em cela escura.

5.2 O dever de instrução²² do direito ao silêncio

Do caráter prioritário que o ordenamento jurídico destina à proteção do direito ao silêncio resulta a obrigação estatal de instruir, ou seja, de informar sobre tal direito. Trata-se de um dever de assistência, de tutela do Estado (*Fürsorgepflicht*). O legislador decidiu neste caso por não pressupor o conhecimento do direito e visou assegurar, com o dever de instrução, que ninguém, por ignorância da lei, sinta-se psicicamente pressionado a contribuir ativamente com o Estado através de declarações auto-incriminatórias.

5.2.1 Os beneficiários do dever de instrução

a) O acusado

O dever de instrução vale para todas as fases do procedimento penal: o inquérito policial,²³ a fase intermediária²⁴ e a ação penal.²⁵ De acordo com o § 136, do CPP, ao início do *primeiro interrogatório* (inquérito policial) se advertirá o acusado de que este “é livre, segundo a lei, para manifestar-se sobre a imputação

(20) Isto não significa, entretanto, que meios de prova obtidos em função de um interrogatório ilegal sejam necessariamente invalidados. Segundo opinião dominante, quando, por exemplo, o acusado de um homicídio, sob a influência de uma ameaça, não somente confessa o crime, como também indica o lugar onde escondeu o corpo, será legítima a apreciação judicial deste como meio de prova. Nestes casos é dada precedência ao interesse de apuração da verdade material em relação à forma jurídica do procedimento. (Roxin, 1995: 3).

(21) *Aussageerpressung*.

(22) *Belehrungspflicht*.

(23) §§ 115 III 1, 128 I 2, 162 I, 163 a III 2, 163 a IV 2 c/c § 136 I 2, do CPP.

(24) §§ 202 (1), 162 I, 136 I 2, do CPP.

(25) §§ 243 IV 1, 324 c/c § 136 I 2, do CPP.

e não declarar sobre o caso". O § 163a, do CPP expressa que não somente o juiz, como também o Ministério Público e a polícia estão obrigados à instrução. Isto significa que o acusado deve ser instruído antes de *tudo primeiro interrogatório* realizado por cada um destes órgãos. Caso o acusado, o que não é raro, seja interrogado primeiro pela polícia, depois pelo promotor público e finalmente pelo juiz, este deverá ser três vezes instruído (Eser, 1990: 153). Mais além, numa situação em que o acusado já houver sido interrogado e instruído por um determinado órgão, e volte a ser ouvido pelo mesmo órgão, é necessário que se instrua uma vez mais, caso novas suspeitas tenham surgido e o objeto do interrogatório tenha se modificado ou se ampliado.

Durante o processo judicial o réu será, da mesma forma, avisado "de que é livre para pronunciar-se sobre a acusação ou de não declarar sobre o caso" (§ 243 IV, do CPP). Há, ainda, uma série de dispositivos do CPP prevendo outras possibilidades de aplicação do dever de instrução, tais como nos casos de interrogatório sob custódia.

A intenção do legislador em proteger o imputado em sua posição de sujeito do procedimento evidencia-se ainda no fato de o dever de instrução não estar restrito à liberdade de declaração. Para que possa decidir conscientemente sobre como pretende dispor desta liberdade – através do silêncio ou da intervenção ativa – o imputado deve ter conhecimento da acusação contra a qual deve defender-se. À vista disso, nos casos de interrogatório perante o promotor público ou o juiz, o acusado deve ser informado do fato a ele imputado e dos dispositivos penais que estão sendo aplicados (§ 136 I, do CPP). Com relação à polícia, todavia, da qual não se pode sempre presumir um conhecimento exato do direito, a obrigação de informar limita-se aos fatos, não havendo o dever de instrução sobre a natureza

jurídica da imputação (§ 163a IV, do CPP). Esta elucidação sobre o caráter da imputação deve ser dada antes do primeiro interrogatório. Muito embora não seja necessária uma explicação minuciosa de todos os detalhes conhecidos do fato, é necessário que o inquirido esteja suficientemente ciente da acusação que lhe é formulada, para que não seja depois surpreendido com acusações desconhecidas.

Uma garantia da liberdade de declaração se dá ainda quando ao acusado é concedido o direito "a qualquer momento, também antes do interrogatório, de consultar um advogado por ele escolhido", direito este que também deve ser instruído pela autoridade interrogante (§ 136 I, do CPP). A presença de um advogado contribui para que o incriminado utilize devidamente a sua liberdade de depoimento, potencializando assim a sua possibilidade de influenciar nos rumos de seu caso.

b) A testemunha

Não somente o acusado desfruta do privilégio do silêncio; também a testemunha, normalmente obrigada a declarar, pode, em determinadas circunstâncias, silenciar-se.

O § 55, do CPP ²⁶ determina que toda testemunha poderá negar-se a dar informação diante de uma pergunta, cuja resposta possa submeter, a ela ou a determinados familiares, ao risco de uma investigação por ilícito penal ou administrativo. A testemunha deverá ser notificada de seu *direito a não dar informações*.

O direito de personalidade, que exime o indivíduo da obrigação de contribuir ativamente em uma intervenção sobre seus bens jurídicos, se estende também a específicos familiares do acusado (noivo, cônjuge, e determinados parentes próximos): "Seria uma violação do direito de

⁽²⁶⁾ Direito a não dar informação (*Auskunftsverweigerungsrecht*).

personalidade, pressionar alguém a incriminar um familiar” (Rogall, 1977: 151). O sentido do § 52, do CPP,²⁷ explica a doutrina, está em poupar determinadas pessoas do conflito interno entre o *dever da verdade* e o *amor de família*. Ademais, a credibilidade de um depoimento desta natureza seria extremamente questionável para justificar uma interferência na esfera familiar.

De acordo com os §§ 53²⁸ e 53a,²⁹ do CPP, usufruem também um direito a não testemunhar (muito embora nem sempre ilimitado) determinadas pessoas que, em razão de exercício profissional, estão obrigadas ao silêncio: advogado do acusado, médicos, religiosos, parlamentares, jornalistas etc.

5.2.2 Exclusão de prova em face da violação do dever de instrução

O dever de instrução expressa o intuito do legislador em evitar uma auto-incriminação involuntária em virtude de desconhecimento da lei. A questão se uma violação a este dever constitui motivo de interdição de aproveitamento de prova (*Beweisverwertungsverbot*) é objeto de discussão.

A posição anterior do Supremo Tribunal de Justiça era de não admitir esta possibilidade com o argumento de que o dever de instrução constituía *uma mera disposição regulamentar*.³⁰ Em decisões posteriores, o Tribunal passou a admitir a possibilidade em casos de violação

judicial do dever de instrução durante o processo, mas continuou denegando a exclusão de prova em casos de violação policial.³¹ Tal entendimento propiciava uma situação paradoxal: havia uma determinação legal do dever policial de instrução, mas faltavam instrumentos para garantir a eficácia deste dever, visto que os interrogatórios policiais realizados sem a instrução dos direitos do acusado eram aceitos como meios de prova.

Em 1992, o Supremo Tribunal de Justiça, em decisão aclamada pela doutrina, modificou a sua posição superando a criticada diferenciação entre os deveres judicial e policial de instrução.³² A decisão reafirma o direito ao silêncio como instituto central de proteção do acusado e o dever de instrução como elemento essencial de um *fair trial*, sendo a sua violação, também pela polícia, motivo de exclusão do interrogatório como meio de prova. Ao divergir de sua posição anterior, o Tribunal acentua que a instrução policial é ainda de maior importância, uma vez que neste estágio do procedimento o acusado encontra-se numa posição de especial vulnerabilidade e despreparo frente à acusação, o que justifica medidas especiais de proteção.

A decisão do Tribunal prevê, entretanto, exceções à regra. Não é caso de interdição do interrogatório mesmo na ausência de instrução quando: (a) ficar constatado que o imputado tinha conhecimento de seu direito ao silêncio; (b) o réu, defendido no processo judicial, concordar expressamente com a utilização de seu depoimento na polícia ou deixar de questioná-lo dentro do prazo legal; (c) o réu indefeso é instruído pelo juiz de que pode opor-se ao depoimento prestado na polícia. O sentido das exceções é de que, nestes casos, ou o acusado, conhecendo o seu direito, declarou volun-

(27) Direito a não testemunhar por motivos pessoais (*Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen*).

(28) Direito a não testemunhar por motivos profissionais (*Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen*).

(29) Direito a não testemunhar do colaborador profissional (*Zeugnisverweigerungsrecht der Berufshelfer*).

(30) BGHSt 22, 170.

(31) BGHSt 25, 325; 31, 395.

(32) BGHSt 38, 214.

tariamente, ou reparou o erro de uma omissão de instrução através de sua posterior concordância. O Tribunal justifica que, embora a obrigação de instrução independa do conhecimento jurídico do acusado, aquele que é consciente de seus direitos não necessita do mesmo nível de proteção daquele que os ignora.

Roxin considera a decisão digna de aplauso, mas formula uma ressalva quando esta afirma que em caso de ausência de clareza quanto à existência ou não de instrução caberá ao juiz decidir avaliando o conteúdo do interrogatório.³³ Ainda que acentue não ser o conhecimento do direito ao silêncio presumível, o Tribunal entendeu que, em determinadas situações, tal presunção é sim possível. A decisão exemplifica que o conhecimento do direito pode ser *como regra presumido* quando o inquirido estava acompanhado de um advogado, devendo nestes casos prevalecer o interesse de prestação de justiça com o reconhecimento da validade do interrogatório. Roxin critica a possibilidade de apreciação judicial em casos de dúvida como uma violação ao princípio *in dubio pro reo*, que não se aplica somente em caso de dúvidas quanto à culpabilidade do acusado mas também na dúvida quanto a aspectos formais do procedimento. Neste sentido, afirma o autor, “quando não está claro se um acusado foi instruído sobre o seu direito ao silêncio, permanece sempre aberta a possibilidade da instrução não ter sido realizada” (1992: 923).

5.2.3 O momento do dever de instrução: o conceito de acusado

A obrigação policial, ratificada pelo Supremo Tribunal de Justiça, de informar

o acusado sobre o conteúdo da imputação e sobre os seus direitos no interrogatório, suscita um problema bastante sensível com relação ao momento em que se configura a posição de acusado. A discussão é de grande importância para o tema, visto que o dever de instrução policial somente se aplica ao interrogatório do acusado (*Beschuldigte*); ou seja, as indagações de caráter informativo (*informativische Befragung*), formuladas pela polícia no local do crime ou nos primeiros momentos da investigação, visando esclarecer as circunstâncias gerais dos fatos e identificar as fontes de informação, não demandam instrução. Nesta fase da investigação surge com frequência a figura intermediária do *suspeito* (*Verdächtig*) sobre quem ainda não há uma posição processual definida, ou seja, “do suspeito pode resultar um acusado, mas pode também resultar uma testemunha” (Müller-Dietz, 1981: 1221). O suspeito pode ser inclusive objeto de medidas restritivas de liberdade (ex.: medidas para constatação de identidade),³⁴ muito embora não haja um dever de instrução com relação aos seus direitos ao silêncio e à presença de um defensor. A dificuldade da questão reside, pois, em determinar qual é o momento em que se configura este dever de instrução. Em outras palavras, onde está a fronteira que divide o *suspeito* do *acusado*, a *indagação informal* do *interrogatório*.

O conceito de acusado é motivo de grande discussão, uma vez que o CPP não oferece nenhuma definição formal do termo. A dificuldade da questão está em como estabelecer critérios que possam determinar com relativa precisão qual é o nível de suspeita necessário para converter um suspeito, ou aquele que é objeto de indagações informativas, em acusado. Muito embora uma acusação formal não seja requisito para o estabe-

(33) A crítica de Roxin refere-se à seguinte frase da decisão: “Läßt sich nicht klären, ob der Hinweis gegeben worden ist oder nicht, so darf der Tatrichter den Inhalt der Vernehmung verwerten”.

(34) § 163b I, do CPP.

lecimento do dever de instrução, é necessário que haja medidas estatais que evidenciem o intuito de imputar um crime a uma determinada pessoa (Roxin, 1995: 179). A jurisprudência refere-se a uma combinação de aspectos objetivos e subjetivos em que se devem considerar não somente a situação do procedimento e as medidas legais adotadas, mas também o comportamento dos policiais frente ao inquirido (uso de força, privação de liberdade etc.).³⁵

O risco a ser evitado é que a polícia, interessada na eficiência da investigação, utilize-se indevidamente de seu poder discricionário, prolongando-se mais do que o necessário na esfera das *indagações informativas* para evitar o momento da instrução. Maiores esclarecimentos são necessários para evitar que as *indagações informativas* se constituam instrumento de manobra para privar o acusado de seus direitos. À vista disso, sustenta Rogall, para que a instrução do direito ao silêncio possa cumprir com os seus objetivos é necessário assegurar que esta ocorra o quanto antes (1977: 259).

Mas, tal qual exposto, não somente o acusado usufrui de um direito ao silêncio. Uma testemunha pode ser objeto de uma suspeita e neste caso também possui o direito (a ser instruído) de não fornecer informações auto-incriminatórias. A *testemunha suspeita* (*verdächtige Zeuge*) se diferencia, entretanto, da figura do acusado, pois ela ainda não é foco de uma persecução penal. Sobre a testemunha suspeita recaí somente uma ameaça, enquanto que o acusado já é objeto de uma imputação (Rogall, 1977: 22).

A proteção do privilégio contra a auto-incriminação da testemunha também apresenta suas fendas. A jurisprudência dominante entende que o dever de instrução em relação à testemunha se constitui somente quando o inquiridor

tiver motivo fundamentado para concluir que esta está se incriminando, ou seja, quando surge uma suspeita. O risco é que até que se tome esta decisão a testemunha já tenha cometido tantos danos a si própria, que quando a instrução for feita, esta já terá perdido o seu sentido de proteção contra a auto-incriminação (Rogall, 1977: 189). Para evitar que a testemunha se converta em meio ativo de prova contra si mesma, seria de se recomendar que a instrução se desse logo no início do depoimento. Uma outra lacuna no que se refere à proteção das testemunhas está na inexistência de uma posição jurisprudencial clara com relação à invalidade de um depoimento obtido em violação ao dever de instrução.

Há uma série de propostas no sentido de uma maior formalização da posição do acusado, visando evitar algumas das referidas imprecisões. Ainda que uma clarificação da questão seja necessária é importante ter em mente que qualquer tentativa nesta área — via formalização ou antecipação da posição do acusado — possui o risco de um *efeito-bumerangue*. Trata-se, em outras palavras, da possibilidade de que a polícia e o Ministério Público desempenhem o trabalho de investigação antes da determinação oficial, evitando com isto que o trabalho de elucidação do crime seja bloqueado pelos direitos do acusado. Nestes casos, o suspeito ou a testemunha estaria assumindo o *status* formal de acusado quando as decisões fundamentais de seu caso já tivessem sido tomadas pela acusação (Müller-Dietz: 1225).

5.2.4 A amplitude do direito ao silêncio

Controversa também é a questão da amplitude do direito ao silêncio, isto é, com relação às matérias sobre as quais o acusado não está obrigado a manifestar-se. A lei prevê que o acusado deve ser

(35) BGHSt 38, 214.

instruído de que “é livre para manifestar-se sobre a imputação e de declarar ou não sobre o caso”. Face a isto, discutível é a questão se o direito ao silêncio somente se aplica a informações sobre o caso ou também a informações sobre a pessoa. A interpretação tradicional é de que o inculpatado está obrigado a prestar informações pessoais orientadas à *averiguação de sua identidade*, podendo, em caso de recusa, ser punido, como qualquer outro cidadão, com pena de multa de acordo com a *Lei de Contravenção à Ordem Administrativa*.³⁶

Parte da doutrina posiciona-se criticamente frente a esta limitação do direito ao silêncio, uma vez que informações sobre a identidade podem, em determinados casos, equivaler a uma auto-incriminação. Quando, por exemplo, o autor do crime é conhecido e o fornecimento de sua identidade equivale a uma confissão de autoria, a obrigação de fornecer dados pessoais seria incompatível com o privilégio contra a auto-incriminação (Eser, 1990; Müller-Dietz, 1981). Neste sentido, uma proteção integral do privilégio deveria incluir o reconhecimento de uma liberdade ilimitada de declaração.

5.3 A apreciação judicial do silêncio

Há divergência se o silêncio do acusado pode ou não ser apreciado pelo juiz na determinação da sentença. Anteriormente, a posição dominante era de que o CPP não previa nenhuma limitação ao princípio da livre apreciação de provas pelo juiz.³⁷ Tal posição é hoje minoritária. Para se compreender o estágio atual da discussão é necessário diferenciar entre os casos de silêncio total momentâneo e parcial.³⁸

a) O silêncio total do acusado

Nas situações em que o acusado se recusa a qualquer tipo de declaração ou se limita a contestar a autoria, há certo consenso de que o exercício deste privilégio não pode ser utilizado em seu desfavor (Roxin, 1995: 94; Rogall, 1977: 247). A argumentação jurídica para esta posição é de que a apreciação judicial do silêncio representaria uma restrição à liberdade de declaração. O imputado não deve estar limitado em suas possibilidades de defesa em razão de um temor de que a sua decisão pelo silêncio possa ser interpretada como indício de culpa. Ademais, é arbitrária qualquer presunção que veja a culpa como motivação psicológica de uma opção pelo silêncio. Haveria, neste caso, uma situação paradoxal de alguém sendo punido pelo exercício de um direito garantido pela Constituição. O princípio da livre apreciação de provas deve ser interpretado à luz das garantias constitucionais do acusado, ou seja, deve ter como limite o reconhecimento do direito de toda pessoa em não contribuir para a sua própria incriminação, o que envolve também a possibilidade do silêncio (Rogall, 1977: 249).

b) O silêncio momentâneo do acusado

O mesmo entendimento se aplica quando o acusado recusa-se a declarar somente em determinadas fases do procedimento (Roxin, 1995: 94; Rogall, 1977: 251). Nestas situações, a proibição da apreciação judicial do silêncio aplica-se independentemente do estágio processual em que tal direito foi exercido.

c) O silêncio parcial do acusado

Quando o acusado manifesta-se sobre determinados pontos e cala-se em relação a outros, a interpretação majoritária é, num sentido diverso, pela admissibilidade da apreciação judicial do silêncio. O argu-

(36) § 111 OWiG (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*).

(37) *Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung* (§ 261, do CPP).

(38) *Das totale-, zeitweise -oder Teilschweigen*.

mento central para este entendimento é de que no momento em que o acusado opta por declarar este está, por decisão própria, convertendo-se em um meio de prova, submetendo, por consequência, todo o seu comportamento à livre apreciação do juiz. Quando, entretanto, o acusado manifesta-se sobre um fato, o seu silêncio em relação a outro fato não deve ser considerado em seu prejuízo.

Rogall critica enfaticamente esta posição; entende como insustentável o argumento de que ao assumir uma posição ativa no interrogatório, o imputado esteja automaticamente inserindo-se na condição de meio de prova. A liberdade de declaração, sustenta o autor, não compreende somente uma decisão entre falar ou calar; ao acusado é também permitido decidir o momento de sua declaração e a forma como esta será feita. A garantia do inquirido em dispor de seu interrogatório da forma mais adequada para a sua defesa está ameaçada no momento em que um silêncio parcial é avaliado em seu prejuízo. Nenhuma forma de silêncio deve ser julgada como indício de culpa. Qualquer interpretação do princípio de livre apreciação de provas que seja restritiva do direito ao silêncio é violadora do direito de personalidade do imputado (1977: 251).

d) O silêncio da testemunha

O silêncio da testemunha familiar não deve ser avaliado como indício de culpa do acusado. Da mesma forma, a recusa de informação da testemunha suspeita não deve ser utilizada em seu desfavor.

Parte II: O silêncio do acusado no direito norte-americano

1. O direito ao silêncio no julgamento (*trial*)

O privilégio contra a auto-incriminação está expressamente positivado pelo

5.^o *amendment* da Constituição norte-americana, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser compelida a ser testemunha contra si mesmo em um procedimento criminal.³⁹ O privilégio aplica-se às diversas fases do procedimento penal (fase investigatória, judicial, *Grand Jury* etc.) e estende-se também à testemunha, que possui o direito de não responder a questões específicas que possam submetê-la ao risco de uma investigação criminal.

Com relação ao réu, o direito ao silêncio é, contudo, mais abrangente: este tem não somente o direito de renunciar a perguntas, como também o direito de não atuar como testemunha durante o seu próprio julgamento, evitando com isto submeter-se a uma situação em que perguntas sejam formuladas.⁴⁰ É inconstitucional qualquer tipo de penalidade imposta ao réu em decorrência do exercício deste direito. Neste sentido, em *Griffin v. California*,⁴¹ a Suprema Corte proíbe o Ministério Público de fazer durante o julgamento qualquer tipo de comentário ou alusão ao silêncio do réu. O réu tem ainda direito a requisitar que o juiz instrua o Júri sobre a irrelevância de seu silêncio para a decisão do caso (*Carter v. Kentucky*).⁴²

(39) "No person...shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself..."

(40) Neste sentido, a posição da Suprema Corte em *Wilson v. United States* (149 U.S. 60, 1893): "It is not everyone who can safely venture on the witness stand though entirely innocent of the charge against him. Excessive timidity, nervousness when facing others and attempting to explain transactions of a suspicious character, and offenses charged against him, will often confuse and embarrass him to such a degree as to increase rather than remove prejudices against him. It is not everyone, however honest, who would therefore, willingly be placed on the witness stand".

(41) 380 U.S. 609, 1965.

(42) 450 U.S. 288, 1981.

2. O direito ao silêncio no interrogatório policial

O direito ao silêncio durante o interrogatório policial merecerá especial atenção por tratar-se provavelmente da área mais polêmica do direito constitucional norte-americano na esfera processual penal. A discussão poderia ser sintetizada em dois pontos fundamentais: (a) o papel da confissão na elucidação da verdade; (b) o papel da polícia no interrogatório.

O primeiro ponto refere-se à posição jurídica do acusado dentro do sistema de provas. As posições dividem-se entre os que entendem a confissão como elemento fundamental para a eficiência do sistema de justiça criminal e os que proclamam um sistema acusatório em que a aclaração da verdade surja de um esforço próprio do Ministério Público, independente da contribuição do acusado, que deve ser protegido em seu direito de defesa. Esta é a posição do Juiz Goldberg em *Escobedo v. Illinois: A system of criminal law enforcement which comes to depend on the confession will, in the long run, be less reliable and more subject to abuses than a system which depends on extrinsic evidence independently secured through skillful investigation*.⁴³

O segundo ponto do debate norte-americano refere-se à legitimidade ou não de uma influência policial na disposição do acusado em confessar o crime. Partidários desta legitimidade sustentam que, como regra geral, não há confissão voluntária, sendo interesse da sociedade que a polícia disponha de poderes legais para influenciar nesta decisão (Dripps, 1988; Grano, 1986). Críticos desta posição sustentam que uma confissão só será admissível quando voluntária. Voluntária, não necessariamente em função de uma disposição íntima do acusado em

incriminar-se, mas em função da observação por parte dos órgãos instrutores das regras do devido processo legal (*due process*). Definir o que constitui abuso policial em um interrogatório constitui, contudo, uma tarefa complexa, especialmente em países democráticos onde os casos de violência física explícita são menos comuns em relação às *formas modernas de interrogatório*, envolvendo métodos mais sutis de coerção psicológica (Leo, 1992; Skolnick, 1982; Grano, 1986).

2.1 A resposta da Suprema Corte

A partir dos anos 30, a Suprema Corte passa a abordar o problema da legalidade do interrogatório policial a partir do *teste de voluntariedade* (*voluntariness test*). A partir deste critério uma confissão será admissível quando a *totalidade das circunstâncias* (*the totality of the circumstances*) demonstre que foi produto de uma decisão voluntária do acusado. Para que passe no teste de voluntariedade, é necessário que o interrogatório esteja de acordo com os requerimentos da *cláusula do devido processo* (*due process clause*) do 14.º *amendment* da CF.

Em *Bram v. United States*⁴⁴ declarou-se como não voluntária uma declaração obtida por via de promessas. Com o mesmo argumento, em *Roger v. Richmond*⁴⁵ invalidou-se uma confissão em que a polícia confrontou a acusada com o risco de perda de benefícios previdenciários e da custódia dos filhos, comprometendo-se a interceder em seu favor em caso de confissão. Em *Bram*, a Suprema Corte decide ainda pela inadmissibilidade da confissão em casos de *influência indevida* (*improper influence*), envolvendo, por exemplo, *artimanhas* ou *engano* por parte da polícia,⁴⁶ muito embora a

(44) 168 U.S. 532, 1897.

(45) 365 U.S. 534, 1961.

(46) *Police trickery and deception*.

(43) 378 U.S. 478, 1964.

jurisprudência tenha sido bastante restritiva na interpretação destes conceitos.

Até os anos 60 a determinação da involuntariedade da confissão não estava, contudo, necessariamente condicionada à existência de uma conduta policial abusiva. Para se apurar as *surrounding circumstances*, ou seja as circunstâncias envolvendo o interrogatório, era necessário avaliar não somente o comportamento da polícia, como também a situação do acusado (ex.: suas vulnerabilidades específicas). O sentido do teste de voluntariedade era invalidar depoimentos auto-incriminatórios: (a) de credibilidade duvidosa face aos métodos utilizados pela polícia; (b) obtidos por métodos policiais abusivos ainda que a credibilidade do depoimento não estivesse em questão (na existência de outras provas, por exemplo); ou (c) obtidos em circunstâncias em que a capacidade de entendimento do acusado estivesse significativamente prejudicada, ainda que não configurasse uma situação de abuso policial. (LaFave *et al*, 1992: 295).

Os critérios utilizados pelo teste de voluntariedade foram, todavia, se modificando ao longo dos anos, face às inúmeras dificuldades práticas resultantes de um método de avaliação caso a caso. O conceito *totalidade das circunstâncias* era extremamente vago e subjetivo, tanto como ponto de referência para a polícia e para o juiz, quanto como instrumento de proteção do acusado (Johnson, 1991: 342). A Suprema Corte, por sua vez, que avaliava cerca de um caso por ano envolvendo confissão, lidava somente com a *ponta do iceberg* (LaFave *et al*, 1992: 299). A partir dos anos 60, face à pressão por uma elucidação jurisprudencial da questão, a Suprema Corte passa a buscar meios alternativos para lidar com o problema do depoimento auto-incriminatório, incorporando critérios mais precisos que pudessem facilitar a aplicação do teste de

voluntariedade. Evidência deste esforço é *Escobedo v. Illinois*, onde se declara involuntária uma confissão obtida em violação ao direito a um defensor. Em *Miranda v. Arizona*⁴⁷ a Corte move-se num sentido diverso: o teste de voluntariedade, até então aplicado com base no 14.^o *amendment* (cláusula do devido processo), adquire uma nova base no 5.^o *amendment* da CF (privilegio contra a auto-incriminação). Após *Miranda*, a observância do direito ao silêncio durante o interrogatório policial sob custódia passa a ser um critério determinante para a aplicação do teste de voluntariedade.

A decisão no caso *Colorado v. Connelly*⁴⁸ restringe a amplitude do teste ao estabelecer que, para os fins da cláusula do devido processo legal, uma confissão é involuntária somente quando envolve arbitrariedade policial. Na ausência do *elemento crucial do abuso policial*,⁴⁹ uma confissão será válida mesmo que a capacidade de entendimento do acusado durante o interrogatório o impeça de tomar uma *decisão livre e inteligente*.⁵⁰ De acordo com *Connelly*, é necessário um mínimo de coerção na conduta policial, tal como explorar uma deficiência do acusado (LaFave *et al*, 1992: 296).⁵¹ A dificuldade passa a ser então determinar se houve ou não uma conduta policial abusiva e se esta conduta teria sido motivo da decisão do acusado em confessar o seu crime. Segundo a Suprema Corte, a chave da questão está

(47) 384 U.S. 436, 1966.

(48) 479 U.S. 157, 1986.

(49) *crucial element of police overreaching*.

(50) *free and intelligent choice*.

(51) "Connelly is grounded in the notion that 'state action' beyond merely receiving defendant's confession into evidence is necessary, that a minimum there must be 'police conduct causally related to the confession' and that this conduct must be 'coercive' (such as exploiting defendant's deficient mental condition)"

na voluntariedade (*free will*), ou seja, se o comportamento da polícia foi suficiente para superar a determinação do acusado em não confessar (Van Kessel, 1986: 136).⁵² Também com relação a este aspecto as decisões da Suprema Corte têm sido bastante restritivas em relação à posição do acusado.

3. O dever de instrução de *Miranda v. Arizona*

No caso *Miranda v. Arizona* (1966), a Suprema Corte determina a obrigação da polícia em notificar o direito ao silêncio em casos de *interrogatório sob custódia* (*custodial interrogation*). A decisão sustenta que a *atmosfera inerentemente coercitiva* (*inherent coercion*) de um interrogatório policial sob custódia pode por si só conduzir o acusado a uma auto-incriminação involuntária: "the very fact of custodial interrogation exacts a heavy toll on individual liberty and trades on the weaknesses of individual". No entender da Corte, as condições especialmente coercitivas resultantes da combinação entre *interrogatório* e *custódia* demandam a existência de medidas profiláticas visando garantir que as declarações do acusado sejam produto de uma decisão autônoma: "unless protective devices are employed to dispel the compulsion inherent in custodial surroundings, no statement obtained from the defendant can truly be the product of his free choice". À vista disso, em *Miranda v. Arizona*, um *landmark* da jurisprudência processual-penal norte-americana, a Suprema Corte foi além da especificidade do caso e definiu uma série de regras, as chamadas *Miranda rules*, a serem seguidas pela polícia em todos os casos futuros envolvendo interrogatório sob custódia. As *Miranda rules* podem ser sumariadas da seguinte forma (LaFave *et al*, 1992: 314):

(1) As regras são necessárias para garantir o privilégio contra a auto-incriminação e devem ser estritamente observadas na ausência de outras medidas que demonstrem ser "pelo menos tão efetivas em garantir que o acusado seja informado de seu direito ao silêncio e de sua contínua possibilidade em exercê-lo."⁵³

(2) As regras aplicam-se "quando o inquirido está em custódia na delegacia policial ou encontra-se de alguma outra forma significativamente privado de sua liberdade pessoal".⁵⁴ Não se aplicam, contudo, em casos de "indagações informativas no local do crime, de indagações gerais visando apurar as circunstâncias do fato"⁵⁵ ou em casos de declarações voluntárias de qualquer natureza.

(3) Antes de um interrogatório sob custódia é necessário que se informe o acusado de "forma clara e inequívoca sobre o seu direito ao silêncio".⁵⁶ Este dever independe do conhecimento jurídico do inquirido, visto que o objetivo do dever de instrução não é somente informar aquele que ignora o seu direito, mas também atenuar a atmosfera coercitiva do interrogatório para aquele que já o conhece.

(4) Além da notificação acima mencionada, o acusado deve ser informado

(53) "At least as effective in apprising accused persons of their right of silence and in assuring a continuous opportunity to exercise it".

(54) "When the individual is first subjected to police interrogation while in custody at the station or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way".

(55) "A general on the scene questioning as to facts surrounding a crime or other general questioning of citizens in the fact-finding process".

(56) "...He must first be informed in clear and unequivocal terms that he has the right to remain silent".

(52) "Whether the inducements were sufficient to overbear the suspect's will to resist".

de que suas declarações *poderão e serão usadas contra ele em juízo*,⁵⁷ de tal forma que possa compreender as consequências advindas de uma renúncia de seu privilégio.

(5) Por ser indispensável ao exercício do direito ao silêncio, “o acusado também deve ser informado sobre o seu direito de consultar um advogado e de estar por ele acompanhado durante o interrogatório”.⁵⁸ A aplicação desta regra independe do fato de o acusado ter aparente consciência deste direito.

(6) A pessoa deve ser ainda informada que em caso de indigência um advogado será nomeado para representá-la, de tal forma que fique explícito que o direito a um defensor independe do poder aquisitivo.

(7) O acusado é sempre livre para exercer o privilégio; “caso indique a qualquer momento durante o interrogatório que deseja manter-se em silêncio, o interrogatório deve ser suspenso”.⁵⁹ Da mesma forma, se ele demanda a presença de um advogado, o interrogatório deve ser suspenso até que este esteja presente. Não há, entretanto, um dever de instrução quanto a este direito.

(8) Se uma declaração é obtida sem a presença de um advogado “um forte ônus recai sobre o Estado em demonstrar que o acusado renunciou ao seu privilégio contra auto-incriminação e ao seu direito a um defensor de maneira consciente e inteligente”.⁶⁰ Tal renúncia não

pode ser presumida pelo silêncio após a instrução ou por uma confissão.

(9) Qualquer declaração obtida em violação a estas normas não será admitida como meio de prova, independentemente da confissão ser total ou parcial, ou de ser inculpatória ou, alegadamente, exculpatória.

(10) Ninguém pode ser penalizado pelo exercício deste direito. É proibido qualquer tipo de comentário do promotor sobre o fato de o acusado ter de alguma forma exercido o seu privilégio.⁶¹ Não há dever de instrução quanto a este direito.

A decisão suscitou forte controvérsia política por parte de uma sociedade norte-americana cada vez sensível ao apelo à *lei e ordem*. Apesar da aparente clareza e inflexibilidade dos termos da decisão, a partir da década de 70, com a composição crescentemente conservadora da Suprema Corte, novas interpretações foram resultando em uma série de exceções à aplicação das *Miranda rules* (regras de instrução), que acabaram por restringir consideravelmente o seu alcance. Exemplo concreto se dá em *Michigan v. Tucker*,⁶² onde a Supreme Court relativiza consideravelmente o peso das *Miranda rules* afirmando que estas garantias procedimentais não constituíam em si direitos protegidos pela Constituição, mas medidas voltadas a garantir que o direito contra a auto-incriminação fosse respeitado. A mencionada decisão afirma que o objetivo de *Miranda* não era criar uma *camisa de força constitucional (constitutional straitjacket)* mas proporcionar um

knowingly and intelligently waived his privilege against self-incrimination and his right to retained or appointed counsel”.

(57) “...Anything said can and will be used against the individual in court”.

(58) “...Clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during the interrogation”.

(59) “...If he indicates in any manner, at anytime prior to or during questioning, that he wishes to remain silent, the interrogation must cease”.

(60) “...A heavy burden rests on the Government to demonstrate that the defendant

(61) “... (The prosecution may not) use at the trial the fact that (the defendant) stood mute or claimed his privilege in the face of accusation”.

(62) 417 U.S. 433 (1974).

reforço prático em favor do privilégio contra a auto-incriminação. Conforme comentam LaFave e Israel, a Corte, em *Tucker*, refuta a base constitucional das regras de instrução, sem contudo indicar qual seria a outra forma possível de justificá-las (1992: 315). A seguir se discutirá, de forma sintética, algumas das principais discussões que sucederam a decisão.

3.1 O conceito de custódia

Conforme mencionado, as regras de instrução foram estabelecidas pela Suprema Corte como *dispositivos de proteção* do inquirido contra a atmosfera *inerentemente coercitiva* que resulta da combinação entre *interrogatório* e *custódia*. A interpretação do termo *custodial interrogation* é assim fundamental para se determinar o alcance da decisão.

Em *Beckwith v. United States*,⁶³ a Corte afirma que o dever de instrução não se aplica quando o inquirido é somente *foco* de uma investigação criminal. Para efeitos de aplicação das *Miranda rules*, a interpretação de interrogatório é mais restritiva; é essencial que fique caracterizada uma situação de privação da liberdade pessoal do inquirido. Não é necessário, entretanto, que haja uma detenção formal (*formal arrest*); a noção de custódia se aplica também aos casos em que há uma limitação da liberdade de movimentos do inquirido a um nível equivalente a uma detenção formal (*New York v. Quarles*).⁶⁴

Para definir a existência de custódia, a Corte propõe um *teste objetivo* que

detecte, a partir de uma análise das circunstâncias em torno do interrogatório, a existência de indícios suficientes de coerção que seriam capazes de levar uma *pessoa razoável* a supor, caso estivesse no lugar do inquirido, que a sua liberdade pessoal estava significativamente limitada. O sentido deste método objetivo de racionalização centrado na imagem da *reasonable person* (i.e., da pessoa com discernimento, dotada de senso comum) é evitar as incertezas de um método centrado nas percepções subjetivas do acusado – se o acusado acreditava ou não estar sob custódia – ou da polícia – se o policial visava ou não à custódia. Há uma série de critérios que o teste objetivo utiliza para determinar indícios de coerção, ou, em outras palavras, para determinar a existência ou não de custódia: fatos anteriores e posteriores ao interrogatório, comportamento dos policiais perante o inquirido, uso de força física, armas ou algemas, adoção de medidas para determinação de identidade, existência ou não de declaração expressa sobre a liberdade do inquirido em deixar o local etc.

O local do interrogatório é um critério importante para se determinar a existência ou não de custódia, devendo entretanto ser considerado junto com as demais circunstâncias. Nem todo interrogatório em uma delegacia policial envolve custódia. A Suprema Corte manifesta este entendimento em *Oregon v. Mathiason*,⁶⁵ decidindo que não há dever de instrução pelo “simples fato de o depoimento ter lugar em uma delegacia policial, ou por haver uma suspeita policial em relação ao inquirido”. Não há custódia, por exemplo, quando a pessoa comparece voluntariamente à delegacia. Em *Mathiason*, decidiu-se que não constitui custódia uma situação em que o inquirido compareceu à delegacia em resposta a um *convite informal* por parte da polícia, embora

(63) 425 U.S. 341 (1976).

(64) “The ultimate inquiry is simply whether there is a ‘formal arrest or restraint on freedom of movement’ of the degree associated with a formal arrest” (467 U.S. 649 [1984]).

(65) 429 U.S. 492 (1977).

nestes casos seja necessária uma análise cuidadosa das circunstâncias específicas. Em *Dunaway v. New York*,⁶⁶ a Suprema Corte interpretou como *custódia*, e portanto dentro da esfera de competência das *Miranda rules*, uma situação em que o acusado foi conduzido à delegacia em uma viatura policial, muito embora não houvesse nenhum outro indício de detenção (algemas, voz de prisão etc.). A decisão seria outra, tivesse o inquirido sido informado de que não se encontrava detido e de que era livre para sair a qualquer momento ou se houvesse clareza para o fato de que se encontrava na qualidade de testemunha (LaFave *et al*, 1992: 321).

Há, por outro lado, casos de *custodial interrogation* fora da delegacia policial. De acordo com *Miranda v. Arizona*, o dever de instrução se aplica quando o indivíduo é detido em uma delegacia policial ou se encontra, de alguma forma, significativamente privado de sua liberdade pessoal.⁶⁷ Com esta segunda possibilidade pretendeu-se evitar que a polícia contorne as *Miranda rules* realizando interrogatórios fora da delegacia (no domicílio, na rua etc.). A jurisprudência tem sido, entretanto, bastante restritiva na interpretação desta possibilidade. A Suprema Corte tende, por exemplo, a não considerar como interrogatório sob custódia, inquirições realizadas em ambientes neutros (local de trabalho, hospital, espaços públicos) ou, como em *Beckwith v. United States*, em ambientes familiares (no domicílio, na presença de amigos) onde a pessoa não está submetida às mesmas condições de isolamento e tensão de uma delegacia policial. Mas também nestas situações é necessária uma avaliação cuidadosa das circunstâncias de cada caso. Em *Orozco v. Texas*,⁶⁸

quatro policiais entraram às 4 h no domicílio do réu para questioná-lo acerca de um homicídio. Neste caso aplicou-se *Miranda*, visto que as circunstâncias do interrogatório demonstram uma *potencialidade de coerção* (*potentiality for compulsion*) equivalente a um interrogatório realizado em uma delegacia policial. Num mesmo sentido, em *New York v. Quarles*,⁶⁹ decidiu-se pela aplicação de *Miranda*, num caso envolvendo inquirição no local do crime, após a detenção. Controle ordinário da polícia de trânsito (*ordinary traffic stop*) ou controle ordinário de identidade nas ruas não demandam, contudo, aplicação das regras de instrução (*Berkemer v. McCarty*).⁷⁰

3.2 O conceito de interrogatório

Paralela à discussão sobre o significado de *custody* está a igualmente complexa definição do termo *interrogation* para efeitos de aplicação das regras de *Miranda*. A Suprema Corte enfrenta esta questão em *Rhode Island v. Innys* afirmando que o dever de instrução se aplica caso o acusado em custódia seja submetido a *indagações expressas* ou a um *equivalente funcional*. Ou seja, interrogatório não se restringe a indagação expressa, envolve qualquer conduta da polícia (verbal ou não) que esta *deveria saber* (*should know*) ser “razoavelmente capaz de extrair uma resposta incriminatória do suspeito”.⁷¹ Enquadra-se nesta definição tá-

(66) 442 U.S. 200 (1979).

(67) Ver nota 54.

(68) 394 U.S. 324 (1969).

(69) 467 U.S. 649 (1984).

(70) 468 U.S. 420 (1984).

(71) “The *Miranda* safeguards come into play whenever a person in custody is subjected to either express questioning or its functional equivalent. That is to say, the term *interrogation* under *Miranda* refers not only to express questioning, but also to any words or actions on the part of the police (other than those normally attendant to arrest and custody) that the police should know are reasonably likely to elicit an incriminating response from the suspect”. (446 U.S. 291 [1980]).

ticas orientadas a influenciar na motivação do acusado em confessar, como confrontá-lo com provas incriminatórias (depoimento de um cúmplice que o acusa, confissão de um cúmplice etc.).

A interpretação de *Innys* é motivo de discussão, especialmente no que se refere ao sentido da expressão *razoavelmente capaz de extrair uma resposta incriminatória* (*reasonably likely to elicit an incriminating response*). Nas opiniões de LaFave e Israel, a solução para esta questão conceptual mais consistente com as posições da Suprema Corte seria a aplicação de um *teste objetivo* sobre o ato policial visando averiguar se tal ato visava ou não a uma confissão. O teste não deve adotar como ponto de referência a perspectiva do acusado ou a da polícia, mas a de um *observador objetivo* (*objective observer*). Se este observador objetivo (com o mesmo conhecimento do imputado que o policial), ao ouvir os comentários policiais, inferisse que estes tinham por objetivo uma auto-incriminação, tais comentários (ou atos não verbais) deveriam ser qualificados como interrogatório (1992: 325).

Neste sentido, de acordo com *Innis*, uma pergunta inocua por parte da polícia (visando, por exemplo, a informações gerais ou averiguação de identidade) que resulte em uma resposta incriminatória não constitui interrogatório e não entra na esfera de aplicação das *Miranda rules*: “a polícia certamente não pode ser responsabilizada por resultados imprevistos de suas palavras ou ações”. Posição semelhante assume a Corte, em *Hoffa v. United States*,⁷² quando afirma que a existência de algum tipo de coerção é um elemento necessário para que se configure uma auto-incriminação involuntária.

Uma criticada exceção aberta pela Suprema Corte, em *New York v. Quarles*, é a chamada *public safety exception*, que

isenta a polícia do dever de instrução em situações de risco à segurança pública, à integridade de outras pessoas (ex.: uma arma escondida). Um mesmo entendimento se manifesta na *rescue doctrine*, que isenta a aplicação das *Miranda rules* quando esteja em risco a vida de uma pessoa (ex.: sequestros). Críticos entendem tais conceitos como a *sentença de morte* de *Miranda*.

3.3 A validade da renúncia ao privilégio

Aspecto também complexo é a questão da validade da renúncia aos direitos feita pelo inquirido (*validity of the waiver*). Em *Miranda v. Arizona*, conforme exposto, a Corte determinou um *pesado ônus* (*heavy burden*) do Ministério Público em demonstrar que a renúncia dos privilégios foi produto de uma decisão *consciente e inteligente* do imputado.⁷³

A posição da jurisprudência tem sido no sentido de que a renúncia dos direitos não deve ser necessariamente expressa. Embora uma declaração expressa seja “forte evidência da validade de uma renúncia”,⁷⁴ esta não é nem necessária, nem suficiente: “A questão não está na forma, mas se o acusado de fato renunciou aos direitos delineados em *Miranda* de forma consciente e voluntária” (*North Carolina v. Butler*).⁷⁵

Em *Butler*, a Suprema Corte indica que a validade da renúncia deverá ser decidida a partir de uma análise dos fatos e das circunstâncias envolvendo o interrogatório. Indícios de que a renúncia aos direitos foi fruto de uma decisão voluntária podem ser encontrados através de uma: (a) análise da competência

(73) nota 60.

(74) “Strong proof of the validity of that waiver”.

(75) “The question is not of form; but rather whether the defendant in fact knowingly and voluntarily waived the rights delineated in the *Miranda* case” 441 U.S. 369 (1979).

(72) 385 U.S. 293 (1966).

do acusado – suas características pessoais, idade, capacidade intelectual, nível educacional, condições físicas e emocionais no momento do interrogatório etc.; (b) análise do comportamento da polícia – existência de métodos ilegais (promessa, ameaças, artimanhas), período de duração da detenção etc.; (c) análise do comportamento do acusado – evidências de uma compreensão dos direitos tais como termo formal de renúncia, presença de advogado, conteúdo do depoimento etc. É necessário frisar que a incompetência do acusado só será relevante para efeitos de decretação de invalidez da renúncia quando combinada com a evidência de abuso policial, ou seja, quando a polícia se utilizou de uma fragilidade do inquirido para conduzi-lo a uma confissão. Na ausência de abuso não há invalidez da renúncia: “*Miranda* protege o acusado contra a coerção governamental, mas não vai além disto” (*Colorado v. Connelly*).

3.4 *Miranda* e o teste de voluntariedade

Enfatizando, as *Miranda rules* expressam a preocupação da Suprema Corte em propiciar medidas de proteção para assegurar o privilégio contra a auto-incriminação no momento *inerentemente coercitivo* de um interrogatório sob custódia. A questão se o inquirido detido foi devidamente instruído sobre os seus direitos ao silêncio e à presença de um advogado passou a constituir um critério absoluto para a validade de um depoimento policial. Isto naturalmente não significa que a validade de uma declaração auto-incriminatória esteja condicionada unicamente pela aplicação ou não das regras de instrução. *Miranda v. Arizona* determina um dever de instrução em casos de *custodial interrogation* pela polícia, mas o direito ao silêncio é uma garantia constitucional de qualquer pessoa confrontada com a suspeita da prática de um crime. Um depoimento auto-

incriminatório pode ser, portanto, considerado inválido por ser involuntário mesmo que não se encontre na esfera de competência de *Miranda*. Há ainda situações, cobertas por *Miranda*, em que há uma aplicação válida das regras de instrução, mas que o comportamento posterior da polícia acaba por tornar a confissão involuntária.

3.5 *A experiência após Miranda*

Provavelmente nenhuma outra decisão judicial norte-americana tenha sido objeto de tanta atenção e polêmica quanto *Miranda v. Arizona*. Seus defensores sustentam o seu valor simbólico, seu caráter pedagógico e sua importância como instrumento de controle judicial sobre a polícia. Muitos ainda defendem a decisão, mas criticam-na como pouco abrangente (Schulhofer, 1987). Do outro lado, há os que combatem a decisão como uma *algema nas mãos da polícia* e um obstáculo à eficiência no controle do crime (Dripps, 1988; Grano, 1986).

Inúmeros estudos empíricos têm sido realizados desde então com o objetivo de avaliar o impacto da decisão sobre o comportamento da polícia e do acusado. Quanto à polícia, a prática demonstra que após um período inicial de adaptação e aprendizagem, as *Miranda rules* passaram a ser, de forma geral, observadas pelos policiais, muito embora de forma burocratizada (tal qual celebrizada pelos filmes americanos), lidas num tom orientado a relativizar ou negar a sua importância, como se tudo tratasse de uma *mera formalidade* entre tantas outras. Quanto aos acusados, não obstante as críticas em sentido contrário, os estudos empíricos não demonstram um impacto de *Miranda* no número de confissões, sendo mantida a tendência de grande parte dos acusados em renunciar aos seus direitos e confessar o crime (American Bar Association, 1988).

Considerações finais

O processo penal é o sismógrafo da Constituição ⁷⁶ (Roxin, 1995: 2). Uma análise normativa do CPP com relação aos direitos e às obrigações do acusado, aos poderes investigatórios da polícia e do Ministério Público, à garantia de imparcialidade do Judiciário, é reveladora não somente do nível de penetração dos princípios constitucionais no direito processual penal, como também, em um nível mais amplo, do estágio de reflexão jurídica e política de uma sociedade acerca das relações entre Estado e sociedade civil, entre esferas pública e privada, entre segurança do direito e segurança do Estado. Mas a questão sobre a posição jurídica do acusado não pode limitar-se a uma análise normativa do CPP; deve englobar também uma análise das condições reais de funcionamento do sistema de justiça criminal, assim como do uso que se tem feito deste sistema como meio de controle social. Somente uma análise que compreenda estas três perspectivas — normativa, empírica e político-criminal — poderá avaliar as condições reais de comunicação que uma determinada comunidade jurídica assegura ao acusado dentro da compreensão cênica do procedimento penal.

A força de uma democracia reside na existência de esferas públicas, onde uma *sociedade de indivíduos* possa comunicar-se abertamente, tematizar-se, articular seus conflitos, exercer formas de solidariedade civil e buscar respostas políticas para a questão da integração social. A ampliação dos elementos discursivos do procedimento penal é, pois, consistente com a visão de um acusado que é cidadão. A *mudez* — i.e., a incapacidade de certos segmentos sociais de articular um discurso — é a *miséria da democra-*

cia, afirma Klaus Günther (1994).⁷⁷ O *direito ao silêncio* em um procedimento penal é, ao contrário, a garantia de exercício de um direito de cidadania.

Bibliografia

- ALBRECHT, Peter-Alexis (1993). Erosionen des rechtstaatlichen Strafrechts. *KritV* 1993: 163-182.
- American Bar Association (1988). *Criminal Justice in Crisis*. Washington D.C.: American Bar Association.
- DRIPPS, Donald A. (1988). Against police interrogation — And the privilege against self-incrimination". *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 78: 699-734.
- ESER, Albin (1990). Die Rechstellung des Beschuldigten im Strafprozess der Bundesrepublik Deutschland. In: Deutsch-Ungarisch Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, Hrsg. von A. Eser und G. Kaiser. Freiburg: Nomos, S.147-167.
- GÜNTHER, Klaus (1994). "Kampf gegen das Böse? Zehn These wider die ethische Aufrüstung der Kriminalpolitik". *KJ* Heft 2, 1994: 135-157.
- GRANO, Joseph D. (1986). Selling the idea to tell the truth: The professional interrogator and modern confession law. *Michigan Law Review*, 84: 662-690.
- HASSEMER, Winfried (1981). *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. München: C.H. Beck.
- HASSEMER, Winfried (1990). Grundlinien eines rechtstaatlichen Strafverfahrens. *KritV* 1990: 260-278.
- HASSEMER, Winfried (1990a). Der Schicksal der Bürgerrechte im 'efizzienten' Strafrecht. *StV* 7/1990: 328-331.
- JOHNSON, Sheri Lynn (1991). Confessions, criminals and community. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 26: 327 ff.
- LAFAVE, Wayne R., Jerold H. Israel (1992). *Criminal procedure*. Hornbook Series, St. Paul, Minn, 2nd ed.: West Publishing Co.
- ⁽⁷⁶⁾ Das Strafverfahren ist ein Seismograph der Staatsverfassung.
- ⁽⁷⁷⁾ *Sprachlosigkeit als Misere der Demokratie*.

- LEO, Richard A. (1992). From coercion to deception: The changing nature of police interrogation in America". *Crime, Law and Social Change*, 18: 35-59.
- MÜLLER-DIETZ, Heinz (1981). Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß. *ZStW*, 93: 1177-1270.
- PACKER, Herbert L. (1964). Two models of the criminal process. *University of Pennsylvania Law Review*, 113: 1-68.
- ROGALL, Klaus (1977). *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*. Berlin: Duncker & Humblot.
- ROXIN, Claus (1992). Anmerkung zur BGHSt 38, 214. *JZ*, 92: 923-925.
- ROXIN, Claus (1995). *Strafverfahrensrecht: Ein Studien Buch*. München, 24.Aufl.: C.H. Beck.
- SCHULHOFER, Stephen J. (1987). Reconsidering Miranda. *The University of Chicago Law Review*, 54: 435-461.
- SEIFERT, Karl-Heinz, und Dieter Hömig (1991). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Tachenkommentar*. Baden-Baden, 4. Aufl.: Nomos.
- SKOLNICK, Jerome H. (1982). Deception by Police. *Criminal Justice Ethics*, 1982: 40-54.
- VAN KESSEL, Gordon (1986). The suspect as a source of testimonial evidence: the English and American approaches. *The Hastings Law Journal*, 38:1-152.