https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.184

USO DA "SECONDARY CONFESSION EVIDENCE" NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

THE USE OF "SECONDARY CONFESSION EVIDENCE" IN COMBATING ORGANIZED CRIME

GEORGE MARMELSTEIN LIMA
Professor de Direito Constitucional e Filosofia do Direito. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Juiz federal do Ceará.
https://orcid.org/0000-0002-1277-3217

RESUMO

Confissões secundárias são relatos de uma testemunha que afirma ter ouvido um suspeito proferir declarações autoincriminatórias. Geralmente, tais declarações são introduzidas em processos criminais por meio do testemunho de agentes de polícia, de informantes ou de colaboradores. O objetivo do presente artigo é compreender o sentido e a natureza jurídica das confissões secundárias, mapeando os principais precedentes dos tribunais sobre o assunto. Ao final, são analisados os limites e as possibilidades do uso desse tipo de prova no sistema judicial brasileiro, com foco nas novas estratégias de combate ao crime organizado.

Palavras-chave: processo penal; provas judiciais; crime organizado; confissões secundárias; declarações incriminatórias.

ABSTRACT

Secondary confessions are testimonies from a witness who claims to have heard a suspect make self-incriminating statements. Generally, such statements are introduced into criminal proceedings through the testimony of police officers, informants or whistleblowers. The purpose of this article is to understand the meaning and legal nature of the secondary confession, mapping the main precedents of the courts on the subject. In the end, the limits and possibilities of the use of secondary confession in the Brazilian judicial system are analysed, focusing on new strategies to combat organized crime.

Keywords: criminal proceeding; judicial evidence; organized crime; secondary confession; incriminating statements.

Recebido: 4-2-2022
Aprovado: 28-4-2022

> "O que andou preso me disse/que dissera o Carcereiro,/ que dissera o Capitão./(Mas pareceu-lhe parvoíce,/e não delatou primeiro/porque não teve ocasião...)" – Cecília Meireles, in Romanceiro da Inconfidência

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 As confissões secundárias nos tribunais brasileiros. 3 As várias faces das confissões secundárias. 4 A natureza jurídica das confissões secundárias. 5 Admissibilidade das confissões secundárias. 6 Valoração das confissões secundárias. 7 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

"Ele me confessou que praticou o crime". Essa frase é a essência de um modelo de evidência que não tem nome específico no Brasil, mas que, nos Estados Unidos, tem sido denominada de *secondary confession* (confissão secundária), que ocorre quando alguém relata ter ouvido o suspeito assumir a autoria de um delito.

A referida expressão foi utilizada pela primeira vez em um artigo científico publicado em 2008 (NEUSCHATZ *et al.*, 2008), com o título The Effects of Accomplice Witnesses and Jailhouse Informants on Jury Decision Making[1].

O objetivo do estudo era verificar o impacto de confissões secundárias, testemunhadas por informantes e colaboradores da polícia, na percepção de culpa de um suspeito. Até então, os estudos sobre o poder de influência das confissões envolviam apenas confissões primárias, em que as declarações autoincriminatórias são ouvidas diretamente da boca do suspeito. Nesses casos, experimentos indicam que a confissão costuma ter mais impacto nos veredictos do que qualquer outra forma de evidência (KASSIN; NEUMANN, 1997).

Esse poder altamente persuasivo das confissões primárias tem, pelo menos, duas explicações: (1) uma confissão é uma admissão de culpa em primeira mão, ou seja, uma declaração presumivelmente feita por alguém com conhecimento íntimo do evento em disputa; (2) uma confissão espontânea é uma declaração do acusado que contradiz inequivocamente seu próprio interesse ou motivação, gerando uma

[1] Tradução livre: "Os efeitos do depoimento de testemunhas cúmplices e informantes de cela na tomada de decisão do júri".

percepção de veracidade com base na ideia intuitiva de que ninguém iria se autoincriminar se não fosse verdade (KASSIN; NEUMANN, 1997).

A confissão secundária, por outro lado, é um relato de uma pessoa que ouviu outra pessoa (o suspeito) assumir a autoria de um crime (NEUSCHATZ *et al*., 2012). Portanto, ela não é uma admissão de culpa de quem presenciou os fatos, visto que não se manifesta em primeira pessoa ("eu fiz"), mas em terceira pessoa ("ele me disse que fez"). Além disso, a testemunha não está agindo contra seu próprio interesse – pelo contrário. Muitas vezes, os motivos do delator costumam ser altamente egoístas, como a obtenção de vantagens jurídicas, de tratamentos especiais, de prestígio, de vingança, de poder ou até mesmo de incentivo financeiro.

No modelo norte-americano, a confissão secundária costuma estar associada a algumas técnicas investigativas muito polêmicas, por exemplo: (a) *jailhouse informants* ou *jailhouse snitches* (delatores de cela), que são pessoas que estão presas com o suspeito e aceitam delatá-lo em troca de algum benefício (perdão judicial, penas mais brandas, imunidade, privilégios de tratamento ou até dinheiro); (b) *informant witnesses* (testemunhas informantes), que são pessoas que atuam como informantes da polícia, muitas vezes de forma confidencial e também recebendo incentivos; (c) *accomplice witnesses* (testemunhas cúmplices) ou *whistleblowers* (delatores), que são corréus que fazem acordo de colaboração premiada (*plea agreement*); (d) *undercover agents* (agentes infiltrados), que são policiais que se infiltram na organização criminosa para extrair informações.

Por derivar de métodos bastante questionáveis, o poder persuasivo de uma confissão secundária é, sem dúvida, diferente e menor do que o poder persuasivo de uma confissão primária. Apesar disso, no experimento conduzido por Neuschatz, revelou-se que os

jurados tendem a acreditar na confissão secundária, como prova de incriminação, mesmo quando têm conhecimento de que o testemunho é motivado por razões espúrias (NEUSCHATZ *et al.*, 2008).

No Brasil, apesar de não ter "nome próprio", a confissão secundária é praticada em muitos contextos. A situação mais comum ocorre em abordagens policiais, em que o suspeito admite informalmente a prática do delito. Nessa situação, caso o suspeito se retrate antes de a confissão ser registrada, a única forma de comprovar essa admissão de culpa é por meio do testemunho do policial. Se o policial afirmar, em juízo, que presenciou o réu "confessando", tem-se um típico caso de confissão secundária, que costuma ser chamada, na jurisprudência, de confissão informal ou confissão indireta.

Para além dessa hipótese, com o uso cada vez mais frequente de informantes, agentes infiltrados e colaboradores, o sistema brasileiro tem lidado com vários casos de confissões secundárias. De fato, sobretudo no contexto das colaborações premiadas, é comum o colaborador informar que o suspeito-alvo lhe disse que praticou um crime, fornecendo aos órgãos estatais munição para investigar[2]. Além disso, há casos em que a polícia usa informantes, agentes infiltrados ou disfarçados, que dialogam com o suspeito e extraem informações comprometedoras passíveis de serem usadas na investigação ou

[2] Por exemplo, na colaboração de Sérgio Cabral, muitas conversas mantidas com outros réus no período em que estavam presos foram levadas a juízo. Cito, em particular, um trecho extraído da sentença proferida no Proc. 0196181-09.2017.4.02.5101/RJ (BRASIL, 2021a, p. 28): "Que ficou preso junto a CARLOS NUZMAN e LEONARDO GRYNER em Benfica; Que chegaram a conversar formalmente sobre o assunto da ação penal; Que era uma conversa de quem quer fugir da verdade; Que NUZMAN dizia que ia negar tudo e LEO GRYNER dizia para o interrogado, como já disse aqui, que era um patrocínio; Que LEO GRYNER veio com essa história de que era um patrocínio, que foi solicitado e tudo mais; Que essa versão ficou combinada lá em Benfica a pedido do LEO GRYNER para ele, que disse que ia falar".

no processo judicial[3]. Com menos frequência, há também, no Brasil, processos em que presos são chamados a testemunhar em juízo contra o seu companheiro de cela, sobre conversas ocorridas dentro do presídio, algumas vezes narrando a admissão de culpa de seu colega[4].

O objetivo do presente artigo é explorar o uso da confissão secundária como prova de incriminação, no sistema processual brasileiro, com foco nas novas estratégias de combate ao crime organizado.

O primeiro passo é mapear algumas posições dos tribunais brasileiros sobre a admissão e valoração da confissão secundária, ainda que mencionada com outros nomes, para demonstrar que há uma grande incompreensão sobre a sua natureza jurídica. A consequência disso é a presença de muito ruído entre as decisões, com posições antagônicas sobre tópicos relevantes.

Em seguida, é necessário olhar para além da realidade brasileira, a fim de conhecer a experiência de outros países, em que o debate está mais amadurecido. A análise de alguns precedentes, sobretudo

[3] Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal – STF anulou as provas obtidas por um policial de inteligência, que atuou, de fato, como agente infiltrado, sem autorização judicial, em grupos Black Blocks. Várias informações eram confissões secundárias, como se pode extrair desse trecho do depoimento: "Que o declarante acredita que por apenas ouvir e não perguntar e por inclusive sentar-se à mesa em bares para beber cerveja com os integrantes, ganhou a confiança de alguns que passaram a confidenciar atos diversos e inclusive contar fatos sobre terceiros". A decisão do STF foi no sentido de que houve verdadeira "infiltração de agente em grupo determinado, por meio de atos disfarçados para obtenção da confiança dos investigados" (BRASIL, 2019a, p. 7). Sendo assim, a prova foi considerada ilícita, dada a necessidade de prévia autorização judicial, conforme o art. 10 da Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013).

[4] Um exemplo famoso ocorreu no caso Eliza Samudio. Um presidiário, que era companheiro de cela do acusado Bola, foi arrolado como testemunha de acusação após tê-lo ouvido afirmar, dentro da cela, que teria queimado Eliza em pneus e jogado suas cinzas em uma lagoa. Não há, contudo, informação de que houve incentivo à testemunha. Além disso, no julgamento, o promotor dispensou a ouvida da referida testemunha (MARTINS, 2013).

norte-americanos, indica que as confissões secundárias têm muitas roupagens, sendo importante discriminar todas as nuances que circundam o conceito para descobrir sua natureza.

Por fim, serão analisados as condições de admissibilidade e os principais critérios de valoração da confissão secundária. Como se verá, a validade desse tipo de prova está sujeita a filtros éticos e jurídicos que ainda estão sendo construídos. Além disso, a sua valoração está condicionada a determinados constrangimentos que podem afetar tanto a credibilidade quanto a confiabilidade do testemunho.

O estudo, portanto, tem um componente metodológico analítico, na medida em que busca compreender o sentido e a natureza jurídica da confissão secundária, e um componente descritivo, visando mapear o posicionamento jurisprudencial sobre o assunto. O propósito final, contudo, é prescritivo, direcionando os esforços ao aprimoramento do sistema jurídico brasileiro, sobretudo em face dos novos institutos de combate ao crime organizado.

A crença sincera é que o presente texto possa gerar uma reflexão sobre a forma como o sistema de justiça lida com as confissões secundárias e como deveria lidar. Ainda há muitas perguntas em aberto, mas temos aqui um bom ponto de partida.

2 AS CONFISSÕES SECUNDÁRIAS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

O termo confissão secundária não aparece nos precedentes dos tribunais brasileiros, mesmo porque se trata de um conceito recente e ainda não consolidado na linguagem forense. Há, contudo, o uso frequente de expressões correlatas, que descrevem o mesmo

fenômeno. Uma busca com os termos confissão informal, confissão indireta ou confissão extrajudicial, na página jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, indica que há 7.877 decisões monocráticas e 209 acórdãos de casos criminais com menção a esse tipo de prova, até 26 de janeiro de 2022.

Os casos, em geral, envolvem o testemunho do policial que fez a abordagem, conversou com o suspeito e obteve dele, informalmente, a admissão de culpa, desmentida em uma fase posterior da investigação ou do processo judicial.

A repetição de padrões parece retratar um *modus operandi* comumente utilizado pelos órgãos de polícia, em todo o território nacional, no contexto da guerra às drogas (RIGON; JESUS, 2019; SEMER, 2019). Esse *modus operandi* parte de uma suspeita que se materializa em uma abordagem, seguida de uma revista pessoal, em que é encontrada uma determinada quantidade de drogas com o suspeito. A partir daí, a polícia realiza a prisão em flagrante e procede a um interrogatório preliminar em busca de mais informações. Pressionado, o suspeito admite que é traficante ou que é membro de alguma facção e, eventualmente, indica outros locais em que armazena seus produtos. Raramente, essa confissão informal é registrada, gravada ou reduzida a termo. Em juízo, o réu nega ter feito a confissão informal ou admite que confessou por se sentir coagido. Com isso, na instrução processual, tem-se apenas a confissão secundária, derivada da palavra dos policiais que fizeram a abordagem, que é admitida e valorada a depender das idiossincrasias do julgador.

Os pontos de controvérsia, nos debates judiciais sobre esse tema, costumam girar em torno das seguintes questões: (a) a confissão indireta pode ser admitida como prova incriminatória?; (b) em caso positivo, qual o seu valor probatório?; (c) ela é suficiente para, isoladamente,

gerar um juízo condenatório?; (d) caso a confissão indireta seja usada como prova incriminatória, deve ser considerada como atenuante (art. 65, inciso III, *d*, do Código Penal), ainda que não reiterada em juízo?; (e) caso não seja admitida, deve ser tratada como uma prova ilícita capaz de invalidar as provas dela derivadas?

As respostas dos tribunais variam entre os dois extremos do espectro, refletindo vários tipos de ruído, dentro do modelo proposto por Kahneman, Sibony e Sunstein (2021). Por um lado, os juízes mostram diferentes níveis de severidade e rigor na análise da prova (ruído de nível), talvez por compartilharem diferentes pontos de vista a respeito das garantias constitucionais e diferentes atitudes em relação ao papel desempenhado pelos órgãos de segurança pública. Por outro lado, os decisores parecem discordar entre si por terem reações diferentes acerca de quais casos merecem respostas mais duras e quais casos merecem um tratamento mais brando da justiça criminal (ruído de padrão).

Seja como for, é possível identificar decisões que seguem uma linha mais combativa, preocupada com o fim da impunidade e com o combate à criminalidade, e outras decisões que seguem uma linha mais garantista, preocupada com o devido processo e com a limitação do poder punitivo do Estado.

As decisões mais combativas tendem a enfatizar a importância de se confiar na palavra dos policiais, atribuindo-lhe uma força probatória bastante elevada. Para isso, reforçam a ideia de que os policiais são servidores públicos treinados, dotados de fé pública, que colocam suas vidas em risco para proteger a sociedade e que, em tese, atuam de forma imparcial em busca da verdade. Assim, o depoimento do policial em juízo costuma ser tratado como uma espécie de trunfo probatório,

que vale mais do que a palavra do réu e com força suficiente para produzir, até isoladamente, um decreto condenatório[5].

Por sua vez, as decisões mais garantistas tendem a destacar a importância de respeitar os princípios do devido processo, sobretudo os que tratam do direito ao silêncio, da proibição de não autoincriminação, do direito ao advogado e da vedação de uso de provas ilícitas, além de realçarem as falhas do sistema punitivo e os vícios de caráter de muitos agentes estatais que praticam más condutas, até mesmo para forjar evidências, ameaçar testemunhas e extrair confissões coagidas.

Seguindo uma linha mais garantista, o STF, em recente julgado, anulou um decreto condenatório baseado exclusivamente em declarações informais prestadas a policiais no momento da prisão em flagrante (BRASIL, 2021c).

No caso concreto, uma mulher foi presa em flagrante, com alguns papelotes de cocaína, tendo afirmado, na viatura policial, que exercia a traficância. Logo depois, no interrogatório, assistida por advogado, afirmou que era usuária e que os papelotes se destinavam ao seu consumo próprio. O Tribunal de Justiça paulista condenou a ré pelo crime de tráfico de drogas, adotando a palavra dos policiais que fizeram a abordagem como o principal elemento de prova para a classificação do delito.

No STF, a condenação foi anulada com base em vários fundamentos extraídos do voto do Ministro Gilmar Mendes: (a) mesmo que se reconheça a validade dos depoimentos prestados pelos

[5] Nesse sentido: "Depoimentos com confissão extrajudicial corroborados por outros meios de prova, notadamente depoimento dos policiais, com provas produzidas sob o crivo do contraditório e ampla defesa, são aptos a sustentar condenação" (BRASIL, 2018b). "Os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos" (BRASIL, 2020a).

policiais envolvidos na prisão, o que está em jogo não é a palavra dos policiais, mas a forma como foi realizado o "interrogatório informal"; (b) para que tenha valor jurídico, a confissão precisa observar várias formalidades jurídicas: ser espontâneo e não coagido, haver a assistência por advogado, o suspeito tem que ser informado sobre o direito ao silêncio, o depoimento precisa ser reduzido a termo, com assinatura do confessor e do seu defensor etc.; (c) a acusação não poderia se utilizar de declarações obtidas por agentes policiais após a apreensão ou detenção de acusados, sem a demonstração da utilização de procedimentos que evidenciem a proteção contra a autoincriminação; (d) uma suposta confissão firmada pelo réu, no momento da abordagem, sem observação dessas formalidades, é inteiramente imprestável para fins de condenação, invalidando as demais provas obtidas mediante tal interrogatório (BRASIL, 2021c).

Como se vê, o STF, no precedente acima, levou o pêndulo para uma direção oposta, não apenas reconhecendo a inadmissibilidade da confissão secundária, mas tratando-a como prova ilícita capaz de contaminar todos os atos dela derivados[6].

Entre esses dois polos, há decisões que admitem a validade da confissão indireta, atribuindo-lhe, contudo, um valor probatório mais baixo, entendendo que não pode servir como elemento isolado para justificar a condenação[7], mas pode ser utilizada como prova de

[6] Há precedente do STJ de 2002 no mesmo sentido: "A eventual confissão extrajudicial obtida por meio de depoimento informal, sem a observância do disposto no inciso LXIII, do art. 5º, da Constituição Federal, constitui prova obtida por meio ilícito, cuja produção é inadmissível nos termos do inciso LVI, do mencionado preceito" (BRASIL, 2002).

[7] Por exemplo: "A confissão informal, isoladamente, não pode servir de arrimo à condenação, pois, inclusive, por ser tomada 'sem a observância do disposto no inciso LXIII, do art. 5º, da Constituição Federal, constitui prova obtida por meio ilícito, cuja produção é inadmissível nos termos do inciso LVI, do mencionado preceito'" (BRASIL, 2020b).

corroboração[8], ocasião em que gera até mesmo o direito à atenuante da confissão, ainda que tenha havido a retratação em juízo[9].

Não é hora, ainda, de definir a natureza jurídica dessa "confissão informal", nem de julgar quem está certo nesse debate. O objetivo é apenas demonstrar a existência de um sistema judicial ruidoso que ainda não tem respostas uniformes para um problema muito comum. Conforme visto, há uma enorme ambivalência sobre a força probatória da palavra do policial e uma grande dificuldade de definir a validade jurídica de informações extraídas do suspeito em conversas informais.

Para tornar o problema ainda mais complexo, a confissão secundária não se esgota nesse arremedo de interrogatório, em que um suspeito admite, casualmente, a prática do crime a uma autoridade policial. Conforme mencionado, a confissão secundária também pode ser dirigida a companheiros de cela, a informantes da polícia, a cúmplices colaboradores ou a agentes infiltrados. É preciso, portanto, compreender as outras faces da confissão secundária.

3 AS VÁRIAS FACES DAS CONFISSÕES SECUNDÁRIAS

A repressão à macrocriminalidade depende, em grande medida, de informações privilegiadas que o Estado precisa obter de várias fontes. Como forma de expandir a rede de informações, tem-se

8 A título ilustrativo: "A confissão extrajudicial, aliada ao local da apreensão, conhecido como ponto de venda, à posse de rádio transmissor, às inscrições referentes à facção Comando Vermelho nas embalagens das drogas apreendidas, além do depoimento de policiais, confirmados em juízo, podem respaldar a condenação pelo delito de associação para o tráfico" (BRASIL, 2020c).

9 No mesmo sentido: "Confissão feita na fase policial e retratada em juízo. Aplica-se a dita atenuante, pois, *in casu*, o magistrado *a quo* utilizou-se dos elementos nela declinados para pautar a sentença condenatória" (BRASIL, 2009); "A atenuante da confissão espontânea não tem incidência nas hipóteses em que a confissão não concorreu para a condenação do réu" (BRASIL, 2012).

consolidado a prática de conceder incentivos para informantes que aceitam cooperar ou colaborar com a justiça. Esses informantes repassam detalhes relevantes sobre o funcionamento interno das operações criminosas em troca de clemência ou outros benefícios, fornecendo uma fonte de inteligência relativamente barata que alimenta a máquina de repressão, em uma complexa rede de troca de informações (DABNEY; TEWSBURY, 2016). Em alguns casos, agentes infiltrados também são admitidos e usados pelos órgãos de investigação (FITZGERALD, 2014). Há, ainda, a possibilidade de recrutar presos para reunirem secretamente informações incriminatórias contra réus na prisão, recebendo em troca diversas benesses, como redução de pena e tratamento privilegiado no presídio (SCHWARTZAPFEL, 2018).

Nos Estados Unidos, esses métodos são utilizados há décadas. Por isso, vale a pena conhecer alguns posicionamentos da Suprema Corte daquele país sobre a juridicidade de algumas estratégias investigativas que produziram confissões secundárias. Conforme se verá, há muitos *insights* relevantes que, com o devido cuidado, podem inspirar o aprimoramento do modelo brasileiro.

Um dos primeiros precedentes sobre a matéria é o caso Massiah *v.* United States (UNITED STATES, 1964). Na ocasião, a Suprema Corte decidiu que declarações incriminatórias a um corréu que se tornou colaborador da polícia, após o início de um processo criminal, sem a presença de um advogado, não é válida como prova.

No caso concreto, Winston Massiah havia sido denunciado pelo crime de tráfico de drogas e respondia ao processo em liberdade. Um corréu, depois de decidir cooperar com o governo, convidou Massiah para entrar em seu carro a fim de conversarem sobre o crime. Durante a conversa, Massiah fez várias declarações incriminatórias. Um agente

do governo ouviu a conversa por um radiotransmissor e testemunhou contra Massiah no julgamento.

Na Suprema Corte, o debate girou em torno de dois pontos: (1) as declarações incriminatórias de um réu feitas sem a presença de um advogado, após o início de um processo criminal, são admissíveis como prova?; (2) um agente do governo pode testemunhar sobre as declarações incriminatórias do réu ouvidas por meio de um informante com um dispositivo de gravação eletrônica, sem o conhecimento do réu, quando o informante não depõe no julgamento?

As respostas foram negativas para as duas perguntas. A Suprema Corte considerou que declarações incriminatórias, após a acusação, sem a presença de advogado, violam o devido processo e não podem ser usadas como prova, nem mesmo por meio de testemunho do agente do governo que ouviu indiretamente a conversa. A fórmula relevante que passou a orientar os casos futuros é a ideia de *deliberate elicitation* (obtenção deliberada): qualquer tentativa de obter deliberada e intencionalmente informações incriminatórias do réu, com a ação criminal iniciada, deve ser realizada na presença de advogado, sob pena de nulidade (UNITED STATES, 1964, tradução nossa)[10].

Três anos depois, foi decidido o famoso caso Miranda *v.* Arizona (UNITED STATES, 1966a) que, apesar de ser um exemplo de confissão primária, firmou as balizas formais de admissibilidade da autoincriminação. O caso representa, na verdade, a reunião de quatro

[10] A fórmula Massiah aplica-se apenas quando o papel do governo muda de investigação para acusação. Assim, na fase de investigação, em que ainda não há um juízo de suspeita sobre um indivíduo, a polícia pode fazer sondagens preliminares para obter informações, sem necessariamente mencionar o direito ao advogado (UNITED STATES, 1972b). Além disso, em Texas *v.* Cobb, a Suprema Corte esclareceu que o direito a um advogado se aplicava apenas ao crime acusado e não se aplicava a tentativas de coletar informações sobre "outros crimes 'intimamente relacionados factualmente' ao crime acusado" (UNITED STATES, 2001, tradução nossa).

processos que tinham em comum o fato de haver um réu que havia confessado a prática de um crime, durante o interrogatório, sem ser informado de seus direitos da Quinta Emenda[11]. A decisão da Suprema Corte foi no sentido de que a Quinta Emenda exige que os agentes públicos informem os suspeitos sobre o seu direito de permanecer em silêncio e de obter um advogado, durante o interrogatório, enquanto estiverem sob custódia policial. Assim, para que a garantia seja respeitada, o réu deve ser advertido antes de ser questionado que ele tem o direito de permanecer em silêncio e que qualquer coisa que ele disser pode ser usada contra ele em um tribunal. Exigiu-se, ainda, que o réu seja informado de que tem direito a um advogado e, se não puder pagar um advogado, um deveria ser nomeado para ele antes de qualquer interrogatório, se assim o desejasse. Depois que esses avisos forem dados, o réu poderia renunciar consciente e inteligentemente a esses direitos e concordar em responder a perguntas. A evidência obtida como resultado do interrogatório não deveria ser usada contra um réu no julgamento, a menos que a acusação demonstre que as advertências foram dadas, e conscientemente e inteligentemente renunciadas (UNITED STATES, 1966a).

Em Hoffa *v.* United States (UNITED STATES, 1966b), a Suprema Corte reconheceu como válidas as conversas incriminatórias, produzidas por um informante pago pelo governo, mesmo sem mandado judicial, desde que, no momento da obtenção das provas, não houvesse acusação formal contra o suspeito.

No caso, o líder sindicalista James Hoffa respondia a um processo criminal por desvios de fundos sindicais. O processo chegou a um impasse, porque os jurados ficaram divididos, tendo sido designado um

[11] Na parte relevante, a Quinta Emenda estabelece que "nenhuma pessoa será obrigada em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesmo, nem ser privada da vida, da liberdade ou da propriedade, sem o devido processo legal".

novo julgamento. Durante os preparativos para o segundo julgamento, Hoffa ocupou uma suíte em um hotel em Nashville, onde fazia as reuniões com o seu círculo mais íntimo de amigos e advogados. Um desses amigos era Edward Partin, que participou de várias reuniões no quarto de Hoffa. Nessa ocasião, Partin era informante da polícia e escrevia relatórios frequentes a um agente federal. Em alguns desses relatórios, Partin revelou que Hoffa estava subornando os jurados.

Hoffa foi então acusado e condenado por obstrução de justiça, por haver subornado os jurados do primeiro julgamento. O testemunho de Partin, relatando as conversas que manteve com Hoffa, foi decisivo para a condenação. Hoffa alegou que seus direitos fundamentais foram violados e recorreu para a Suprema Corte.

A Suprema Corte rejeitou a alegação de Hoffa, entendendo que as provas seriam válidas, pois as conversas de Hoffa com seu colega foram inteiramente voluntárias e não induzidas. Afinal, Partin não teria entrado na suíte à força ou furtivamente. "Ele não era um bisbilhoteiro sub-reptício. Partin estava na suíte por convite, e todas as conversas que ouvia eram dirigidas a ele ou conscientemente conduzidas em sua presença". Além disso, as conversas de Hoffa com Partin teriam sido totalmente voluntárias, sem qualquer tipo de induzimento para extrair declarações incriminatórias. Assim, não havia necessidade de mandado judicial prévio nem do aviso Miranda. Do mesmo modo, não houve violação ao precedente Massiah, porque as declarações incriminatórias ouvidas por Partin se relacionavam a um crime distinto daquele que estava sendo discutido na ação penal que já havia iniciado. O que estava em jogo era a tentativa de suborno de jurados, e não o desvio de fundos sindicais. Em conclusão, decidiu a Suprema Corte que a utilização de um informante secreto não é, *per se*, inconstitucional, estando a veracidade e a valoração do testemunho sujeita ao *cross-examination* e às instruções ao júri (UNITED STATES, 1966b).

No caso Giglio *v.* United States (1972), a Suprema Corte decidiu que a acusação tem o dever de informar os termos do acordo feito com uma testemunha colaboradora que recebeu incentivos para depor. Para a Suprema Corte, a existência do acordo é relevante para aferir a credibilidade da testemunha. Assim, não divulgar essa informação representa uma supressão de evidências favoráveis ao réu e, portanto, uma violação ao devido processo (UNITED STATES, 1972a).

No caso United States *v.* Henry (1980), a Suprema Corte decidiu que as declarações feitas a um colega preso, que tinha um acordo pré-estabelecido com um agente do governo para atuar como informante pago, eram inadmissíveis, especialmente porque o réu estava sob custódia e respondendo ao processo criminal na época em que as declarações foram extraídas. No caso concreto, Henry estava na prisão aguardando julgamento pelo crime de assalto à mão armada a um banco. No mesmo bloco de celas, havia um preso que era informante da polícia e foi instruído a ficar atento a quaisquer declarações feitas pelos presos. Ao ser solto, o informante relatou a um agente do governo, mediante pagamento, várias conversas que manteve com Henry, inclusive envolvendo declarações incriminatórias sobre o roubo. Henry foi julgado e condenado com base no testemunho do informante, mas a sentença foi anulada. A Suprema Corte entendeu que as declarações do réu ao informante da polícia não deveriam ter sido admitidas no julgamento, porque o governo criou intencionalmente uma situação suscetível de induzir o réu a fazer declarações incriminatórias sem a assistência de um advogado, violando assim as garantias processuais. Reafirmou-se o precedente Massiah, assinalando que, uma vez que o réu não tinha conhecimento que o informante estava agindo em nome do governo, mediante pagamento, e as declarações foram "deliberadamente extraídas", de acordo com as instruções dadas pelo governo, não havia como considerar que houve a renúncia ao seu direito à assistência de um advogado (UNITED STATES, 1980).

Por outro lado, em Kulhmann *v.* Wilson (UNITED STATES, 1986), a Suprema Corte admitiu a possibilidade do testemunho de informantes presos, desde que o informante não faça qualquer esforço para estimular conversas sobre o crime com o acusado. No caso, Joseph Wilson foi preso por suspeita de ter praticado um latrocínio e foi colocado na mesma cela que Benny Lee, que era um informante da polícia – instruído a apenas ouvir o seu colega de cela com o objetivo de coletar informações sobre o crime –, mas sem formular qualquer pergunta que pudesse induzir a uma confissão. De modo espontâneo, sem saber que seu colega de cela era um informante da polícia, Wilson proferiu declarações incriminatórias, assumindo a autoria do crime, que foram usadas contra ele no julgamento mediante o testemunho de Benny Lee.

No debate sobre a validade dessa modalidade de prova, a Suprema Corte entendeu que os direitos de Wilson não foram violados porque a testemunha apenas ouviu o colega de cela, sem tomar nenhuma ação projetada deliberadamente para obter comentários incriminatórios. Segundo a Corte, a preocupação primária dos precedentes Massiah e Henry é evitar o uso de técnicas investigativas que são equivalentes ao interrogatório policial direto. Assim, nos contextos em que o governo, de forma direta ou por meio de informantes, busca deliberadamente extrair informações de um suspeito, há explícita necessidade de enunciar os avisos de Miranda (*Miranda warnings*), sob pena de nulidade. Porém, se a autoincriminação ocorre de modo espontâneo, sem qualquer solicitação ou iniciativa do informante, que apenas escuta sem estimular a fala, não haveria como invalidar o seu testemunho. Desse modo, nem sempre há violação da Sexta Emenda quando o Estado obtém declarações incriminatórias do acusado por meio de informantes, seja mediante acordo prévio ou voluntariamente. A prova somente será ilícita se o réu demonstrar que a polícia e seu informante tomaram alguma ação, além de apenas ouvir, que foi projetada

deliberadamente para provocar comentários incriminatórios (UNITED STATES, 1986).

No caso Illinois *v.* Perkins (UNITED STATES, 1990), a Suprema Corte analisou a validade da prova obtida por um agente infiltrado dentro do presídio. O caso envolvia o julgamento de Lloyd Perkins, que era suspeito de ter cometido um assassinato em 1984, em Illinois. Aproveitando que Perkins estava preso por outro motivo não correlacionado ao assassinato, a polícia colocou um informante e um agente infiltrando na mesma cela. Eles começaram a falar sobre escapar da prisão e depois direcionaram a conversa para saber se Perkins já havia matado alguém. Perkins falou sobre o assassinato que cometeu, fornecendo diversos detalhes incriminatórios. O agente disfarçado em nenhum momento se identificou como policial, nem alertou sobre as salvaguardas de Miranda durante a conversa, o que é bem típico nessa modalidade de investigação, até por motivo de segurança.

Perkins foi então processado com base nas informações obtidas pelo informante e pelo agente infiltrado. Antes do julgamento, Perkins fez uma moção para suprimir suas declarações incriminatórias na prisão, argumentando que não foram respeitados os direitos de Miranda. A moção foi acolhida, mas revertida na Suprema Corte. Em sua decisão, a Suprema Corte considerou que agentes policiais disfarçados não precisam enunciar o aviso Miranda ao falar com suspeitos dentro do ambiente prisional. Para o tribunal, as conversas entre presos, ainda que um deles seja um agente disfarçado, não são feitas em uma "atmosfera dominada pela polícia". Desse modo, a coerção potencial de declarações autoincriminatórias deve ser avaliada do ponto de vista do suspeito, e se ele não sabe que está falando com a polícia, não está sob a pressão coercitiva de um interrogatório normal (UNITED STATES, 1990).

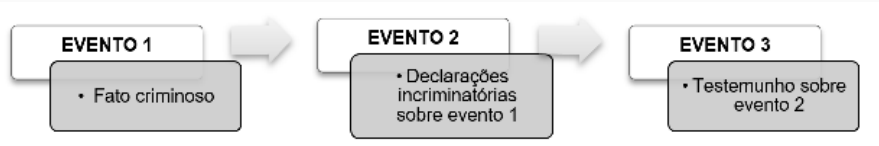
Por outro lado, no caso Arizona *v.* Fulminante (UNITED STATES, 1991), a Suprema Corte decidiu que uma confissão dada a um companheiro de cela, mesmo de modo espontâneo, pode configurar uma confissão coagida, a depender dos motivos que levaram o suspeito a assumir a autoria do crime. O caso concreto é bem peculiar. O acusado, Oreste Fulminante, era suspeito de ter matado a sua enteada de 11 anos, mas não havia provas contra ele. Alguns meses após a morte da criança, Fulminante foi preso por porte ilegal de arma de fogo. Na prisão, espalharam-se rumores de que Fulminante matara a criança e, por isso, ele se viu ameaçado. Seu colega de cela, Anthony Sarivola, disse que tinha conexões com o crime organizado e prometeu-lhe proteção, desde que ele falasse a verdade. Fulminante confessou-lhe o crime, dizendo até mesmo onde havia escondido a arma do crime. O detalhe é que Sarivola era informante confidencial do Federal Bureau of Investigation – FBI (Departamento de Investigação Federal), tendo testemunhado em juízo no processo criminal movido contra Fulminante.

A Suprema Corte concluiu que a confissão informal dada por Fulminante a Sarivola seria inválida, porque o medo da violência física e a promessa de proteção de seu companheiro de cela teriam o motivado a confessar. Assim, levando em conta a totalidade das circunstâncias, não havia como reconhecer a voluntariedade da confissão, pois a confissão foi fruto da promessa de proteção de Sarivola (UNITED STATES, 1991).

4 A NATUREZA JURÍDICA DAS CONFISSÕES SECUNDÁRIAS

Os precedentes acima demonstram que as confissões secundárias têm muitas roupagens, com muitas variações entre si. O que há, em comum, em todas elas, é a existência de três eventos sucessivos que se relacionam entre si:

Figura 1 – Organograma Confissões Secundárias



Fonte: Elaboração própria

Um erro comum é pensar que as confissões secundárias são as próprias declarações incriminatórias do evento 2. Na verdade, essas declarações incriminatórias são relatos em primeira pessoa. É uma conversa em que o suspeito assume a autoria de um delito ou pelo menos enuncia frases comprometedoras. Se houver um registro dessa conversa, por meio de uma gravação, por exemplo, o seu conteúdo deve ser tratado como uma prova direta de autoria, respeitando-se os requisitos de admissibilidade e os critérios de valoração específicos da gravação.

O que chamamos de confissão secundária é o evento 3, ou seja, é o relato de uma pessoa que presenciou o evento 2. Aqui, há de se pressupor que as declarações incriminatórias (evento 2) foram proferidas informalmente, sem registro, de modo que o único meio de provar sua existência é o testemunho de alguém que estava presente no evento 2. Se o próprio suspeito admitir que a conversa ocorreu, ainda assim essa admissão é prova do evento 2, que pode ou não ter repercussão na comprovação do evento 1, a depender do contexto[12].

[12] Por exemplo, é possível que um suspeito diga: "De fato, eu conversei com o Fulano e falei que pratiquei o delito. Mas só falei de brincadeira. Eu nem estava no local do crime". Ou então: "Quando fui preso, fiquei com medo e disse o que os policiais queriam ouvir. Mas, na verdade, sou inocente". Nesses casos, o depoimento do suspeito (evento 3) está confirmando a existência de declarações (evento 2), mas negando a autoria do crime (evento 1).

A confissão secundária é um relato que se baseia na palavra e na memória de quem participou do evento 2. Desse modo, nem toda prova produzida por delatores e agentes infiltrados será uma confissão secundária. Se um delator troca mensagens de texto com o suspeito em que este se autoincrimina, a prova daí decorrente não é uma confissão secundária, pois não depende de um testemunho atestando a sua existência, mas uma prova digital do evento 2, que será avaliada de acordo com os pressupostos próprios desse tipo de prova. Do mesmo modo, se o suspeito assinar um termo de confissão e depois se retratar em juízo, esse documento não é uma confissão secundária, mas uma prova documental de uma confissão primária que pode ou não ser admitida, a depender de um juízo sobre a transmissibilidade probatória dos atos de investigação[13].

Compreendido o quadro acima, é possível perceber que a confissão secundária não é propriamente uma confissão, mas o testemunho de um evento em que o suspeito proferiu declarações incriminatórias.

Apesar de ser uma prova testemunhal, ela tem a pretensão de ser o equivalente funcional de uma confissão. O seu objetivo é reforçar a comprovação de autoria, usando palavras atribuídas ao suspeito para vinculá-lo ao crime. Porém, essa semelhança entre a confissão secundária e a confissão primária é enganadora e precisa ser bem delimitada para evitar confusões.

[13] Como explica Damasceno, a investigação tem por objetivo buscar "vestígios" do fato criminoso, que são marcas do passado que podem possibilitar a reconstrução do crime no presente. Quando o vestígio é baseado na percepção de uma pessoa, as declarações que ela prestar acerca do fato, em um interrogatório, serão documentadas e se tornarão uma prova documental de suas memórias. O autor defende a transmissibilidade para o processo judicial dessas provas documentais, formalizadas na investigação a partir da coleta de depoimentos pela polícia (em texto, áudio ou vídeo), desde que observadas algumas condições, como a impossibilidade de comparecimento da testemunha em juízo ou como "prova de confronto", caso haja indícios de que a testemunha esteja mentindo em juízo (DAMASCENO, 2021).

A confissão primária, obtida validamente, de modo voluntário e espontâneo, com respeito às garantias do acusado, é um relato pretensamente completo, elaborado por meio de um interrogatório conduzido para esclarecer os fatos, sendo registrado e assinado pelo suspeito. Quem confessa nessas condições tem consciência, pelo menos potencial, de que seu ato terá consequências relevantes, podendo levar à privação de liberdade. Daí a importância de o acusado ter conhecimento do seu direito ao silêncio, do seu direito de não produzir provas contra si mesmo e do seu direito a ser assistido por um advogado.

A confissão secundária, por sua vez, é produzida em um ambiente de informalidade, em um contexto bem diferente da confissão oficial. O confessor não imagina que o conteúdo será divulgado, muito menos usado contra si. Os motivos da fala não estão relacionados ao esclarecimento do que ocorreu. Geralmente, envolvem um desejo de aumentar o *status* perante o grupo criminoso, a vontade de criar um laço de confiança com o interlocutor, o interesse de mostrar arrependimento, a preocupação em interromper uma abordagem intimidatória, o intuito de proteger outra pessoa ou até mesmo de animar uma conversa com fanfarronices.

Como não costuma ser registrada, a própria existência da confissão secundária pode ser objeto de discussão. E a solução para esse impasse dependerá de um julgamento em que a palavra do suspeito e a palavra do seu interlocutor serão colocadas em uma balança para saber quem está dizendo a verdade.

Mesmo que a conversa tenha ocorrido, pode haver disputa sobre o seu real conteúdo e significado. O diálogo em que as declarações foram proferidas é um recorte de uma conversa mais ampla. As circunstâncias completas da conversa raramente vêm à tona. O que se apresenta é um trecho parcial e fragmentado de palavras pronunciadas

pelo suspeito e interpretadas pelas lentes do interlocutor, que nem sempre é capaz de captar corretamente o sentido da mensagem[14]. Com frequência, as declarações são repletas de inconsistências, de lacunas e de informações falsas, típicas de uma fala que não foi orientada pela busca da verdade.

Por isso, a confissão secundária não tem a natureza jurídica de confissão[15]. Ela é apenas uma prova testemunhal, sujeita a requisitos específicos de admissibilidade e de valoração, dependentes do contexto em que as declarações incriminatórias foram obtidas e das circunstâncias em que são apresentadas em juízo.

5 ADMISSIBILIDADE DAS CONFISSÕES SECUNDÁRIAS

Depois de mapear as principais facetas das confissões secundárias e de compreender a sua natureza como prova testemunhal, resta verificar a sua admissibilidade à luz do sistema processual brasileiro.

De início, seria tentador afirmar que, por ser uma prova testemunhal, a confissão secundária é admitida no Direito brasileiro e, portanto, deve ser sempre tratada como uma prova válida, ainda que de baixa qualidade.

[14] Como disse Lord Macaulay: "Palavras podem facilmente ser mal interpretadas por um homem honesto. E podem ser facilmente distorcidas por um patife. O que foi falado metaforicamente pode ser compreendido literalmente. O que foi falado de pilhéria pode ser compreendido com seriedade. Um particípio, um tempo verbal, uma ironia, uma ênfase podem fazer toda a diferença entre culpa e inocência" (MACAULAY, 1979, p. 366, tradução nossa).

[15] Não se quer dizer, com isso, que a confissão secundária, caso admitida, não possa ser usada como atenuante. Afinal, se ela é incorporada ao acervo probatório para reforçar o juízo condenatório, sendo tratada como uma "confissão informal" pelos órgãos estatais, então é mais do que razoável aceitar o seu efeito mitigador.

Não é tão simples. Como vimos, a confissão secundária não é um testemunho sobre o fato criminoso, mas um testemunho sobre declarações incriminatórias relacionadas ao fato criminoso. A sua validade depende de como essas declarações incriminatórias foram obtidas. Voltando ao diagrama exposto anteriormente, se o evento 2 for inválido, também será inválido o evento 3, que dele é derivado.

Nesse ponto, há várias perguntas que devem ser feitas para aferir a licitude da prova: (a) houve a participação de agentes estatais?; (b) as declarações foram espontâneas?; (c) havia necessidade do aviso Miranda? Em caso afirmativo, foram respeitados esses requisitos?

Para começar, é preciso diferenciar duas formas de extrair declarações incriminatórias de um suspeito: (1) sem a participação do Estado e (2) com a participação do Estado.

Quando um suspeito admite espontaneamente que cometeu um crime para um colega, um parente ou um companheiro de cela – sem que tenha havido qualquer envolvimento de agentes estatais –, o testemunho do interlocutor, relatando o conteúdo da conversa, pode ser considerado, em princípio, uma prova válida[16].

A principal dúvida quanto à validade dessa modalidade de testemunho é que ela se aproxima da evidência "por ouvir dizer"

[16] Nesse sentido, em um processo de homicídio qualificado tentado, cuja prova principal era o depoimento do irmão do réu que "teria presenciado a confissão", o STJ validou sentença de pronúncia, assinalando: "Em relação ao depoimento judicial, na espécie, não se trata de alguém que repete a *vox publica*, isto é, não se trata de testemunha que sabe através de alguém, por ter ouvido alguém narrando ou contando o fato. Do contrário, conforme consignado pelo Juiz Sumariante, a 'versão do irmão do réu, que teria presenciado a confissão, gera indício de autoria que deverá ser melhor analisada em Plenário'. Não há como considerar imprestável em termos de valoração o depoimento de testemunha, corroborado pela confissão extrajudicial, afirmando que 'o réu (que é seu irmão) lhe confessou que 'foi lá e fez', ou seja, que desferiu as facadas [na vítima]". (BRASIL, 2021b).

(*hearsay evidence*). A evidência "por ouvir dizer" é o testemunho sobre uma declaração extrajudicial oferecida para provar a veracidade de um fato. Em princípio, esse tipo de prova testemunhal não é admitido nos sistemas probatórios contemporâneos[17].

Porém as confissões secundárias são excluídas da vedação de *hearsay evidence* porque há um entendimento de que as palavras de quem é parte no processo, ainda que proferidas extrajudicialmente, podem ser levadas a juízo e usadas contra ela, sem que isso implique violação do devido processo[18]. Assim, como a confissão secundária envolve uma declaração atribuída ao próprio suspeito, a pessoa que presenciou a fala pode testemunhar em juízo, incidindo uma das exceções ao testemunho "por ouvir dizer" (NEUSCHATZ, 2022).

Desse modo, o testemunho de um particular que ouviu declarações incriminatórias de um suspeito pode ser admitido. Não havendo participação do Estado na conversa comprometedora, o diálogo se situa na zona de livre manifestação, não sendo necessárias maiores formalidades para que a testemunha deponha em juízo. Como decidiu a Suprema Corte dos EUA, "nenhum direito fundamental protege a crença equivocada de um criminoso de que uma pessoa a quem ele voluntariamente confia a sua palavra não a revelará posteriormente" (UNITED STATES, 1966b, tradução nossa)[19].

[17] Por exemplo: "Muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia baseada, exclusivamente, em testemunho indireto (por ouvir dizer) como prova idônea, de *per si*, para submeter alguém a julgamento pelo Tribunal Popular" (BRASIL, 2017a).

[18] Nos EUA, essa exceção é conhecida como "*party-opponent exception*" e está prevista na Regra 801, *d*, 2, *a*, da *Federal Rules of Evidence*, de 1975 (UNITED STATES, 1975), que, explicitamente, estabelece que não se aplica a proibição da evidência por ouvir dizer em relação a "uma declaração de uma parte opositora".

[19] "O risco de ser ouvido por um bisbilhoteiro ou traído por um informante ou enganado quanto à identidade de alguém com quem se lida é provavelmente inerente às condições da sociedade humana. É o tipo de risco que assumimos sempre que falamos" (UNITED STATES, 1963, tradução nossa).

O debate muda de figura quando o Estado participa, direta ou indiretamente, da extração de declarações incriminatórias. É que, a partir do instante em que o Estado começa a investigar um indivíduo, automaticamente incidem algumas salvaguardas que protegem o cidadão contra a interferência arbitrária na sua liberdade. Ou seja, saímos do campo da autonomia privada para o campo de limitação do poder.

O Estado tem a prerrogativa de investigar os crimes em sua jurisdição. Para isso, pode fazer perguntas para qualquer indivíduo. Nada impede que um investigador converse informalmente com testemunhas em potencial que possam ajudar a esclarecer os fatos. Ocorre que a investigação, por sua própria natureza, é uma atividade dirigida para o desconhecido/incerto. Logo, é muito difícil precisar antecipadamente o que vai ser dito (DAMASCENO, 2021). É possível que, nessa coleta preliminar de informações, eventuais declarações incriminatórias sejam ditas espontaneamente. Se tais declarações foram, de fato, livremente expressadas, podem ser usadas em juízo.

Do mesmo modo, os indivíduos são livres para se apresentarem para uma autoridade estatal e falar sobre fatos criminosos. Se um suspeito vai até a delegacia por conta própria e diz "eu cometi um crime", não há ilicitude em utilizar a referida informação. A rigor, o único requisito para que essas declarações sejam admitidas em juízo, inclusive por meio de testemunhas que a presenciaram, é a voluntariedade.

Uma declaração voluntária é o produto de um intelecto racional e de um livre-arbítrio, pronunciada de modo consciente e sem coação. Tudo o que for dito nessas condições é presumivelmente válido como prova. Porém, declarações obtidas por meio de intimidação física ou de pressão psicológica são presumivelmente inválidas. Do mesmo modo, declarações proferidas em um contexto de esgotamento físico

e mental, ou de intoxicação, ou estimuladas por falsas promessas ou ameaças, ou por informações inverídicas, não devem ser consideradas como voluntárias. Equivalem, para todos os efeitos, a uma prova obtida sob tortura, violando o devido processo porque são inerentemente não confiáveis, não credíveis, fundamentalmente injustas e não respeitam os direitos de autonomia de uma pessoa fazer escolhas livres e racionais (FERDICO; FRADELLA; TOTTEN, 2009).

Além da voluntariedade, o grau de proteção do indivíduo aumenta quando as declarações são proferidas nos interrogatórios com a custódia do Estado. Nessa situação, as declarações do custodiado somente serão admitidas se a pessoa tiver plena consciência dos seus direitos e das consequências da sua fala.

Essa é a razão do aviso Miranda, desenvolvido pela Suprema Corte dos Estados Unidos e que se tornou uma medida profilática contra o abuso policial em vários países. O pressuposto é que, sem as devidas salvaguardas, os interrogatórios com custódia (*custodial interrogations*), por sua própria natureza, geram pressões persuasivas capazes de minar a capacidade de resistência do indivíduo e obrigá-lo a falar onde ele não o faria livremente (UNITED STATES, 1966a).

Daí porque o interrogador, antes de extrair quaisquer informações comprometedoras do suspeito, deve avisá-lo de todos os seus direitos, inclusive de seu direito ao silêncio, do seu direito a um defensor e do direito de não se autoincriminar. Qualquer declaração incriminatória, proferida em interrogatório com custódia, sem que essas salvaguardas sejam anunciadas e compreendidas, é inadmissível como prova.

O que vai definir se um interrogatório é com custódia ou sem custódia é a condição de submissão do interrogando perante a autoridade. Sempre que o interrogando estiver, de algum modo, com a sua liberdade de ação comprometida, o interrogatório deverá ser

considerado com custódia. O critério básico consiste em verificar se uma pessoa razoável que esteja na mesma posição do suspeito se sentiria livre para interromper a conversa e sair sem medo daquela situação. Em caso afirmativo, não há custódia. Em caso negativo, há custódia[20].

O *modus operandi* da polícia brasileira de obter confissões informais após a abordagem policial, e sem qualquer salvaguarda, pode ser considerado um exemplo de violação do devido processo. O STF tem gradativamente reconhecido que o aviso Miranda também deve ser aplicado ao contexto brasileiro, reconhecendo que o dever do Estado "de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito" (BRASIL, 2021c)[21].

[20] Todas as circunstâncias que cercam o ato devem ser levadas em conta para avaliar se uma pessoa razoável se sentiria livre para interromper o interrogatório, por exemplo: 1. O local do encontro, se era familiar ao suspeito, ou pelo menos neutro ou público, sendo de se pressupor, em linha de princípio, que os interrogatórios em órgãos policiais, em viaturas ou em salas isoladas são custodiados; 2. O número de policiais formulando questões ao suspeito, sendo de se presumir que qualquer interrogatório com mais de três policiais tem uma alta probabilidade de ser sob custódia, dado o maior poder de controle e de intimidação; 3. O grau de constrangimento ou de força usada para deter fisicamente o suspeito; 4. A duração e o estilo do interrogatório, incluindo o grau de coação psicológica usado e o tipo de pergunta formulada; 5. Os termos usados para intimar ou chamar o suspeito; 6. A ocorrência de confrontação, em que o sujeito é informado de forma direta que a polícia o considera como suspeito; 7. Se o suspeito teve a iniciativa de entrar em contato com a polícia ou se a iniciativa foi da própria polícia (FERDICO; FRADELLA; TOTTEN, c2009).

[21] No mesmo sentido: "Há a violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação, [...], com a realização de interrogatório forçado, travestido de 'entrevista', formalmente documentado durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão, no qual não se oportunizou ao sujeito da diligência o direito à prévia consulta a seu advogado e nem se certificou, no referido auto, o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo, nos termos da legislação e dos precedentes transcritos 4. A realização de interrogatório em ambiente intimidatório representa uma diminuição da garantia contra a autoincriminação. O fato de o interrogado responder a determinadas perguntas não significa que ele abriu mão do seu direito [...]. Precedentes dos casos Miranda *v.* Arizona e Mapp *v.* Ohio, julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Necessidade de consolidação de uma jurisprudência brasileira em favor das pessoas investigadas" (BRASIL, 2019b).

Faz todo sentido considerar como ilícita a "confissão informal" obtida a partir de um interrogatório de uma pessoa presa que não foi alertada sobre os seus direitos, pois há um claro déficit de autonomia numa entrevista realizada nesse contexto de intimidação. A pessoa abordada pela polícia irá dizer tudo o que for possível para evitar o uso de violência contra si e, por isso, tenderá a assumir a autoria de qualquer delito se isso puder interromper o tratamento hostil. Também faz todo sentido reconhecer a ilicitude, por derivação, das provas que foram colhidas a partir dessa entrevista para dissuadir atividades abusivas. Admitir uma prova derivada de abuso irá, na prática, estimular ainda mais abuso.

Portanto, se for confirmada a natureza custodial do interrogatório, o aviso Miranda é condição de validade do ato, mesmo que as declarações incriminatórias pareçam voluntárias. Se o acusado invocar o seu direito ao silêncio ou solicitar a assistência de um advogado, o interrogatório deve ser encerrado. Por outro lado, se o suspeito é avisado de seus direitos e ainda assim confessa, as suas declarações podem ser admitidas se for comprovado (1) que o suspeito renunciou aos direitos voluntariamente, ainda que de forma oral e (2) que o suspeito tinha plena consciência do direito renunciado e das consequências daí decorrentes (UNITED STATES, 1987).

Mesmo nessas condições, o requisito da voluntariedade das declarações ainda deve ser observado. Por exemplo, uma confissão obtida mediante coação física ou psicológica, com ameaças veladas ou explícitas, com privação de comida e de sono ou em confinamento prolongado etc., continuará sendo inválida, ainda que tenha sido observado o aviso Miranda[22].

[22] Por outro lado, a mera presença de promessas de redução de pena, de encorajamento para cooperar ou de apelo a crenças religiosas não são consideradas táticas coercitivas ao ponto de desnaturar a voluntariedade da confissão (FERDICO; FRADELLA; TOTTEN, 2009).

Vale ressaltar que o dever de pronunciar o Aviso de Miranda antes de um interrogatório somente se aplica quando o suspeito sabe que está falando com agentes estatais. Conversas entre suspeitos e agentes disfarçados ou infiltrados não estão sujeitas ao Aviso de Miranda, porque os suspeitos não podem alegar, de forma razoável, que uma conversa nesse contexto foi pronunciada sob coação[23]. Ressalte-se, contudo, que, no modelo brasileiro, a admissibilidade da referida prova está submetida à reserva de jurisdição, dependendo de autorização judicial prévia[24]. Além disso, pela regulamentação do instituto no Brasil, o agente infiltrado precisa necessariamente ser agente de polícia, não podendo haver o uso de informantes privados realizando um papel equivalente ao do agente infiltrado/disfarçado.

Em relação a declarações incriminatórias fornecidas a colaboradores, há algumas variáveis a serem levadas em conta. No modelo norte-americano, se as declarações foram voluntárias e pronunciadas antes do acordo com a polícia, em princípio, a prova é admissível, ainda que de baixa qualidade. Por outro lado, se as

[23] Eis o argumento completo: "Um policial disfarçado que se apresenta como um companheiro de prisão não precisa dar Aviso de Miranda a um suspeito encarcerado antes de fazer perguntas que possam provocar uma resposta incriminadora. A doutrina Miranda deve ser aplicada de forma estrita, mas apenas em situações em que as preocupações subjacentes a essa decisão estejam presentes. Essas preocupações não estão implicadas aqui, pois faltam os ingredientes essenciais de uma 'atmosfera dominada pela polícia' e um contexto que leve a uma confissão compulsória. É premissa de Miranda que o perigo de coação decorre da interação da custódia e do interrogatório oficial, pelo qual o suspeito pode se sentir compelido a falar pelo medo de represálias por permanecer calado ou na esperança de um tratamento mais brando caso confesse. Essa atmosfera coercitiva não está presente quando uma pessoa encarcerada fala livremente com alguém que acredita ser um colega de prisão e que supõe não ser um oficial com poder oficial sobre ele. Em tais circunstâncias, Miranda não proíbe mero engano estratégico, aproveitando-se de uma confiança equivocada de um suspeito" (UNITED STATES, 1990, tradução nossa).

[24] "Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites" (BRASIL, 2013).

declarações foram pronunciadas sob a orientação da polícia, isso torna o informante um agente do governo, de modo que a confissão secundária somente será admissível se: (1) for voluntária, ou seja, sem qualquer tipo de coação ou ameaça, direta ou indireta; (2) não houver qualquer ação ou estímulo positivo, além da escuta, projetada deliberadamente para induzir comentários incriminatórios (UNITED STATES, 1986). Em outras palavras, colaboradores orientados pelo Estado não podem formular perguntas para induzir o suspeito a se autoincriminar, pois isso equivaleria a burlar as salvaguardas do devido processo. No Brasil, contudo, é bastante questionável a possibilidade de valoração de uma confissão secundária testemunhada por um colaborador, por razões que serão explicadas mais à frente.

Outro ponto importante é que a declaração incriminatória também será inadmissível depois da formalização da acusação se não for dada oportunidade ao réu de consultar um advogado. Ou seja, em relação aos fatos denunciados, nenhum interrogatório será admissível na ausência de advogado. Portanto, em princípio, não há sentido em admitir a confissão secundária produzida após a acusação, pelo menos em relação aos fatos que foram objeto da denúncia (UNITED STATES, 1966b).

Em síntese, para aferir a validade (admissibilidade) da confissão secundária, é fundamental saber: (1) se não houve quebra da voluntariedade na extração das declarações; (2) se havia uma atmosfera de controle policial, ocasião em que devem ser observadas as salvaguardas do Aviso de Miranda; (3) se houve a devida renúncia dessas salvaguardas. Somente se essas condições forem respeitadas é que se poderá admitir um testemunho relatando a possível existência de uma conversa em que o suspeito forneceu informações comprometedoras.

6 VALORAÇÃO DAS CONFISSÕES SECUNDÁRIAS

Em geral, um interrogatório produz uma prova documental de confissões primárias, com o registro do ato assinado pelo suspeito, atestando que são suas aquelas declarações. A gravação do interrogatório também produz o mesmo efeito de atestar a autoria e a autenticidade da confissão. A propósito, uma das principais recomendações para reduzir as falsas confissões é a gravação do interrogatório do começo ao fim para que se possa ter mais transparência e clareza de todo o contexto que levou a pessoa a confessar. Para que uma confissão seja devidamente valorada, é preciso verificar as técnicas adotadas da entrevista, o tempo de duração e a presença de outros fatores de risco, como vulnerabilidades, privação do sono, fome, isolamento, menção a evidências inexistentes, promessas, ameaças e táticas de minimização das consequências e assim por diante (GUDJONSSON, 2018).

Porém, sabendo que a realidade é bem diferente do mundo ideal, é possível que, em algumas situações, o ato não seja registrado, não havendo outro meio de comprovar a sua existência além da palavra daquele que o presenciou. Por exemplo, é possível que o custodiado tenha assumido a culpa na viatura policial ou em uma conversa informal, mudando de versão logo em seguida.

A depender das circunstâncias em que as declarações incriminatórias foram proferidas, a confissão secundária poderá ser admitida. Se as condições de admissibilidade forem respeitadas, passa-se à fase de valoração.

Aqui, mais uma vez, é preciso enfatizar que a confissão secundária *é* uma prova testemunhal, cuja qualidade pode ser prejudicada por falhas de percepção, de codificação, de contaminação, de esquecimento,

de confabulações, de sugestionabilidade, de interferências etc. (MARMELSTEIN, 2022). Além disso, como toda prova testemunhal, seu valor depende de um julgamento acerca da credibilidade da testemunha e de confiabilidade do relato (FERNANDES, 2020).

Em outras palavras, o fato de uma confissão secundária ser admitida não significa que terá valor probatório. Para avaliar a sua força probatória, é preciso analisar a totalidade das circunstâncias que a circundam, por exemplo: (a) o contexto em que a suposta conversa ocorreu, incluindo-se os possíveis motivos do confessor; (b) a adequada interpretação das palavras proferidas pelos comunicadores; (c) a credibilidade da testemunha, englobando suas intenções, seus motivos para depor, suas qualidades morais e seu nível de isenção com a causa; e (d) a confiabilidade do testemunho, em termos de coerência, consistência e plausibilidade.

No contexto norte-americano, as principais críticas envolvendo as confissões secundárias estão relacionadas aos incentivos dados a informantes, companheiros de cela ou cúmplices que resolveram colaborar com a polícia[25]. Em geral, essas testemunhas são "vigaristas, mentirosos congênitos e fraudadores experientes", que estão sendo recompensadas para reunir provas contra alguém. Mesmo sendo pouco confiáveis, seus testemunhos podem receber um crédito

[25] De acordo com um relatório do The Marshall Project, "o incentivo mais comum oferecido aos informantes da cadeia por informações ou testemunhos são anos cortados de uma sentença potencial. Os réus federais que cooperam durante o curso de seus casos têm seu tempo de prisão reduzido, em média, em mais da metade, de acordo com um relatório de 2016 da Comissão de Sentenças dos EUA. Mas esse não é o único incentivo para informar ou desinformar. Na década de 1990, em Detroit, os detidos nas celas do departamento de polícia recebiam comida quente, drogas e quartos para entreter os visitantes em troca de examinar os documentos judiciais de outros réus para que pudessem dar testemunhos que correspondiam à versão dos eventos dos promotores, de acordo com duas reportagens investigativas. Entre os informantes mais prolíficos do Departamento do Xerife do Condado de Orange, estava um par de membros da máfia mexicana que foram recompensados com sofás em suas celas, caixas de cigarros, 'quase ilimitadas corridas de Taco Bell' e um total de US$ 335 mil por seu trabalho em dezenas de casos, de acordo com as notícias locais" (SCHWARTZAPFEL, 2018, tradução nossa).

imerecido, sobretudo quando são apresentados como "testemunhas de acusação", avalizadas pelo ministério público (COVEY, 2014).

Alguns estudos indicam que, em cerca de 21% das condenações de inocentes, exonerados por meio do exame de DNA, houve algum tipo de testemunho de informantes que receberam incentivos para depor. Vários desses testemunhos são relatos de pessoas que, em troca de benefícios, afirmaram falsamente que ouviram o suspeito confessar o crime (GROSS; SHAFFER, 2012; GOULD; LEO, 2010). Os dados envolvendo pena capital são ainda piores. Uma análise de 111 casos de pessoas que foram libertadas do corredor da morte, entre 1973 e 2004, indicou que 45,9% dos casos continham uma confissão secundária falsa de um informante preso (WETMORE; NEUSCHATZ, 2014).

Aqui no Brasil, embora exista previsão legal para o pagamento de incentivo a informantes[26], o problema tem uma dimensão bem menor, uma vez que não faz parte da nossa tradição indicar informantes como testemunhas de acusação. Há, contudo, uma tendência de usar o testemunho de colaboradores em juízo, muitas vezes envolvendo a divulgação de conversas com outros presos.

A meu ver, é preciso uma cautela redobrada ao valorizar as confissões secundárias nessas situações. Primeiro, porque a confissão secundária é uma prova dependente da credibilidade, e um delator incentivado não é uma pessoa confiável. O seu modo de atuação depende justamente da quebra da confiança e da traição de seus comparsas (RODRÍGUEZ, 2018). Segundo, porque aquele que recebe

[26] "Art. 4º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos. Parágrafo único. Entre as recompensas a serem estabelecidas, poderá ser instituído o pagamento de valores em espécie" (BRASIL, 2018a).

recompensa em função de seu testemunho estará comprometido com a acusação, colocando em risco a necessária objetividade em relatar a verdade[27]. Terceiro, porque o modelo brasileiro não tem regras seguras e bem desenhadas contra os falsos testemunhos. Nos Estados Unidos, o juízo de admissibilidade da prova está sujeito a um procedimento específico de admissão, chamado *pretrial reliability hearings*. Somente quando a prova testemunhal atende a um pressuposto mínimo de credibilidade é que pode ser valorada e, ainda assim, sujeita a um rigoroso *cross-examination* pela parte adversa. Nosso modelo de contradita de testemunhas é bem menos eficiente do que o modelo de confronto e de impugnação do *cross-examination*. Além disso, nos EUA, a acusação é obrigada a fornecer toda e qualquer informação que possa afetar a credibilidade da testemunha, até mesmo os antecedentes, as acusações anteriores de má conduta e todos os incentivos ou promessas de incentivos que ela recebeu (precedentes Brady e Giglio). No Brasil, ainda não temos uma regra Brady ou Giglio que imponha ao Ministério Público o dever de fornecer informações que possam beneficiar a defesa.

Afora tudo isso, há ainda um óbice de natureza jurídica que impede a atribuição de valor probatório à palavra do colaborador. Nos termos da legislação brasileira, a colaboração não é prova, mas "meio de obtenção de prova"[28]. Isso significa que, por opção legislativa, a palavra do colaborador não tem valor probatório por si só. E a confissão secundária, por definição, é uma prova que se sustenta exclusivamente na palavra. Logo, não há sentido em atribuir valor

[27] Nos EUA, um informante chamado Leslie Vernon White costumava ligar para vários policiais, passando-se por agente de polícia, pedindo detalhes sobre um crime que apenas um *insider* saberia. Depois, oferecia-se para testemunhar em troca de *sursis*, abatimento da pena ou dinheiro. Os relatos eram confissões secundárias contra o acusado. Ele testemunhou em pelo menos uma dúzia de casos usando esse esquema (SCHWARTZAPFEL, 2018).

[28] "Art. 3º-A O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos" (BRASIL, 2013).

probatório a um mero relato oral do colaborador, sem uma prova de reforço que ateste a existência daquela conversa. Assim, conversas ouvidas pelo colaborador, sem registro, poderão ser utilizadas para fins de investigação, mas nunca para corroborar o juízo de condenação[29].

Por último, resta analisar os critérios de valoração do testemunho policial. Como dito anteriormente, em muitos contextos, a palavra do policial costuma ser tratada como um trunfo probatório, com uma elevada presunção de veracidade. Isso é bastante problemático, por vários motivos.

Inicialmente, o policial nem sempre está em posição privilegiada para relatar adequadamente os fatos. O seu testemunho pode ser contaminado por interferências de outras testemunhas, por outros eventos semelhantes ou por expectativas enganadoras. Quando o policial chega ao local do evento, o mais comum é que um esquema mental seja pré-ativado a partir da narrativa que ele recebeu ao ser chamado. Assim, ele irá enxergar os fatos a partir do esquema montado, com o claro risco de ser influenciado pelo viés de confirmação, pela visão de túnel e pelos preconceitos implícitos que estão embutidos em sua mente.

Além disso, em muitos casos, os policiais não são partes desinteressadas, pois participam lado a lado da acusação na

[29] Essa tem sido a orientação do STF: "7. Se os depoimentos do réu colaborador, sem outras provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal, por padecerem da presunção relativa de falta de fidedignidade. 8. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. 9. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*" (BRASIL, 2017b).

construção de um lastro probatório de incriminação (JOHNSON, 2016). Às vezes, a primeira classificação do fato como crime é feita por um policial, a partir de percepções subjetivas potencialmente enviesadas, influenciando decisivamente o percurso do caso no sistema de justiça criminal (RIGON; JESUS, 2019). Outras vezes, a polícia realiza a prisão em flagrante, criando um pré-compromisso de confirmar a sua intervenção, até para afastar qualquer acusação de abuso policial.

Há ainda policiais atuando diretamente na investigação, como agentes disfarçados, ouvindo informantes, averiguando denúncias anônimas, realizando diligências informais, fazendo campanas, conduzindo o reconhecimento do suspeito e procurando evidências em buscas pessoais ou domiciliares. Todos esses comportamentos são esperados de agentes de polícia, justamente porque o policial não é meramente um observador imparcial, mas uma parte integrante do aparato estatal de segurança pública, que tem o dever de intervir para combater o crime.

Nos casos em que o policial é chamado a depor em juízo, ele não está agindo como policial, mas como testemunha. E como qualquer testemunha, os policiais também não são perfeitos. Por isso, não se pode atribuir uma credibilidade implícita e automática à palavra do policial, outorgando-lhe um valor de verdade imerecido, sem uma ponderação racional de todos os fatores relevantes (WARREN, 2018).

O juízo de admissibilidade e a valoração do depoimento do policial dependem de uma análise crítica da própria conduta do policial. Para isso, alguns pontos relevantes precisam ser considerados: (a) em que contexto o policial extraiu as declarações do suspeito?; (b) houve coação de alguma forma?; (c) qual foi o método de interrogatório?; (d) o suspeito estava sob custódia?; (e) o suspeito foi alertado de seus direitos?; (f) houve a renúncia consciente e voluntária das

salvaguardas?; (g) a declaração foi proferida pelo suspeito ou foi forjada pelo policial?; (h) há razões para crer que o policial possa estar sendo motivado por preconceitos implícitos ou explícitos?; (i) no seu histórico disciplinar, o policial tem algum antecedente de má conduta?; (j) há alguma política que incentive os policiais a realizar o máximo de diligências que possam gerar um descuido funcional (prêmios por produtividade, elogios, recursos financeiros para o departamento etc.)?; (k) a ação policial pode ter sido motivada em resposta a pressões institucionais e sociais?; e (l) em que medida o resultado do processo pode interferir na sua reputação ou na sua carreira funcional?

Esse tipo de constrangimento é típico de provas que se baseiam na palavra. Quando valoramos o depoimento de um colaborador, temos consciência de que os incentivos por ele recebidos afetam a sua credibilidade, razão pela qual a sua palavra costuma ser avaliada com cautela. Do mesmo modo, costumamos atribuir um peso reduzido ao depoimento do réu que se declara inocente, porque sabemos que ele tem um claro interesse no resultado do julgamento. A mesma lógica deveria se aplicar ao depoimento do policial. É preciso perceber que, em muitas situações, a palavra do policial deve receber um peso menor do que a de uma testemunha isenta, porque sua posição pode ser tendenciosa (JOHNSON, 2016).

Por isso, a palavra do policial jamais poderia produzir uma inversão da presunção de inocência, sob pena de tornar inócua essa garantia, além de esvaziar o próprio sentido da jurisdição (SEMER, 2019, p. 190). Afinal, não basta ao estado declarar ou afirmar a culpa, mas prová-la, não sendo suficiente presumir como absolutas as percepções subjetivas de um ser humano falível, ainda que fardado.

Assim, o testemunho do policial precisa ser valorado com cautela, mesmo quando são respeitadas as condições de admissibilidade. Sua força precisa ser sustentada por uma cadeia de circunstâncias verossímeis e corroborada por outras provas. Não se deve tratar o policial nem como um nobre guardião da civilização, que entrega sua vida para proteger o público, nem como um perverso manipulador da justiça, que abusa do seu poder para oprimir inocentes. A verdade está em algum lugar desses dois extremos e pode variar de caso a caso (WARREN, 2018).

7 CONCLUSÃO

Antes de concluir, é preciso enfatizar que o rigor metodológico aqui proposto tem em mira mitigar erros judiciais decorrentes de um mau uso das confissões secundárias. Apesar de ter um baixo valor epistêmico, a confissão secundária é uma prova fácil de ser obtida, pois se alicerça exclusivamente na palavra de uma testemunha. Além disso, costuma ser apresentada em juízo com o aval da polícia e do Ministério Público, dando a falsa impressão de que merece confiança. Mesmo sendo uma prova "fraca", tem poder de influência. Daí a necessidade de analisá-la com a devida cautela.

As conclusões a seguir foram desenvolvidas com essa preocupação de reduzir os riscos, sem prejuízo de outras medidas que possam caminhar nessa direção:

(1) Uma confissão secundária é um testemunho de uma conversa informal, não registrada, em que alguém afirma ter presenciado um suspeito proferir declarações autoincriminatórias;

(2) A validade da confissão secundária, como prova judicial, depende do contexto em que as supostas declarações foram proferidas. Se houver ilicitude na extração das declarações, também será ilícita a prova testemunhal dela decorrente;

(3) Em relação a declarações espontâneas proferidas em conversas privadas, sem a participação do Estado e sem uma atmosfera policial, a prova testemunhal de quem participou legitimamente da conversa é, em princípio, válida, bastando aferir a voluntariedade da declaração e ter o devido cuidado na sua valoração – com especial análise da credibilidade da testemunha e dos possíveis ruídos de comunicação;

(4) Em relação a declarações incriminatórias extraídas com a participação do Estado, inclusive por meio de informantes ou colaboradores orientados por agentes estatais, há muitas variáveis em jogo:

(4.1) Se forem espontâneas e voluntárias, sem induzimento e sem a pressão de uma atmosfera de custódia, a prova testemunhal de quem presenciou a declaração é, em princípio, válida, não havendo necessidade de explicitar o aviso Miranda;

(4.2) Se a entrevista for um interrogatório ou um equivalente funcional de interrogatório, com a liberdade de ação do suspeito limitada pelas circunstâncias, a prova testemunhal daí decorrente será válida apenas se o suspeito for previamente avisado de seus direitos (aviso Miranda) e renunciá-los de modo consciente e autêntico;

(4.3) Em relação a declarações incriminatórias espontâneas, testemunhadas por agentes infiltrados, o entendimento é de que não há necessidade de aviso Miranda, devendo, contudo, no caso brasileiro,

ser observada a prévia autorização judicial e ser realizado apenas por agentes de polícia;

(4.4) À luz do sistema brasileiro, é inviável atribuir valor probatório às confissões secundárias testemunhadas por colaboradores, pois a palavra do colaborador não vale como prova. É apenas um "meio de obtenção de prova" que pode abrir linhas de investigação, mas sem aptidão probatória *de per si*;

(4.5) Em qualquer caso, se a declaração se referir a fatos que foram objeto de acusação, haverá ilicitude se houver induzimento e não for garantido o direito ao advogado;

(5) Se as condições de admissibilidade forem atendidas, a valoração da confissão secundária dependerá de uma análise de credibilidade da testemunha e da confiabilidade do relato, devendo ser explorados, por exemplo, os seguintes tópicos: (a) contexto da conversa; (b) possíveis motivos do confessor e da testemunha; (c) interpretação das palavras, dadas as circunstâncias em que foram pronunciadas; (d) eventuais ruídos de comunicação (erros honestos e desonestos); (f) possíveis incentivos recebidos pela testemunha; (g) qualidades morais e antecedentes da testemunha; (h) nível de isenção em relação ao resultado do processo; (i) possível animosidade com o suspeito; (j) coerência narrativa; (k) consistência com outros depoimentos e com a prova dos autos; (l) plausibilidade ou verossimilhança em correspondência com a realidade;

(6) Em relação às confissões secundárias testemunhadas por policiais, também é necessário realizar um escrutínio crítico para aferir a sua credibilidade e a sua confiabilidade. Além de uma análise rigorosa sobre as condições de admissibilidade, é preciso avaliar alguns fatores de risco, por exemplo: (a) o contexto da declaração;

(b) a possível contaminação da memória; (c) as possíveis distorções de percepção (esquemas mentais, preconceitos implícitos, vieses etc.); (d) o histórico de má conduta; (e) os possíveis incentivos corporativos e as pressões institucionais para realizar diligências, gerando uma atuação mais descuidada; (f) a possível falta de isenção, por medo de afetar a reputação e a carreira; (g) o receio de ser acusado de abuso de poder; e (h) o excesso de compromisso pessoal com a tese acusatória.

(7) O ideal é que o sistema de justiça não precise confiar na confissão secundária para condenar um suspeito; porém, na hipótese de aceitá-la, é preciso ser prudente na análise de suas condições de admissibilidade e de seus parâmetros de valoração. Se não for respeitado um padrão razoável de confiabilidade e de credibilidade, não é seguro atribuir-lhe qualquer valor probatório, nem como prova de corroboração, muito menos como prova isolada de condenação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.608, de 10 de janeiro de 2018**. Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13608.htm. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. **Ação Penal n. 0196181-09.2017.4.02.5101/RJ**. Rio de Janeiro: Justiça Federal, 2021a. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2021/11/Nuzman.pdf. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo n. 1205027/RN**. Penal. Agravo Regimental no Recurso Especial. Porte ilegal de arma de fogo [...]. Relator: Min. Felix Fischer, 13 de março de 2018b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1685198&num_registro=201702974188&data=20180321&peticao_numero=201800084310&formato=PDF. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus n. 608.558-RJ 2020/0217527-1. Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico ilícito de entorpecentes. Busca e apreensão domiciliar efetuada por policiais militares sem autorização judicial [...]. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 1 de dezembro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 3042, 7 dez. 2020a. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1139077852/habeas-corpus-hc-608558-rj-2020-0217527-1/inteiro-teor-1139077873. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo em recurso especial n. 1.369.120-SP. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Desclassificação. Excepcionalidade. Ausência de provas conclusivas acerca do narcotráfico. Agravo regimental não provido. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 8 de setembro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 2996, 21 set. 2020b. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/930636612/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1369120-sp-2018-0251484-1/inteiro-teor-930636622. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo regimental no recurso especial n. 1.119.302-MG. Agravo regimental em recurso especial. Violação ao princípio da colegialidade. Incorrência. Recurso manifestamente improcedente [...]. Recorrente: Charles Leone Barbosa Pereira. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 25 de setembro de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 1146, 3 out. 2012. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22585775/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1119302-mg-2009-0013334-8-stj/inteiro-teor-22585776. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo regimental no recurso especial n. 1.905.653-SP. Agravo regimental no recurso especial. Homicídio qualificado tentado. Pronúncia confirmada pelo tribunal a quo [...]. Recorrente: Junior dos Santos Celestino Ferreira. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Laurita Vaz, 28 de setembro de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 3244, 4 out. 2021b. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1308105808/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1905653-sp-2020-0302102-0/inteiro-teor-1308105820. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus n. 22.371-RJ**. Habeas Corpus. Pedido não examinado pelo tribunal de origem. WRIT não conhecido. Prova ilícita [...]. Relator: Min. Paulo Gallotti, 22 de outubro de 2002. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%222371%22%29+ou+%28HC+adj+%2222371%22%29.suce. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus n. 620.206-RJ. Habeas Corpus. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Estabilidade e permanência. Configuração. Minorante. Não incidência. Ordem denegada. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 7 de dezembro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 3045, 11 dez. 2020c. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206279885/habeas-corpus-hc-620206-rj-2020-0274958-5. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus n. 67.390-MS. Penal. Habeas Corpus. Roubo circunstanciado. Dosimetria. Atenuante. Confissão extrajudicial retratada em juízo. Sentença condenatória pautada em elementos declinados na confissão [...]. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura, 26 de maio de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 383, 15 jun. 2009. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4350489/habeas-corpus-hc-67390-ms-2006-0214945-7/inteiro-teor-12204222. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso especial n. 1.674.198-MG. Recurso especial. Homicídio qualificado. Pronúncia fundamentada exclusivamente em boatos e testemunha de ouvir dizer. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. Recorrente: Márcio Machado Parreira. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Rogerio Schietti Cruz, 5 de dezembro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 2338, 2017a. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861305395/recurso-especial-resp-1674198-mg-2017-0007502-6/inteiro-teor-861305416?ref=juris-tabs. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 170.843-SP**. Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 4 de maio de 2021c. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1273358503/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-170843-sp/inteiro-teor-1273358504. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus n. 147.837-RJ**. Habeas corpus. 2. Infiltração de agente policial e distinção com agente de inteligência [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de

fevereiro de 2019a. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750181369. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Inquérito n. 3.998-DF**. Inquérito. Corrupção passiva (art. 317 § 1°, c/c o art. 29 do CP. Denúncia. Parlamentar federal. Suposto envolvimento em esquema de corrupção de agentes públicos relacionado à Diretoria de Abastecimento da Petrobras [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 18 de dezembro de 2017b. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770108795/inquerito-inq-3998-df-distrito-federal-0000071-8820151000000. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Reclamação n. 33.711-SP**. Reclamação. 2. Alegação de violação ao entendimento firmado nas Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 395 e 444. Cabimento [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de junho de 2019b. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768205024/reclamacao-rcl-33711-sp-sao-paulo-0019106-9220191000000/inteiro-teor-768205033. Acesso em: 25 fev. 2019.

COVEY, Russell D. Abolishing jailhouse snitch testimony. **Wake Forest L. Rev.**, [Winston-Salem], v. 49, p. 1375-1430, Winter 2014.

DABNEY, Dean A.; TEWKSBURY, Richard. **Speaking truth to power**: confidential informants and police investigations. 1st ed. [Berkeley]: University of California Press, 2016.

DAMASCENO, Fernando Braga. **E quando a testemunha diz na investigação e desdiz no julgamento?** Fortaleza: [*S. n.*], 2021.

FERDICO, John N.; FRADELLA, Henry F.; TOTTEN, Christopher D. **Criminal procedure for the criminal justice professional**. 10th ed. Belmont, CA: Wadsworth Cengage Learning, c2009.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2020.

FITZGERALD, Dennis G. **Informants, cooperating witnesses, and undercover investigations**: a practical guide to law, policy, and procedure. 2nd ed. Boca Raton: CRC Press, 2014.

GOULD, Jon B.; LEO, Richard A. One hundred years later: Wrongful convictions after a century of research. **The Journal of Criminal Law and Criminology**, [Evanston, IL], v. 100, p. 825-868, Summer 2010.

GROSS, Samuel R.; SHAFFER, Michael. Exonerations in the United States, 1989–2012. **Univeristy of Michigan Public Law Working Paper**, Michigan, n. 277, 26 Jun. 2012.

GUDJONSSON, Gisli H. **The psychology of false confessions**: forty years of science and practice. [*S. l.*]: John Wiley & Sons, 2018.

JOHNSON, Vida B. Bias in Blue: Instructing Jurors to Consider the Testimony of Police Officer Witnesses with Caution. **Pepp. L. Rev.**, [*s. l.*], v. 44, p. 245-304, 2016.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Noise**: a flaw in human judgment. [*S. l.*]: Little, Brown Spark, 2021.

KASSIN, Saul M.; NEUMANN, Katherine. On the power of confession evidence: an experimental test of the fundamental difference hypothesis. **Law and human Behavior**, [*s. l.*], v. 21, n. 5, p. 469-484, Nov. 1997.

MACAULAY, Thomas Babington. **The history of England**. [Londres]: Penguin Books, 1979.

MARMELSTEIN, George. **Testemunhando a injustiça**: a ciência das provas testemunhais e das injustiças inconscientes. Salvador: JusPodivm, 2022.

MARTINS, Ana Paula Brito. **A materialidade nos crimes de homicídio**: uma análise doutrinária e jurisprudencial da responsabilidade penal do agente sob a ótica do caso Bruno. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2013.

NEUSCHATZ, Jeffrey S. *et al*. Secondary confessions, expert testimony, and unreliable testimony. **Journal of Police and Criminal Psychology**, [*s. l.*], v. 27, n. 2, p. 179-192, 2012.

NEUSCHATZ, Jeffrey S. *et al*. The effects of accomplice witnesses and jailhouse informants on jury decision making. **Law and Human Behavior**, [*s. l.*], v. 32, n. 2, p. 137-149, 2008.

NEUSCHATZ, Jeffrey S.; GOLDING, Jonathan M. **Jailhouse informants**: psychological and legal perspectives. New York: NYU Press, 2022.

RIGON, Bruno Silveira; JESUS, Maria Gorete Marques de. Testemunho policial como prova no processo penal brasileiro: uma análise crítica da presunção de veracidade das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas. **Revista brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 162, p. 85-119, dez. 2019.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Delação premiada**: limites éticos ao Estado. São Paulo: Forense, 2018.

SCHWARTZAPFEL, Beth. The Jailhouse Snith: a quiz. **The Marshall Project**, [*s. l.*], 23 Apr. 2018. Disponível em: https://www.themarshallproject.org/2018/04/23/the-jailhouse-snitch-a-quiz. Acesso em: 25 fev. 2019.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. Tirant lo Blanch: São Paulo, 2019.

UNITED STATES. **Federal rules of evidence**. Washington, D.C: [Government Publishing Office], 1975.

UNITED STATES. Supreme Court. **373 U.S. 427**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1963. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/427/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **377 U.S. 201**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1964. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/377/201/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **384 U.S. 436**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1966a. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **385 U.S. 293**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1966b. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/385/293/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **405 U.S. 150**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1972a. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/150/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **406 U.S. 682**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1972b. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/682/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **447 U.S. 264**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1980. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/264/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **477 U.S. 436**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1986. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/477/436/. Acesso em: 25/2/2019

UNITED STATES. Supreme Court. **479 U.S. 564**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1987. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/479/564/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **496 U.S. 292**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1990. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/496/292/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **499 U.S. 279**. Washington, D.C: US Supreme Court, 1991. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/279/. Acesso em: 25 fev. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **532 U.S. 162**. Washington, D.C: US Supreme Court, 2001. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/532/162/. Acesso em: 25 fev. 2019.

WARREN, Jonathan M. Hidden in plain view: juries and the implicit credibility given to police testimony. **DePaul J. Soc. Just.**, [*s. l.*], v. 11, p. 1-32, Summer 2018.

WETMORE, Stacy Ann; NEUSCHATZ, Jeffrey S.; GRONLUND, Scott D. On the power of secondary confession evidence. **Psychology, Crime & Law**, [*s. l.*], v. 20, n. 4, p. 339-357, 2014.