

# VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL POR AUSÊNCIA DOS “AVISOS DE MIRANDA”: POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO TEMA

## *VIOLATIONS OF DUE LEGAL PROCESS DUE TO THE ABSENCE OF “MIRANDA RIGHTS”: POSITION OF THE SUPERIOR COURTS ON THE SUBJECT*

TATHIANNE APARECIDA DA TRINDADE GARCIA<sup>26</sup>  
ANDRESSA PAULA DE ANDRADE<sup>27</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho visa analisar o posicionamento dos Tribunais Superiores do Brasil quanto as consequências para o processo penal pela ausência de informação aos acusados de prática de ilícitos penais quanto aos seus direitos, em especial o direito ao silêncio previsto no ordenamento jurídico brasileiro, dispostos em normas infraconstitucionais, constitucionais e convencionais, em todas as fases do processo, inclusive no momento da prisão ou abordagem policial, preservando ao indivíduo o direito de não auto-incriminação conhecido como “Avisos de Miranda”, cuja nomenclatura teve origem em caso apreciado pela Corte Suprema estadunidense que culminou com a anulação de um processo onde não foi garantido o direito ao silêncio ao acusado. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, utilizando-se a técnica de pesquisa de revisão de literatura e pesquisas em julgados dos tribunais superiores do Brasil visando verificar se a ausência ou insuficiência do direito a não auto-incriminação acarretará prejuízos ao prosseguimento do processo sob pena de anulação das provas obtidas, conduzindo até a anulação da pena imposta em caso de condenação do acusado ou investigado, em decorrência a violação do princípio do devido processo legal.

**Palavras-chave:** Devido processo legal. Provas ilícitas. “Avisos de Miranda”. Direito à não auto- incriminação.

**ABSTRACT:** The present work aims to analyze the position of the Superior Courts of Brazil regarding the consequences for the criminal process due to the lack of information to those accused of practicing criminal offenses regarding their rights, in particular the right to silence provided for in the Brazilian legal system, set out in norms infra-constitutional, constitutional and conventional, at all stages of the process, including at the time of arrest or police approach, preserving the individual's right of non-self- incrimination known as "Miranda Notices", whose nomenclature originated in a case considered by the Supreme Court which culminated in the annulment of a process in which the right to silence was not guaranteed to the accused. The method used was the inductive approach using a literature review and research in judgments of the superior courts of Brazil, in order to verify whether the absence or insufficiency of the right to non-self-incrimination will cause damage to the continuation of the process under penalty of annulment of the evidence obtained, leading to the annulment of the penalty imposed in case of conviction of the accused or investigated, as a result of the violation of the principle of due process of law.

**Keywords:** Due process of law. Illicit evidence. “Miranda Warnings”. Right to non-self-incrimination.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Dos direitos dos presos no momento da prisão; 3 Das provas obtidas a partir da ausência de ciência por parte do acusado sobre os “Avisos de Miranda”; 3.1 O que são os “avisos de miranda”; 3.2 Os “Avisos de Miranda” na legislação brasileira; 3.1 3.3 Das consequências jurídico-penais da ausência dos “avisos de miranda”; 3.4 Do entendimento dos tribunais superiores; 4. Conclusão; 5. Referências.

<sup>26</sup> Bacharelanda em Direito; servidora pública, Loanda, Paraná-Brasil; tathitgarcia@hotmail.com

<sup>27</sup> Doutoranda e Mestre; Professora Universitária; Maringá, Paraná, Brasil; aadressaandrade@hotmail.com

## 1. Introdução

A Constituição Federal Brasileira em seu Art. 5º, inciso LIV nos apresenta que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Eis então a necessidade de que o processo caminhe com passos firmes e seguros ancorados nas garantias constitucionais, sob pena de nulidade, devendo ser assegurado ao acusado dentre outros o direito a não autoincriminação.

O legislador Constitucional apresentou no inciso LXIII de forma expressa que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

A questão quanto a aplicação de tais garantias ganhou ainda mais relevância quando o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu por unanimidade a existência de repercussão geral do Tema 1185 – Obrigatoriedade de informação do direito ao silêncio ao preso, no momento da abordagem policial, sob pena de ilicitude da prova, tendo em vista os princípios da não auto-incriminação e do devido processo legal.

Os "Avisos de Miranda", como ficaram conhecidos os chamados "*Miranda Rights*", de origem norte-americana, se correlaciona com o direito fundamental do acusado a permanecer em silêncio e não produzir prova contra si mesmo ("*nemo tenetur se detegere*").

Na década de 60, no caso *Miranda versus Arizona*, a Suprema Corte Americana absolveu o acusado, que havia sido condenado com base em confissão obtida sem que tivesse sido informado de seu direito a ser assistido por um advogado e permanecer em silêncio.

A partir de então, consolidou-se o dever dos agentes policiais, no ato da prisão, comunicar ao acusado sobre o seu direito de não responder e de ser assistido por um defensor, bem como que tudo que disser poderá ser usado contra si.

Neste sentido faz necessário a verificação quanto a efetiva aplicação desse direito no momento da prisão processual, sob o foco de que sua ausência ou insuficiência acarretaria prejuízos ao prosseguimento do processo, com chances de anulação das provas obtidas conduzindo até na anulação da pena imposta em caso de condenação.

## 2. Dos direitos dos presos no momento da prisão

Ao indivíduo que venha a sofrer uma prisão deve ser-lhe assegurado o direito de imediatamente ser comunicada sua prisão bem como o local onde se encontre ao juiz competente, ao Ministério Público e à família ou à pessoa por ele indicada, sendo-lhe assegurado ainda a informação de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado, bem como de identificação dos

responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (MOTTA, 2021).

Tais direitos estão inseridos no Art. 306 do Código de Processo Penal e ainda no Art. 5º LXII; LXIII e LXIV da Constituição Federal sendo que a prisão ilegal deve ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária conforme preceitua o inciso LXV do mesmo artigo constitucional (MESSA, 2020).

Deve ser assegurado ao acusado o direito a saber o responsável pela sua prisão e seu interrogatório, tais direitos visam assegurar avaliar eventual parcialidade ou revanchismo, evitar prisão ilegal garantindo direitos constitucionais (PRADO, 2020).

A importância de se assegurar o direito de comunicar os familiares do preso ou até mesmo pessoas por ele indicada, posto que acaso o preso não queira que seus familiares sejam informados de sua prisão este poderá indicar qualquer outra pessoa, as quais poderão prestar assistência ao preso, tais como com fornecimento alimentos, roupas, produtos de higiene, documentos, eventual pagamento de fiança, e até mesmo assistência emocional. (PRADO, 2020)

Além da pessoa indicada, o preso tem direito a assistência de um advogado, sendo que acaso não tenha condições de contratar um, compete ao Estado fornecer um defensor, que lhe prestará toda assistência técnica necessária e legal. (MESSA, 2020).

A ausência de assistência jurídica ao aprisionado acarreta a nulidade absoluta do interrogatório e dos atos subsequentes e derivados, sendo que o defensor no interesse do representado tem acesso amplo ao processo e aos elementos de provas produzidos, sendo essencial para elaboração da defesa técnica. (PRADO, 2020)

Quanto ao direito de informação ao preso, o ilustre doutrinador Regis Prado (2020, p. 260), esclarece que tal dever foi introduzido somente na atual Constituição Federal e deve ser prestado em todo tipo de prisão.

Até mesmo na prisão em flagrante deve ser apresentado ao preso todos os seus direitos, inclusive o de ficar calado, conhecido como os “Avisos de Miranda”, que assim como na Constituição norte americana igualmente encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro. (MESSA, 2020)

O silêncio do acusado diante dos questionamentos feitos pelas autoridades no momento da prisão, durante ou após sua realização não pode ser utilizado para lhe incriminar, posto que ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo, nem tampouco o silêncio da parte poderá ser interpretado como tentativa de ocultar a culpa. (MESSA, 2020)

Os direitos e garantias individuais daqueles submetidos a prisão estão inseridas em

clausula pétrea conforme previsto no Art. 60 § 4º IV da Constituição Federal não podendo ser alterado nem mesmo suprimido por proposta de emenda constitucional.(MOTTA, 2021)

Quando da criação da Constituição da República de 1988 o poder constituinte buscou impedir que direitos fundamentais do indivíduo, fossem suprimidos, sendo tais direitos conhecidos como aqueles básicos de todos e qualquer cidadão, recebendo tratamento de suma importância, a tal ponto de mantê-los protegidos de toda e qualquer ameaça. (MOTTA, 2021).

As garantias fundamentais insculpidas na Constituição Federal conforme previsto no §1º do Art. 5º, são de eficácia e aplicação imediata, isto é, não dependem de leis que as regulamentem, devendo ser respeitado tanto pelo indivíduo quanto pelo próprio poder estatal. (PRADO, 2020)

Portanto, uma vez inserido os direitos do preso como uma garantia fundamental, não podemos falar em prisão legal aquela que desrespeite os direitos previstos na Carta da Republica.

Em que pese aparentemente se tratar de situação óbvia que o Estado garanta ao indivíduo a proteção de seus direitos, temos que no ano de 2019 foi editada a lei 13.869 conhecida como Lei de Abuso de Autoridades onde foi instituído crimes para os agentes públicos que desrespeitam as garantias do preso no momento da prisão. (MOTTA, 2021)

Desta feita, tem se que a prisão constitui tão somente a privação do direito de ir e vir, sendo uma das medidas mais graves e deve ser efetuada somente por decisão judicial fundamentada e devidamente justificada, em atendimento a manutenção da ordem social quando não possível a utilização de outro meio, ficando os demais direitos do preso resguardo, sob pena de cometimento de abuso de autoridade e violação do princípio da inocência, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, podendo gerar responsabilizações e nulidades processuais.

### **3. Das provas obtidas a partir da ausência de ciência por partedo acusado sobre os “Avisos de Miranda”**

Agora passa-se ao tema-problema do presente artigo que é a exposição dos chamados *Avisos de Miranda* e suas consequências caso não seja informado o seu conteúdo a pessoa presa.

#### *3.1 O que são os “avisos de miranda”*

Conforme informações disponíveis na página da internet da Suprema Corte Norte Americana<sup>28</sup> no processo conhecido como *Miranda vs. Arizona* abordou quatro casos diferentes envolvendo interrogatórios sob custódia. Em cada um desses casos, o réu foi interrogado por autoridades em uma sala na qual foi isolado do mundo exterior. Em nenhum destes casos foi dado ao acusado um aviso completo e eficaz dos seus direitos no início do processo de interrogatório. Em todos os casos, o interrogatório culminou em confissão oral e, em três deles, declarações assinadas que foram admitidas em julgamento, dentre elas a confissão obtida no caso de Miranda.

No ano de 1966 Miranda foi preso em sua casa e levado sob custódia a uma delegacia onde foi identificado pela testemunha denunciante, tendo sido interrogado por dois policiais por duas horas, o que resultou em uma confissão oral, escrita e assinada, sendo que tais confissões foram levadas ao júri e Miranda foi considerado culpado de sequestro e estupro recebendo condenação de 20-30 anos em cada acusação.

Houve recurso para a Corte do Arizona, estado norte americano onde os fatos ocorreram, sendo que aquele juízo entendeu que os direitos constitucionais de Miranda não foram violados na obtenção da confissão.

O caso chegou ao Supremo Tribunal norte americano, sendo que lá foi entendido que não pode haver dúvidas de que o privilégio da Quinta Emenda serve para proteger as pessoas em todos os ambientes em que sua liberdade de ação é restringida não podendo serem compelidas e se incriminar.

Assim, não pode ser utilizadas declarações incriminadoras resultantes de interrogatório do custodiado, a menos que se demonstre a utilização de garantias processuais eficazes para garantir o privilégio contra a autoincriminação.

O Tribunal considerou ainda que sem as devidas salvaguardas, o processo de interrogatório sob custódia de pessoas suspeitas ou acusadas de crime contém pressões que inerentemente funcionariam para minar a vontade do indivíduo de resistir e obrigá-lo a falar quando, de outra forma, o faria livremente.

Seguindo por este caminho o Supremo Tribunal americano em uma votação apertada por 5 à 4 firmou entendimento sobre o direito constitucional ao silêncio, anulando os confissões obtidas não só no caso de Miranda, mas também nos demais casos em que as confissões foram obtidas sem que tivesse sido assegurado ao acusado o direito à informação

---

<sup>28</sup> <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona> acessado em 15.07.2023

de que não seria obrigado a produzir prova contra si.

Os Avisos de Miranda, como é conhecido do Brasil, é um desdobramento do princípio da não autoincriminação previsto constitucionalmente, no qual o indivíduo tem o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si mesmo ou declarar-se culpado.

### 3.2 Os “Avisos de Miranda” na legislação brasileira

Os “Avisos de Miranda” ou “*Miranda Rights*” de origem norte americana tomou por base a Constituição daquele país promulgada em 17 de setembro de 1787, sendo que a quinta emenda invocada pela Corte Suprema e que trata dos direitos das pessoas foi promulgada no ano de 1791 apresentando garantias contra o abuso da autoridade estatal, abordando o processo penal devendo ser respeitado em todos os níveis de governo, incluindo os níveis federal, estadual e local no que diz respeito não apenas ao cidadão, mas também aos residentes nos Estados Unidos da América, constando especificamente que nenhuma pessoa será compelido em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesmo, consagrando o princípio da não autoincriminação. (MOSSIN, 2014).

Já no Brasil o Decreto Lei. 3.689 de 03 de outubro de 1941 que instituiu o Código de Processo Penal, inseriu em sua redação primária o inciso V do Art. 6º afirmando que tão logo se tenha conhecimento da prática de infração penal, a autoridade policial deve ouvir o indiciado com observância do disposto Capítulo III do Título VII o qual se refere ao interrogatório onde nos deparamos com o Art. 186 e na parte final trazia que o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa (MOSSIN, 2014).

Somente na Constituição da República Brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988 foi inserido no Art. 5º LXIII que “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*” sendo que as constituições anteriores não faziam menção expressa ao direito ao silêncio (MOSSIN, 2014).

Ponto a ser observado é que o §2º do Art. 5º da Constituição Federal traz que os direitos e garantias expressos na Carta Magna não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Ao efetuar tal incorporação, a Carta Magna está a atribuir aos tratados internacionais cujo Brasil seja signatário, uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional (MOTTA, 2021). Considerando que o Brasil teve

em 12.10.1998 o aceite da Corte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos como signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, onde prevê em seu Artigo 8 que trata das garantias judiciais e no ponto 2. “g” expressamente prevê que o acusado tem o direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada, tal norma foi recepcionada por nosso ordenamento e aqui produz efeitos plenos.

Nota-se, também, sua presença no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de Nova York), que foi introduzido no Brasil pelo Decreto Federal n. 592, de 6 de julho de 1992, dentro do seguinte contexto normativo: Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada (art. 14, n. 3, g).

No ano de 1998 o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 199.570/MS de relatoria do Ministro Marco Aurélio, entendeu que a parte final do Art. 186 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, dessa forma, o acusado não poderia ser compelido a depor e seu silêncio não poderia levar o julgador a fazer um juízo negativo a seu respeito:

INTERROGATÓRIO - ACUSADO - SILÊNCIO. A parte final do artigo 186 do Código de Processo Penal, no sentido de o silêncio do acusado poder se mostrar contrário aos respectivos interesses, não foi recepcionada pela Carta de 1988, que, mediante o preceito do inciso LVIII do artigo 5º, dispõe sobre o direito de os acusados, em geral, permanecerem calados. Mostra-se discrepante da ordem jurídica constitucional, revelando apego demasiado à forma, decisão que implique a declaração de nulidade do julgamento procedido pelo Tribunal do Júri à mercê de remissão, pelo Acusado, do depoimento prestado no primeiro Júri, declarando nada mais ter a acrescentar. Dispensável é a feitura, em si, das perguntas, sendo suficiente a leitura do depoimento outrora colhido. (RE 199570, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 16/12/1997, DJ 20-03-1998 PP-00017 EMENT VOL-01903-06 PP-01069)

Após tal posicionamento da Suprema Corte Brasileira e amplos debates foi que na reforma do Código de Processo Penal ocorrida em 2003 alterou-se o Art. 186 inserindo o parágrafo único, deixando de forma expressa que o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa (MOSSIN, 2014).

A valoração negativa do silêncio do réu é violação ao princípio da presunção de inocência e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, deixando o interrogatório de ser considerado um meio de prova, passando a ser essencialmente de defesa, sendo uma oportunidade para o réu e não um instrumento que deve se valer a acusação.

O legislador confere tamanha importância ao direito ao silêncio que na Lei.

13.869/2019 conhecida como Lei de Abuso de Autoridade e em seu Art. 13, inciso III passou a configurar como crime passível de detenção de 1 a 4 anos e multa o ato de constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro, e aplica as mesmas penas a aquele que prossegue com interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio.

Portanto, considerando que a autoacusação é vedada, o indivíduo é inocente até que seja provada sua culpa, e o silêncio não pode causar-lhe qualquer prejuízo, sendo o Estado a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o agente da infração penal, compete-lhe provar a culpa e não transferir tal responsabilidade ao acusado para que este prove a sua inocência já que esta é presumida em seu favor.

### 3.3 Das consequências jurídico-penais da ausência dos “avisos de miranda”

Consagrado no inciso LVI do Art. 5º da Constituição Federal são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, sendo considerado ilícito toda e qualquer prova que seja obtida em desrespeito ao devido processo legal devendo ser desentranhada do processo as que desrespeitem as garantias constitucionais ou legais conforme preceitua o Art. 157 do Código de Processo Penal. (MOSSIN, 2014).

Logo, o depoimento obtido sem que seja assegurado ao acusado o direito da não autoincriminação, ou *nemun tenetur se detegere* deve ser considerado nulo por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato nos termos do inciso IV do Art. 564 do Código de Processo Penal, já que o inciso LXIII prevê que o preso será informado de seus direitos, e o Art. 186 do Código de Processo Penal impõe o dever de informar ao acusado antes de iniciar o interrogatório o direito de permanecer calado.

Tal nulidade é relativa, ou seja, acaso o acusado não demonstre que tal nulidade lhe causou prejuízo a mesma não deve ser excluída do processo nos termos do Art. 563 do Código de Processo Penal. Porém se por outros meios a autoridade investigativa provaria a acusação sem depender da prova colhida com o depoimento do acusado, o processo deve prosseguir (MOSSIN, 2014).

O Artigo 197 do Código de Processo Penal afasta a possibilidade de se acatar apenas a confissão como meio de prova, inclusive há previsão legal do crime de auto-acusação falsa conforme Artigo 341 do Código Penal, daí a necessidade de confrontar o depoimento/confissão com as demais provas do processo verificando se entre elas existam compatibilidade ou



concordância (MOSSIN, 2014).

Porém, se as provas obtivas sejam derivadas do depoimento colhido de forma irregular, tal nulidade macula todas as demais provas conforme a “*Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*” segundo a qual toda prova produzida em consequência de uma descoberta por meios ilícitos está contaminada pela ilicitude desta, estando previsto no §1º do Art. 157 do Código de Processo Penal.

Consagrou-se, ainda, no Brasil, a teoria da prova ilícita por derivação (“frutos da árvore envenenada” ou “efeito à distância”, que advém do preceito bíblico de que a “árvore envenenada não pode dar bons frutos”). Assim, quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham (Nucci, 2023, p.81).

Neste caminhar, as autoridades devem se acautelar no momento da prisão do indivíduo para que não comprometa todo o processo penal pela ausência dos “Avisos de Miranda” ao acusado. Se é dever do agente dar ciência ao acusado de seus direitos, tal situação deve ser de forma expressa não permitindo dúvidas de que a abordagem ocorreu respeitando os direitos legais em especial ao da não autoincriminação.

Difícilmente alguém abriria mão do direito ao silêncio acaso fosse cientificado de que o que disser pode ser utilizado contra sua pessoa sendo que tem o direito constitucional de não produzir qualquer tipo de prova contra si.

Porém culturalmente não é isto que nos deparamos das abordagens das autoridades, em especial no momento da prisão, quando o acusado geralmente fragilizado é questionado ou até mesmo pressionado para que confessem o crime, que por vezes sequer cometeu.

### 3.4 Do entendimento dos tribunais superiores

Em que pese constar do nosso ordenamento jurídico o direito da não autoincriminação, nos deparamos com inegável resistência por parte das autoridades em respeitar os direitos do acusado, sendo que a questão tem chegado às cortes superiores.

Considerando que o Superior Tribunal de Justiça é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o país e vem se deparando com questões envolvendo os “Avisos de Miranda” temos que em recente decisão afirmou que tal advertência somente seria exigida no interrogatório policial e judicial:

RECURSO PRÓPRIO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. BUSCA DOMICILIAR REALIZADAS SEM MANDADO JUDICIAL. CONSENTIMENTO VÁLIDO DE MORADOR. GRAVAÇÃO AUDIOVISUAL. AUSÊNCIA DE "AVISO DE MIRANDA" NA ABORDAGEM POLICIAL. ADVERTÊNCIA EXIGIDA SOMENTE NOS INTERROGATÓRIOS POLICIAL E JUDICIAL. LEGALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS NA BUSCA E APREENSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010). 3. No caso, o paciente consentiu para a realização da diligência de busca em sua residência, inclusive tal consentimento foi gravado (mídia audiovisual), o que afasta a alegação de indevida violação de domicílio. 4. A legislação processual penal não exige que os policiais, no momento da abordagem, cientifiquem o abordado quanto ao seu direito em permanecer em silêncio (Aviso de Miranda), uma vez que tal prática somente é exigida nos interrogatórios policial e judicial. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 809.283/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 24/5/2023.)

Tal decisão entendeu que a legislação processual penal não exige que os policiais, no momento da abordagem, cientifiquem o abordado, uma vez que tal prática somente é exigida no momento do interrogatório policial e judicial.

Em que pese o reconhecimento da necessidade dos “Avisos de Miranda” na fase de interrogatório policial e judicial, o Superior Tribunal de Justiça entende que a sua ausência acarreta nulidade relativa dos atos praticados e, portanto, exige que se comprove efetivo prejuízo:

ECA. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. AUSÊNCIA DE "AVISO DE MIRANDA" NA ABORDAGEM POLICIAL. ADVERTÊNCIA DEVIDAMENTE REALIZADA PERANTE À AUTORIDADE POLICIAL. TEMA AINDA NÃO APRECIADO PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 1. O Supremo Tribunal Federal ainda não apreciou o Recurso Extraordinário 1.177.984, que teve a repercussão geral reconhecida (Tema 1.185) quanto à questão relativa à obrigatoriedade de policiais informarem acerca do direito ao silêncio já no momento da abordagem. De toda sorte, "o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando posicionamento consolidado no Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo" (HC n. 614.339/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 9/2/2021, DJe 11/2/2021). 2. Na hipótese,

efetivamente houve perante a Autoridade Policial a cientificação quanto ao direito de permanecer em silêncio, constando ainda tal informação do termo de declarações colhidas na presença do genitor do agravante. Nessa linha, para infirmar as conclusões da Corte originária, notadamente para verificação da forma comoteria sido efetuada tal advertência, seria imprescindível o revolvimento do material fático-probatório dos autos, procedimento, que, além de incompatível com a via eleita, não poderia ser realizado na espécie, haja vista que as declarações do agravante foram tomadas por meio de sistema de gravação audiovisual e não há prova pré-constituída da gravação do material colhido. 3. Não está demonstrado o prejuízo necessário ao reconhecimento da nulidade alegada, na medida em que não se sustenta a simples afirmação defensiva de que as informações obtidas de maneira ilegal pelos policiais teriam sido suficientes para embasar a representação, pois a apreensão da droga em posse do agravante em quantidade que pode ser considerada incompatível com o simples uso, somada à sua atitude suspeita demonstrada antes da abordagem policial, por certo já seria suficiente a eventualmente ensejar sua representação pela suposta prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de entorpecentes, mormente se considerados os diversos verbos nucleares do tipo penal em comento. Assim, eventual prejuízo advinda da omissão quanto ao "Aviso de Miranda" não se presume, de maneira que, nem sequer tendo havido o julgamento de mérito da representação ofertada, deve-se aguardar o deslinde da representação na origem, não sendo possível perquirir a nulidade aqui apontada, ao menos ao que se tem dos autos. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 670.351/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022.)

A nulidade pela ausência de tais advertências é relativa, sendo somente levada a cabo quando não for possível por outros meios de prova dar prosseguimento a imputação penal.

Quanto aos entendimentos do Supremo Tribunal Federal relativos aos “Avisos de Miranda”, os recursos extraordinários que foram apreciados por aquela corte estão embasados na violação do artigo 5, XLIII da Constituição Federal, com a tese de que o texto constitucional não faz ressalva ao momento em que se deve garantir o direito ao silêncio, devendo portando ser assegurada não somente no momento do interrogatório policial e judicial mas também no momento da prisão efetuada pelos policiais quando colhidos os depoimentos informais.

Busca-se o reconhecimento de que o direito a *nemo tenetur in detegere* deve socorrer o indivíduo em todo momento processual, seja ele formal ou informal, evitando a auto-incriminação no momento em que a pessoa está fragilizada, ou seja, quando de seu primeiro contato com a autoridade policial. Diante disso a suprema corte reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 1.177.984 com o Tema 1.185, quanto a obrigatoriedade de informação do direito ao silêncio ao preso, no momento da abordagem policial, sob pena de ilicitude da prova, tendo em vista os princípios da não auto-incriminação e do devido processo legal, por manifesta relevância social jurídica.

Quanto a relevância social entendeu a suprema corte que a questão irá orientar a maneira de proceder dos agentes do Estado no momento da abordagem de qualquer pessoa em

território nacional, máxime quando, na hipótese de prisão em flagrante, o detido é submetido ao denominado interrogatório informal.

No tocante à relevância jurídica, verificou-se o que o tema guarda estreita relação com os princípios *nemo tenetur se detegere* e do devido processo legal substantivo, garantias fundamentais para o desenrolar da atividade persecutória em um Estado de Direito.

Ainda o Supremo Tribunal Federal indicou o fato de que o Superior Tribunal de Justiça vem deixando de aplicar o direito ao silêncio no momento da abordagem policial não reconhecendo a ilicitude dos depoimentos informais.

Apontou a questão quanto a importância da informação do direito ao silêncio já foi enfrentada pela Suprema Corte a exemplo do decidido no HC 80949 julgado em 2001 e naquela oportunidade reconheceu-se que:

Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. O privilégio contra a auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não. (HC 80949, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30-10-2001, DJ 14-12-2001 PP-00026 EMENT VOL-02053-06 PP-01145 RTJ VOL-00180-03 PP-01001)

Ainda no voto proferido no RHC 122279 em 2014, o Supremo Tribunal Federal lecionou:

Essas regras sobre a instrução quanto ao direito ao silêncio — as chamadas *Miranda rules* — não se aplicam desde quando o inquirido está em custódia ou de alguma outra forma se encontra significativamente privado de sua liberdade de ação: “while in custody at the station or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way”. Assim como os Estados Unidos, os países democráticos em geral reconhecem o direito ao silêncio. (RHC 122279, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12-08-2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30 - 10-2014 RTJ VOL-00235-01 PP-00123)

No ano de 2019 ao apreciar a ADPF 444 o Supremo Tribunal Federal frisou:

Assiste a qualquer pessoa regularmente convocada para depor perante autoridade pública (seja esta policial, judiciária, administrativa ou legislativa) o direito de manter-se em silêncio, sem se expor – em virtude do exercício legítimo dessa faculdade – a qualquer restrição em sua esfera jurídica, desde que as suas respostas

às indagações que lhe venham a ser feitas possam acarretar-lhe grave dano (“nemo tenetur se detegere”). (ADPF 444, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14-06-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 21-05-2019 PUBLIC 22-05- 2019)

No ano de 2019 a Corte Suprema apreciou a RCL 33711:

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes (relator) considerou que houve violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação na realização de “interrogatório travestido de ‘entrevista’”, documentada durante a diligência. Na ocasião, destacou o relator, não se assegurou ao investigado o direito à prévia consulta a seu advogado e nem se certificou o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo. “Observo, portanto, a violação às decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, na medida em que utilizada técnica de interrogatório forçado proibida a partir do julgamento das referidas ações. Há a evidente tentativa de contornar a proibição estabelecida pelo STF em favor dos direitos e garantias fundamentais das pessoas investigadas”, afirmou. Nesse ponto, o colegiado, por unanimidade, seguiu o voto do relator. (Rcl 33711, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11- 06-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 22-08-2019 PUBLIC 23-08-2019)

Em 2021 ao julgar o Ag.RG. no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 170.843 São Paulo a ordem foi concedida “*de ofício*” para reconhecer a nulidade da declaração firmada perante polícias militares, sem que fosse garantido o direito constitucional ao silêncio.

É que, da leitura dos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão do paciente, verifica-se que não foi sequer observado o comando constitucional, a partir do qual o preso deve ser informado acerca do seu direito de permanecer em silêncio. Conforme tenho dito, a informação de que o suspeito tem direito ao silêncio deve ser prestada ao preso pelos policiais responsáveis pela voz de prisão e não apenas pelo delegado de polícia, quando de seu interrogatório formal. Evidentemente, a todos os órgãos estatais dotados de poderes normativos, judiciais ou administrativos, impõe-se a importante tarefa de realização dos direitos fundamentais. (RHC 170843 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04-05- 2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 31-08-2021 PUBLIC 01-09-2021)

Evidenciou que o direito ao silêncio não deve ser reservado apenas ao interrogatório formal na presença do delegado, mas também deve ser informado pelos policiais no momento da prisão em flagrante.

O Supremo Tribunal Federal a tempos vem reconhecendo a importância de se assegurar os “Avisos de Miranda”, para qualquer pessoa, seja ela presa ou não, resguardando a forma de colheita de provas através informações fornecidas pelo próprio preso ou acusado, consolidando que a eventual irregularidade é causa de nulidade das provas. Todavia a discussão ainda surge com frequência nas cortes superiores, ratificando a importância da matéria atinente a obrigatoriedade de garantir ao preso ou acusado o direito ao silêncio e a não

autoincriminação.

Agora com o reconhecimento da repercussão geral no tema 1.185 terá a Suprema Corte Brasileira a oportunidade de debruçar sobre a questão de tamanha relevância que servirá de norte para todos os indivíduos e para o próprio estado em suas ações, especialmente quanto a assegurar o direito ao silêncio ao preso no momento da abordagem policial, sob pena de ilicitude da prova, o que viola o devido processo legal.

#### 4. Conclusão

O Devido Processo Legal está previsto em clausula pétrea no Artigo 5º inciso LIV da Constituição Federal, onde apresenta que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Por devido processo legal deve-se entender que todos os passos envolvendo o indivíduo acusado e o estado acusador onde ambos devem respeitar as regras impostas, tendo sido assegurado o respeito a todas as garantias constitucionais semqualquer exceção.

Dentre os direitos do acusado o legislador Constitucional fez constar no incisoLXIII do Artigo 5º de forma expressa que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da famíliae de advogado.

Tais informações devem ser apresentadas ao acusado desde o primeiro contato deste com a força estatal, sendo conhecido como os “Avisos de Miranda” de origem norte americana onde na década de 60 a Suprema Corte daquele país reconheceu a nulidade do processo por ausência de informações ao acusado.

O indivíduo quando abordado pela força estatal tem suas emoções abaladas, necessitando de proteção do próprio estado, não podendo ser objeto de investigação,devendo ser separado do contexto probatório para sujeito com garantias constitucionais que devem ser resguardadas, principalmente o direito à não autoincriminação.

O devido processo legal não se limita em seguir os ditames da lei, exige aindaque o mesmo seja justo e efetivo, devendo ser entendido como uma garantia do trinômio 'vida-liberdade-propriedade'. Através da qual se assegura que a sociedade só seja submetida a leis razoáveis, as quais devem atender aos anseios da sociedade, demonstrando assim sua finalidade social dentro do estado democrático.

No caso norte americano onde não foi assegurado a Miranda o direito ao silêncio a situação ocorreu no ano de 1966, sendo que a quinta emenda foi promulgada em 1791, ou seja, já haviam se passados 175 anos da norma que garantiao direito ao silêncio e ainda assim teve a Corte Suprema teve que reafirmar a necessidade de sua aplicação.

No Brasil não está sendo diferente, passados 35 anos da a nossa Constituição Federal datada de 1988 ainda não é assegurado de forma plena aos indivíduos o direito de saber de seus direitos, mesmo estando inserido na parte fundamental da Carta Constitucional.

Constantemente nos deparamos com situações onde as forças estatais violam esses direitos, e por vezes o sistema judiciário se recusam em aplicar o texto constitucional de forma plena, levando os casos aos Tribunais Superiores.

Quanto aos casos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça este vem deixando de aplicar o direito ao silêncio no momento da abordagem policial não reconhecendo a ilicitude dos depoimentos informais e recentemente tem reconhecido que a ilicitude da prova colhida somente ocorreria quando do interrogatório formal perante a autoridade policial ou judiciária.

Já o Supremo Tribunal Federal possui interpretação mais abrangente tendo proferido decisões de que a obrigação estatal de informar o indivíduo de seus direitos deve ocorrer em todos os momentos do processo, seja em depoimento formal ou informal, tendo inclusive reconhecido repercussão geral com o Tema 1185 quanto a obrigatoriedade de informação do direito ao silêncio ao preso, no momento da abordagem policial, sob pena de ilicitude da prova, tendo em vista os princípios da não autoincriminação e do devido processo legal.

Em ambas as cortes superiores se assegura o direito aos “Avisos de Miranda” ao acusado, havendo divergência apenas se este deve ser respeitado desde o momento da abordagem policial ou apenas nos interrogatórios formais, todavia nenhuma das cortes divergem quanto ao fato de tais provas obtidas sem a advertência constitucional quanto ao direito a não auto-incriminação deve ser considerada ilícita, o que pode anular as provas obtidas e as derivadas prejudicando o processo como um todo.

Ainda se discute a efetiva aplicação da norma constitucional, todavia inegavelmente estamos evoluindo e caminhando rumo a garantia de um processo acusatório justo, especialmente quando se tem que enfrentar o próprio estado e este não assegura ao cidadão os seus direitos fundamentais.

O processo penal que não respeita as regras constitucionais não pode ser considerado justo, por mais que aparenta ser, não é, se o indivíduo tem o direito a não auto-incriminação compete ao estado respeitar e resguardar esse direito em toda e qualquer fase do processo, assegurando ao acusado a possibilidade de uma defesa justa, podendo optar em adotar o comportamento que mais lhe convêm desde o momento da abordagem policial.

Muito ainda se tem para construir, mas o caminho está sendo pavimento, e a análise do tema 1185 pelo Supremo Tribunal Federal vem de encontro a necessidade da pacificação

quanto as regras a serem aplicadas em todas as fases do processo em especial quanto a garantia da informação ao acusado do direito a não auto-incriminação desde o momento da abordagem policial, sob pena de considerar-se ilícitas as provas obtidas e consequentemente anulando as mesmas bem como as delas derivadas, podendo levar ao reconhecimento da nulidade da própria prisão.

## 5. Referências

ANDREUCCI, Ricardo A. **Curso básico de processo penal, 2ª edição**. Editora Saraiva, 2015. *E-book*. ISBN 9788502626129. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626129/>. Acesso em: 08jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181795/000433549.pdf?sequence=1#:~:text=A%20sint%C3%A9tica%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Estados,e%20vinte%20e%20seis%20emendas> Acessado em 15.07.2023.

BRASIL. Lei. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Instituiu o Código Civil**. Brasília – DF, Diário Oficial da União disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm). acessado em 13.07.2023

BRASIL, Decreto nº 592 de 6 de Julho de 1992, **Atos Internacionais. Pacto internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos**. Promulgação disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.html) acessado em 8.07.2023.

**CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**, 1969, disponível em [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.html](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.html) acessado em 13.07.2023

DELMANTO, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Editora Saraiva, 2019. *E-book*. ISBN 9788553612956. Disponível em:



<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612956/>. Acesso em: 08 jul.2023.

**Facts and Case Summary – Miranda v. Arizona**, United States Courts, 1966, disponível em <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona> acessado em 15.07.2023

MESSA, Ana F. **Prisão e Liberdade** . Grupo Almedina (Portugal), 2020. E-book. ISBN 9788584935765.

Disponível

em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935765/>. Acesso em: 08 jul.2023

MOSSIN, Heráclito A. **Garantias Fundamentais na Área Criminal**: Editora Manole, 2014. E-book. ISBN 9788520448519.

Disponível

em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520448519/>.

Acesso em: 05 nov. 2023.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9788530993993. Disponível

em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993993/>. Acesso em: 15 jul.2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal** . Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646838.

Disponível

em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646838/>. Acesso em: 08jul. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Execução Penal** .Grupo GEN, 2023. *E- book*. ISBN 9786559646760.

Disponível

em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646760/>. Acesso em: 08jul. 2023.

PRADO, Luiz R. **Direito Penal Constitucional - A (Des)construção do Sistema Penal**: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530991586. Disponível

em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991586/>. Acesso em: 13 jul.2023.

**Quinta Emenda Da Constituição Norte Americana**, 1791 DISPONÍVEL EM

<https://constitution.congress.gov/browse/amendment-5/> acessado em 15.07.2023

SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar - Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Grupo GEN, 2014. *E-book*. ISBN 978-85-309-5816-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5816-9/>. Acesso em: 11 jul. 2023.

<https://www.google.com/search?q=google+tradutor&oq=google+tradutor&aqs=chrome..69i57j0i10i13i433i512j0i3j0i10i13i433i512j0i10i433i512j0i3j0i10i433i512j0i10i13i433i512j0i10i433i512.79393524j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8> acessado em 15.07.2023

[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20199570%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20199570%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true) acessado em 15.07.2023.

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78579> acessado em 19.07.2023