



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE
DETEGERE* E SUAS DECORRÊNCIAS COMO
MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL**

por

DÉBORA HELENA FERREIRA CALÇADO

**ORIENTADORA: VICTÓRIA AMÁLIA DE BARROS
CARVALHO GOZDAWA DE SUŁOCKI**

2014.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE

JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

**O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE
DETEGERE* E SUAS DECORRÊNCIAS COMO
MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL**

por

DÉBORA HELENA FERREIRA CALÇADO

Monografia apresentada
ao Departamento de
Direito da Pontifícia
Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio)
para a obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Victória
Amália de Barros Carvalho
Gozdawa de Sulocki

2014.2

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me iluminado desde que nasci, me dando saúde e proteção para que eu pudesse conquistar o que conquistei e por ter me presenteado, não só com uma família extraordinária, mas com uma vida repleta de amigos ímpares.

À minha mãe, por sempre se orgulhar de mim e me impulsionar a ir mais além, bem como, por ser meu apoio incondicional, meu eterno colo e meu grande amor.

A meu pai, pelo melhor exemplo de caráter, por ter me dado a honra de ter um paizão, e por ter me proporcionado essa oportunidade de estudo maravilhosa.

A meus avós, por serem os melhores ‘vovós’ do mundo e por sempre orarem por mim.

À minha irmã, meu cunhado, Gabriel e minha “boadrasta”, por estarem sempre presentes, pelos sábios conselhos e conversas enriquecedoras.

Às minhas amigas, Anna Carolina, Carolina e Rafaella, por estarem comigo desde 2003.

Às minhas amigas Alena e Julia, pelas melhores gargalhadas desde o colegial.

Aos meus amigos Heleno, Izabela, Mariah e Natasha, pelo incrível encontro de almas e o memorável ano de 2012.

Aos meus amigos Ana Cecília, Caroline, Isadora, Luísa, Maria Eduarda, Maria Lúcia e Savigny, pelos melhores cinco anos de faculdade que alguém poderia imaginar ter.

Aos meus queridos e eternos chefes, Marcelo e Pedro Paulo, e ao II Tribunal do Júri, por todo o carinho, experiência e aprendizado.

À minha professora e orientadora, Victória, por ter me inspirado em suas aulas ao longo da faculdade e por ter me dado a honra de ser a minha orientadora.

A todos que, de alguma forma, contribuíram com esta caminhada, me incentivaram e/ou motivaram a seguir em frente.

E a você, Augusto, por, simplesmente, ser quem é comigo e encher a minha vida de luz, carinho e amor, todos os dias.

Enfim, meu muito obrigada a todos vocês. Meu caminho não seria tão doce e feliz sem vocês.

RESUMO

O presente trabalho analisa o princípio *nemo tenetur se detegere* e as suas decorrências no processo penal. Inicialmente, estuda a sua evolução histórica, perpassando pela ótica constitucional e seus princípios mais ligados com o *nemo tenetur se detegere*. A partir desse enfoque, trata-se do direito fundamental à não autoincriminação como meio de prova no sistema processual penal brasileiro, passando por uma análise do interrogatório do réu, o direito ao silêncio, e o direito de mentir. No âmbito probatório, aborda a presente monografia algumas questões da prova ilícita, sendo formuladas algumas considerações acerca de casos concretos com maior repercussão na sociedade brasileira, quanto ao direito de não produzir provas contra si mesmo.

Palavras chave: Direito processual penal – Princípio *nemo tenetur se detegere* – Direito fundamental – Direito ao silêncio – Prova – Direito de não produzir provas contra si mesmo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 – PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	9
1.1 Considerações sobre origem histórica e desenvolvimento	9
1.2 Evolução legislativa no Brasil	1Erro! Indicador não definido.
2- O PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	17
2.1 A incorporação do direito à não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro	20
2.2 <i>Nemo tenetur se detegere</i> e o devido processo legal	21
2.3 <i>Nemo tenetur se detegere</i> e a ampla defesa.....	24
2.4 <i>Nemo tenetur se detegere</i> e a presunção de inocência.....	25
2.5 <i>Nemo tenetur se detegere</i> e a dignidade da pessoa humana	27
3. O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO APLICADO NO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO	30
3.1 Considerações sobre interrogatório	32
3.2 Disciplina do interrogatório no Código de Processo Penal à luz da Constituição da República de 1988	36
4. DECORRÊNCIAS DO PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE NO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO	40
4.1 Direito ao silêncio	42

4.2 Interpretação extensiva da garantia ao silêncio: o “direito de mentir”	46
4.3 Consequências do exercício ao direito ao silêncio	49
5- CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>	52
5.1 Considerações sobre Prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro	52
5.2 Análise de casos concretos	55
5.2.1 Artigo 307 do Código Penal como Autodefesa.....	55
5.2.2 As garantias das testemunhas na Comissão Parlamentar de Inquérito	58
5.2.3 O direito à não autoincriminação no âmbito probatório da “Lei Seca”	61
6. CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

LISTA DE ABREVIações

CPP. Código de Processo Penal
CPC. Código de Processo Civil
CF. Constituição Federal
ART. Artigo
HC. Habeas Corpus
RHC. Recurso em Habeas Corpus
ADI. Ação Direta de Inconstitucionalidade
REL. Relator
MIN. Ministro
P. Página
J. Julgado
STJ. Superior Tribunal de Justiça
STF. Supremo Tribunal Federal
RJ. Rio de Janeiro
SP. São Paulo
MG. Minas Gerais
RS. Rio Grande do Sul
A.C. Antes de Cristo

INTRODUÇÃO

O princípio *nemo tenetur se detegere* possui imprescindível participação no âmbito do processo penal, visto que assegura ao acusado o direito de não produzir prova contra si mesmo. Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o mencionado princípio consolidou-se como direito fundamental, sendo incorporado efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro.

A presente monografia analisa o princípio *nemo tenetur se detegere* sob o prisma dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, da presunção de inocência, e da dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, também o é discutido como meio de prova no sistema processual penal brasileiro, o que remete a considerações indispensáveis acerca da disciplina do interrogatório do réu.

Destaca-se, principalmente, o direito ao silêncio, principal manifestação do princípio *nemo tenetur se detegere*, analisando as suas características, os seus problemas e as suas conseqüências. Em meio ao campo probatório, aborda o presente trabalho algumas questões da prova ilícita, e, ainda, analisa alguns casos concretos de maior repercussão na sociedade brasileira, quanto à aplicação do *nemo tenetur se detegere*.

Culminando assim, em uma ampla pesquisa bibliográfica na doutrina nacional, complementando o estudo com a citação de jurisprudência correlata, a fim de verificar se a garantia constitucional em tela realmente confere ao acusado a possibilidade de não produzir prova contra si mesmo, tendo em vista a análise do direito à não autoincriminação no âmbito da prova no processo penal, sob a ótica da Carta Magna, tendo como enfoque principal a aplicação do princípio no campo do interrogatório do réu.

1. PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 Considerações sobre origem histórica e desenvolvimento

Inicialmente, ressalta-se que a expressão *nemo tenetur se detegere*, em seu sentido literal, significa que ninguém é obrigado a se descobrir. A partir disso, embora haja muita discussão acerca do nascimento do direito à não autoincriminação, pois este estaria inserido entre as regras gerais de direito, é possível destacar algumas fases da sua evolução histórica.

O Código de Hamurabi, escrito em aproximadamente 1.700 a.C. na região da antiga Mesopotâmia, não continha previsão formal de interrogatório; porém, já versava acerca da possibilidade de o acusado ser ouvido sob juramento.

As Leis Escritas de Manu não admitiam que o acusado se calasse ou mentisse, pois, nesses casos, seria considerado culpado. Destaca-se a estância 13 do Livro VIII do Código de Manu; “É necessário, ou não comparecer perante o tribunal, ou, comparecendo, dizer a verdade. O homem que se cala ou mente, é igualmente culpado”.¹

No entanto, por volta do século III a.C., defende-se a ideia de um antecedente remoto no direito hebraico do princípio *nemo tenetur se detegere*. Desse modo, observa o autor Paulo Mário Canabarro Trois Neto:

Fundando na regra talmúdica de que a ninguém é dado tirar a própria vida, entendia-se que o acusado não podia ser levado a depor contra si mesmo, pois sua confissão em relação a um crime punível com a sanção capital permitiria uma forma indireta de suicídio.²

¹ PAUTHIER. *Les livres sacrés de l'Orient*. Trad. José de Vasconcellos Guedes de Carvalho. Nova Goa, 1859, p.4, apud ROMEIRO, José Alberto, *Considerações sobre do interrogatório do acusado*, cit., p.12. O autor cita a instância 13 do Livro VIII das Leis de Manu. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, São Paulo, Saraiva, 2012, p.29.

² TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro, *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p. 82.

Assim, a partir dos antigos ensinamentos orais baseados nos cinco livros de Moisés – o Talmud – começa a surgir uma distante concepção do princípio em tela. Ainda que não houvesse uma distinção entre autoincriminação voluntária ou induzida, a lei vedava qualquer pessoa a confessar ou testemunhar contra si mesma.

Em relação às civilizações clássicas, os autores Pugliese³ e Helmholtz⁴ negam a origem do *nemo tenetur se detegere* no direito romano clássico. Observa-se que o silêncio do réu resultava em confissão, exceto em crimes capitais, em que esta não era considerada como prova plena.

No processo inquisitório da Idade Média, é possível afirmar que havia uma prévia convicção sobre a culpabilidade do acusado. Todavia, a tortura era o instrumento para se obter a confirmação dessa culpabilidade, ou seja, o acusado tinha o dever de responder no interrogatório, o que acabava culminando em uma confissão forçada. Ademais, o interrogatório era considerado como meio de prova, não justificando, portanto, o reconhecimento do direito ao silêncio.

Não obstante a um passado conturbado e sem qualquer respaldo legal para o princípio *nemo tenetur se detegere*, as Idades Moderna e Contemporânea dão abertura para uma fixação do direito à não autoincriminação na sociedade. Apesar de o princípio estar intimamente associado ao interrogatório do acusado – instituto o qual se há notícias de existência muitos anos antes –, o *nemo tenetur se detegere* se consagrou no período do Iluminismo.

Conforme sabido, tal época foi marcada pela construção e reconhecimento das garantias penais e processuais penais, revelando assim, o princípio *nemo tenetur se detegere* como garantia relativa ao resguardo do acusado no interrogatório. Isso significa algo muito importante para a evolução das garantias processuais penais, já que o acusado deixou de ser visto exclusivamente como objeto da prova.

³ PUGLIESE, Giovanni (1957) Apud QUEIJO, Maria Elizabeth op. cit., p. 30.

⁴ HELMHOLTZ, R.H. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth op. cit., p. 30.

Além disso, os iluministas combateram o emprego da tortura e do juramento ao réu, considerando imoral os meios utilizados para fazer com que ele falasse, ou melhor, confessasse – resultando na autoincriminação.

Quanto ao juramento, imprescindível uma observação. Ora, é inimaginável que um ser humano jure com toda a sua honestidade que somente irá falar a verdade, se esta verdade o leve para a condenação. Não é natural, tampouco verdadeiramente possível, essa forma de juramento imposta ao acusado, visto que ninguém pode ser capaz de jurar pela sua própria destruição.

Embora tenha ocorrido sinceros avanços quanto ao direito à não autoincriminação, a construção teórica iluminista sobre o princípio *nemo tenetur se detegere* não se desenhou pacificamente. Por exemplo, o autor Beccaria sustentou que aquele que, obstinadamente, se recusasse a responder ao interrogatório deveria sofrer pena fixada nas leis, das mais graves.⁵

Dessa forma, imprescindível notar pensamentos controversos na obra de Beccaria, salienta a autora Maria Elizabeth Queijo:

(...) sustenta que o dever de dizer a verdade, imposto ao acusado pelo juramento, é antinatural, mas entende que o acusado silente deve ser apenado gravemente, por constituir ofensa à Justiça.⁶

Merece destaque a obra de Filangieri⁷, a qual reconheceu o direito ao silêncio do acusado, não admitindo qualquer punição nesse caso. No entanto, tal posicionamento não foi aceito uniformemente, tendo em vista que aqueles que defendiam a natureza probatória do interrogatório continuaram contra o direito de silenciar-se no mesmo.

Nesse sentido, Bentham⁸ e Bonneville de Marsangy⁹ consideravam o *nemo tenetur se detegere* algo absurdo, como algo irracional, uma

⁵ BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Apud QUEIJO, Maria Elizabeth op. cit., p. 33.

⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 9.

⁷ FILANGIERI (1798) Apud GREVI, Vittorio, *Nemo tenetur se detegere*. Milano, Giuffrè, 1972, p. 76. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 33.

⁸ BENTHAM, Jeremy (1823) Apud GREVI, Vittorio, *Nemo tenetur se detegere*. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 34.

⁹ BONNEVILLE DE MARSANGY (1864). Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 34.

verdadeira heresia jurídica, e com o efeito de excluir a mais pura prova da verdade, qual seja a confissão.

De acordo com a História, observa-se que à medida que a maior proteção ao indivíduo diante do Estado foi aumentando, a coação contra o réu no interrogatório, conseqüentemente, diminuiu. Sendo assim, a evolução do *nemo tenetur se detegere* derivou em uma exclusão de presunção de culpabilidade quando do exercício do direito ao silêncio do acusado.

No direito anglo-americano, o princípio *nemo tenetur se detegere* é expresso pelo *privilege against self-incrimination*, o qual foi essencial para que o ora princípio se perpetuasse. Ressalta-se que a Inglaterra reconheceu o direito à não autoincriminação muito antes dos países continentais europeus.

Nas cortes inglesas de “*common law*”, no final do século XVIII, há apontamentos acerca da origem do *privilege against self-incrimination*, devido ao resultado do trabalho dos advogados de defesa. Entretanto, antes do mencionado *privilege*, nota-se que a autodefesa do réu era simplesmente responder pessoalmente a todos os termos da acusação.

A partir de 1696, começou um processo para a admissão de defesa por meio de advogado, porém, estas defesas não eram quantitativamente significantes até 1780. Insta salientar que, somente em 1836, o advogado conseguiu o direito de dirigir-se aos jurados, afastando a ideia de participação apenas na inquirição de testemunhas.

Não obstante ao fato decisivo da adoção de defesa técnica, também merecem destaque outras transformações ocorridas entre o final do século XVIII e o início do século XIX, como a admissão da insuficiência probatória para condenar, a presunção de inocência e o desenvolvimento das regras de exclusão de provas.

Nos Estados Unidos, ressalta-se a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, que versou expressamente sobre o princípio do devido processo legal, bem como preconizou o direito do réu de confrontar-se com o

acusador e testemunhas, de produzir provas a seu favor, de ser julgado por júri imparcial, e, finalmente, de não produzir provas contra si mesmo.

A partir disso, na convenção de 1788, foi sugerido que o *bill of rights* federal incluísse dispositivo acerca do direito à não autoincriminação. No congresso de 1789, James Madison apresentou uma proposta contendo expressamente o direito de não ser compelido a testemunhar contra si mesmo, o qual foi adotado sem modificações ao texto original.

Apesar de relevantes avanços para a instituição do *nemo tenetur se detegere*, as alterações nos Estados Unidos também foram lentas, principalmente pela clara distinção entre o velho direito inglês e o novo direito americano. Destaca-se, assim como na Inglaterra, a imprescindível participação dos advogados para uma renovação de fato do processo criminal.

Segundo o autor Helmholtz¹⁰, dois fatores foram indispensáveis para o desenvolvimento do *privilege against self-incrimination* na Inglaterra, quais sejam: o término da era do processo do *accused speaks* e a abolição de manter o silêncio por desqualificação da parte. Ressalta, ainda, que o efetivo direito ao silêncio do acusado é o coração do moderno *privilege against self-incrimination*, cujo desenvolvimento se iniciou em 1840.

Já nos Estados Unidos, impossível não mencionar o julgado *Miranda v. Arizona*¹¹, datado do ano de 1966, em que a Suprema Corte americana reconheceu que o acusado possui o direito de permanecer calado em todas as fases do processo, bem como estabeleceu o dever das autoridades policiais de informar ao detido o seu direito ao silêncio. Isto é, traduziu o

¹⁰ HELMHOLTZ, R.H. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 48.

¹¹TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro, op. cit, p.91. Nesse caso, a Suprema Corte americana considerou que todas as declarações feitas pelo réu, seja na polícia ou em juízo, só serão admissíveis para o julgamento, caso o Ministério Público demonstre que o réu foi informado do direito de consultar um advogado antes e durante o interrogatório, bem como foi previamente informado do seu direito contra a autoincriminação. Tal fato teve um impacto significativo sobre a aplicação da lei nos Estados Unidos, originando o *Miranda warning* ou *Miranda rights*, sendo este parte do procedimento policial de rotina, a fim de assegurar que os suspeitos são informados dos seus direitos previstos na Constituição dos Estados Unidos, principalmente sobre a possibilidade de não autoincriminar-se, podendo invocá-los a qualquer momento durante a entrevista ou interrogatório.

real significado do *privilege against self-incrimination*, estampado na V Emenda Constitucional.

No entanto, o desenvolvimento norte americano do *privilege against self-incrimination* se restringiu apenas as formas orais de autoincriminação, não se estendendo a outros atos de colaboração ativa ou passiva do acusado. Isto porque, a Suprema Corte dos Estados Unidos vem afirmando a possibilidade de o acusado ser obrigado a colaborar para a realização de provas incriminatórias, inclusive por coação física.

1.2 Evolução Legislativa no Brasil

Desde 1514, com as Ordenações Manuelinas, o Brasil já detinha do direito ao silêncio em favor do acusado, em seu Livro III, Título XL: “no feito crime não é a parte obrigada a depor aos artigos que contra ela forem dados”.¹² Todavia, este direito tinha pouca aplicação na prática, visto que o réu podia ser submetido a tormentos, ou sofrer a imposição de multa, a fim de que o mesmo prestasse declarações. Cabe salientar que, somente com a Constituição de 1824 – sob total influência do liberalismo inglês – a tortura foi juridicamente eliminada de nosso ordenamento jurídico.

Com a Constituição da República de 1891, mais especificamente em seu artigo 72, parágrafo 16, foi estabelecida a seguinte ordem: “ao acusado se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela”. Sendo assim, a doutrina à época concluiu pelo reconhecimento da proibição do juramento imposto ao réu e da realização de interrogatório mediante qualquer tipo de coação.

Contudo, em virtude da competência dos Estados Membros para legislar sobre as normas de processo, a mencionada matéria só se tornou uniforme no âmbito legislativo quando da promulgação do atual Código de Processo Penal, datado de 1941. O seu artigo 186 dispunha que

¹² TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro, op. cit., p. 94.

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

Em 1988, a nova Constituição da República dispôs em seu artigo 5º, inciso LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Também vale ressaltar outros dispositivos constitucionais, os quais realizam uma interpretação mais ampla do direito à não autoincriminação, assegurando os princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV), e da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII).

Merece destaque a ratificação da adesão, em 1992, pelo Brasil, ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹³, bem como à Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁴, em que o país se comprometeu, perante a ordem jurídica internacional, a assegurar ao acusado o direito de não se declarar culpado e de não depor contra si próprio.

Por fim, a promulgação da Lei nº 10.792/2003 modificou diversos dispositivos relativos ao interrogatório judicial previsto na legislação processual penal, como o mencionado artigo 186, que passou a vigorar com a seguinte redação em seu parágrafo único: “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Nesse sentido, demonstrando a compreensão bastante ampla do direito à não autoincriminação pelos tribunais superiores brasileiros, deve-se ressaltar o julgamento do HC 89269, em 21/11/2006, sendo relator o Ministro Ricardo Lewandowski, da 1ª Turma, em que o Supremo Tribunal Federal reconhece um direito fundamental do indivíduo a não colaborar com as instâncias persecutórias. Esse direito protegeria não somente a liberdade de não depor contra si, mas também a de não se sujeitar a

¹³ Aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/1991, e determinação de seu cumprimento pelo Decreto nº 592, de 06/07/1992.

¹⁴ Aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 27, de 26/05/1992, e determinação de seu cumprimento pelo Decreto nº 678, de 06/11/1992.

quaisquer diligências probatórias que dependam de uma atuação positiva do acusado, como o fornecimento de padrões de voz¹⁵ ou de escrita.¹⁶

¹⁵ STF, HC 83096, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 18/11/2003, DJ 12/12/2003, p. 8.

¹⁶ STF, HC 77135, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, j. 08/09/1998, DJ 06/11/1998, p. 3.

2. O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Primeiramente, imprescindível demonstra-se a definição dos direitos fundamentais, os quais são caracterizados sob duas ordens: formal e material.

Diante do aspecto formal, os direitos fundamentais são aqueles em que a Constituição da República de 1988 colocou um grau elevado de segurança, sendo eles imutáveis – as chamadas cláusulas pétreas –, ou então, com alterações admitidas apenas por emenda constitucional.

Materialmente, os direitos fundamentais diferem de acordo com os valores consagrados em nossa Constituição, bem como o Estado Democrático de Direito e a sua ideologia. Destaca-se a concepção destes direitos aludida por Alexandre de Moraes:

(...) conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.¹⁷

Desse modo, os direitos fundamentais são destinados, essencialmente, ao resguardo da dignidade humana, a qual se projeta em tutela quanto ao Estado e quanto aos próprios semelhantes da sociedade. Cabe ressaltar que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão – individual e institucional – e demonstram que a proteção não se dá tão somente ao titular do direito.

No entanto, os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados. Isto porque, em qualquer sociedade e seu ordenamento jurídico, há a necessidade de coexistência dos direitos entre si, o que resulta em

¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentário aos artigos 1 ao 5 da Constituição da República Federativa do Brasil*, São Paulo, Atlas, 2011, p.66.

inevitáveis restrições. Nota-se, porém, conforme salienta o Ministro Gilmar Mendes, que “as restrições são limitadas, porque os direitos fundamentais vinculam também o legislador. Deverão elas ser claras, determinadas, gerais e proporcionais”.¹⁸

A partir disso, fundamental se demonstra o princípio da proporcionalidade, na medida em que as restrições legais quanto aos direitos fundamentais devem ser excepcionais, respeitando os seguintes critérios: legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, adequação desses meios à consecução dos objetos almejados, e necessidade de sua utilização. De acordo com Gilmar Mendes:

(...) a adequação exige que as restrições adotadas sejam aptas a alcançar o objetivo pretendido. Já o requisito da necessidade deverá garantir que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo será igualmente eficaz para atingir os objetivos a serem alcançados.¹⁹

O princípio *nemo tenetur se detegere*, sem qualquer dúvida, é considerado como direito fundamental pelo ordenamento jurídico brasileiro. Insta salientar que a ausência de um enunciado específico não configura qualquer óbice para o reconhecimento da existência de um direito geral à não autoincriminação. Isto porque, assim o é reconhecido, não apenas pelo enunciado do artigo 5º, inciso LXIII, da Carta Magna; haja vista a existência de outras vertentes do *nemo tenetur se detegere*, as quais não se limitam tão somente ao direito ao silêncio.

Nesse sentido, o autor Paulo Mário Canabarro Trois Neto²⁰ afirma que: “Nem a literalidade, nem a maior ou menor clareza vocabular do dispositivo transcrito autorizam uma concepção restritiva do tipo normativo do direito a não contribuir para a própria condenação.” Sendo assim, como anteriormente exposto, uma lei que visa restringir o direito a não produzir prova contra si mesmo deverá observar, imprescindivelmente, os critérios elencados pelo Ministro da Suprema Corte, sob pena de ser inconstitucional.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 34.

¹⁹ *Ibid*, p. 34.

²⁰ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro, *op. cit*, p. 103.

Assim, conforme já mencionado, é possível citar como a maior característica do direito fundamental a proteção do indivíduo contra excessos e abusos do poder estatal. Nessa ótica, Maria Elizabeth Queijo leciona que o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, inclui

O resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.²¹

Nota-se que o *nemo tenetur se detegere* está inserido nos direitos de primeira geração, isto é, os direitos da liberdade. Mais especificamente, os direitos de primeira geração podem ser traduzidos como direitos de resistência perante o Estado, incluindo a proteção da liberdade do indivíduo quanto a possíveis vulnerações por parte do Estado.

Não obstante a tal fato, o *nemo tenetur se detegere* também enquadra-se na garantia do devido processo legal e, conseqüentemente, reflete na própria legitimação da jurisdição. Isto porque, o interesse público está inerente ao exercício correto e adequado da função jurisdicional, o qual depende – além de outras garantias constitucionais – do respeito ao direito à não autoincriminação.

Sendo assim, pelos fundamentos esposados, observa-se que, de fato, o princípio *nemo tenetur se detegere* não se restringe tão somente ao inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal. Correto é dizer que o *nemo tenetur se detegere* configura-se na reunião de diversos dispositivos constitucionais, merecendo destaque os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

2.1 A incorporação do direito à não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro

²¹ QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit, p. 55.

Conforme exposto, o princípio *nemo tenetur se detegere*, por ser direito fundamental, foi reproduzido em diplomas internacionais sobre direitos humanos. Desse modo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, mencionou expressamente o princípio em tela, em seu artigo 14, n. 3, alínea g:

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

(...)

g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, reconheceu o *nemo tenetur se detegere* dentre as garantias mínimas a serem respeitadas em relação aos acusados de um delito. Versa o seu artigo 8, parágrafo 2º, alínea g:

Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

Nota-se, também, o reconhecimento ao princípio da presunção de inocência, o qual está intimamente relacionado ao *nemo tenetur se detegere*. Inclusive, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, embora não tenha mencionado expressamente o *nemo tenetur se detegere*, reconheceu a presunção de inocência e vedou a utilização de tortura.

Ainda, nesse sentido, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, datada de 1950, igualmente não fez menção expressa ao princípio em questão, mas acolheu, em seu artigo 6º, a presunção de inocência e as normas do *fair hearing*.

Sendo assim, diante desse cenário de tratados internacionais essenciais à evolução de uma persecução criminal mais justa, o Brasil –

conforme mencionado no item 1.2 deste trabalho – ratificou, em 1992, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Após essa incorporação dos referidos diplomas internacionais ao direito brasileiro, resta uma dúvida acerca da hierarquia destes tratados sobre direitos fundamentais no âmbito interno do ordenamento jurídico brasileiro.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, os tratados e convenções internacionais são incorporados, de fato, ao direito nacional, através da aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, como enuncia o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição da República.

Insta salientar que esses tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos corretamente aprovados equivalem-se às emendas constitucionais. Portanto, o princípio *nemo tenetur se detegere* configura-se uma garantia constitucional – sendo, conforme retromencionado no item 2, um direito fundamental –, tornando inaplicável qualquer legislação infraconstitucional conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

2.2 *Nemo tenetur se detegere* e o devido processo legal

O princípio constitucional do devido processo legal, mencionado expressamente no artigo 5º, inciso LIV, da nossa Carta Magna, possui origem no direito anglo-saxão. Desde o seu nascimento, tal cláusula visa limitar o arbítrio das autoridades, garantindo às partes um processo justo.

Na doutrina, o devido processo legal é definido como o

Conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.²²

²² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, *Teoria geral do processo*. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 82.

Deve-se destacar, contudo, que essas garantias não são destinadas a resguardar tão somente o interesse das partes litigantes como direitos públicos subjetivos.

Insta salientar que o devido processo legal e suas decorrências também objetivam a tutela do próprio processo, isto é, legitimam a função jurisdicional. Sob essa ótica, Ada Pellegrini Grinover afirma que “trata-se de garantias, não só das partes, mas da jurisdição, visando o justo processo”.²³

Sobre o assunto, Vicente Greco Filho leciona:

(...) a expressão 'devido processo legal', no âmbito processual penal, tem duplo sentido: significa processo necessário, porque não é possível aplicar pena sem processo, e, na segunda acepção, significa processo adequado, ou seja, aquele que assegura a igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa.

Desse modo, é possível observar que, além da ótica individualista das garantias processuais, nota-se um prisma publicístico. Isto porque, ainda que, a priori, o devido processo legal contemple o direito do cidadão em ter todas as suas “armas” para convencimento do julgador, também é interesse da própria jurisdição o seu correto exercício.

Observa-se que o devido processo legal serve como base para diversos outros princípios, como o contraditório e a ampla defesa, capitulados no artigo 5º inciso LV da Constituição da República. Inclusive, os mesmos são hábeis para qualquer ramo do direito processual, buscando sempre a efetiva observância dos mesmos para um procedimento judicial correto.

Assim, no conjunto de garantias que formam o devido processo legal podem ser elencadas: a garantia do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, do tratamento paritário dos sujeitos processuais, da publicidade dos atos processuais, da motivação das decisões judiciais, e da fixação de prazo razoável para duração do processo. Mais especificamente no processo penal, há a garantia da presunção de inocência e as garantias referentes à prisão,

²³GRECO FILHO, Vicente, *Manual de Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 2013, p.54.

tais como o direito à identificação dos responsáveis pela prisão, direito ao silêncio, assistência da família e de advogado, entre outras.

Desse modo, o *nemo tenetur se detegere* está inserido como um dos princípios que compõem o devido processo legal, visto que também assegura a legitimação da função jurisdicional, à luz de uma visão ética do processo penal. Isto porque, pode-se dizer que a garantia do devido processo legal está violada quando as formas do procedimento são capazes de impedir o direito de defesa.

No Estado Democrático de Direito, a tarefa do direito processual penal não consiste apenas em propiciar as condições para uma solução final do caso, pois deve estabelecer mecanismos processuais capazes de atenuar os riscos provocados pelo notório desequilíbrio de poderes encontrado na relação entre o Estado e o acusado. Pode-se dizer, assim, que a eficácia na prestação da justiça penal deve estar intimamente ligada à garantia de sua forma jurídica, já que o exercício da jurisdição no âmbito do processo penal se vincula, necessariamente, ao modo como ela é alcançada.

Nesse sentido, Paulo Mário Canabarro Trois Neto, adotando a doutrina de Winfried Hassemer, escreve:

O desenvolvimento do procedimento penal envolve um processo de compreensão ou comunicação orientado à apuração formalizada da verdade. O direito processual penal disciplina as normas reguladoras da comunicação que se estabelece entre os participantes do procedimento, definindo *modelos de compreensão cênica* que ordenam e asseguram a produção do caso.²⁴

O princípio *nemo tenetur se detegere*, elencado no direito à ampla defesa e na presunção de inocência, reflete-se ainda em outras garantias fundamentais, como o direito à integridade física e moral do acusado, e a vedação de tortura ou outros tratamentos desumanos. Nota-se que tais direitos, incluindo o direito à não autoincriminação, não são exclusivos do preso, devendo ser aplicados durante toda a persecução penal.

2.3 *Nemo tenetur se detegere* e a ampla defesa

²⁴TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro, op. cit., 109.

Como já exposto, o direito à ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, enquadra-se na cláusula do devido processo legal, consistindo em um dos fatores legitimadores da função jurisdicional.

A ampla defesa abrange a autodefesa e a defesa técnica. Pode-se dizer que a autodefesa configura-se em dois direitos, quais sejam, o direito de presença e o direito de audiência. O primeiro traduz a oportunidade de o acusado se posicionar quanto às provas produzidas e às alegações a ele imputadas.

Enquanto isso, o direito de audiência significa o interrogatório do réu, isto é, o momento em que o acusado poderá narrar e esclarecer a sua versão dos fatos para o juízo. Embora a autodefesa seja garantia constitucional, a mesma é renunciável, podendo assim, o acusado exercer ou não este direito. Sendo assim, o interrogatório demonstra a sua extrema importância para com o exercício da autodefesa.

Vale dizer, a defesa técnica, exercida por profissional legalmente habilitado, é indisponível, devendo ser plena e efetiva, sob pena de nulidade. Veja-se a súmula nº 523, do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Isto porque, conforme explicita Maria Elizabeth Queijo²⁵, “somente assim será assegurada a igualdade de armas e o contraditório”. Ora, se é notória a desigualdade – no âmbito de conhecimento técnico – da relação entre Ministério Público e o imputado, nada mais justo que, para o fortalecimento da capacidade comunicativa do acusado, seja lhe assegurado o acompanhamento de um profissional habilitado para tal exercício, dando-lhe o devido apoio ao seu discurso. Reconhecido que o Estado, por meio do *Parquet*, possui característica eminentemente técnica, o equilíbrio processual entre as partes estaria violado, caso não houvesse a assistência de um advogado para assistir o acusado.

²⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 75.

Sob a ótica do interrogatório, o princípio *nemo tenetur se detegere* se torna imprescindível para o exercício correto deste instituto, visto que o direito ao silêncio – elencado na Constituição da República em seu artigo 5º, inciso LXIII – é decorrência do princípio em tela. Desse modo, apenas com o reconhecimento do direito ao silêncio é que a autodeterminação e a liberdade moral do acusado foram valorizadas em nosso ordenamento jurídico, na medida em que o acusado decide se colabora ou não com a persecução penal.

Mais uma vez, discursando sobre a doutrina de Winfried Hassemer, Paulo Mário Canabarro Trois Neto afirma que: “a participação do acusado configura um caráter de interação à compreensão cênica do procedimento penal”²⁶. Isto significa dizer que, se o acusado não deve ser tratado como mero objeto da investigação, torna-se essencial o reconhecimento da possibilidade dele exercer influência na instrução criminal e em seu resultado – cabendo somente ao imputado esta escolha.

No entanto, como o *nemo tenetur se detegere* não se esgota no direito ao silêncio, sendo ele direito mais amplo – o direito a não produzir provas contra si mesmo, a autodefesa abarca também o direito de recusa em colaborar com a produção de provas. Dessa forma, o direito à ampla defesa apresenta dois aspectos, sendo

Um positivo, que se realiza na efetiva utilização dos instrumentos, dos meios e modos de produção, certificação, esclarecimento ou confrontação de elementos de prova que digam com a materialidade da infração criminal e com a autoria; e um outro negativo, consistente na não produção de elementos probatórios de elevado risco ou potencialidade danosa à defesa do réu.²⁷

2.4 *Nemo tenetur se detegere* e a presunção de inocência

Adotado em nossa Carta Magna no inciso LVII do seu artigo 5º, o princípio da presunção de inocência também é corolário do devido processo legal. Não obstante, a sua adoção é sinônimo de reafirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é valor norteador do Estado

²⁶ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro, op. cit., p. 111.

²⁷ AZEVEDO, David Teixeira de, *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, p. 290. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 99.

Democrático de Direito, sendo totalmente vinculado ao modelo garantista adotado pelo Brasil.

Eugênio Pacelli de Oliveira, ao tratar do tema 'Garantismo e Intervenção Penal', afirma que:

Embora toda e qualquer garantia processual individual se insira no contexto do garantismo, não significa que o seu conceito possa ser resumido a um conjunto de garantias estipuladas em favor do réu no processo penal.²⁸

Fato é que, com toda a certeza, o modelo garantista no processo é algo que transcende as garantias fundamentais do acusado. Isto porque:

Para além da autoridade inerente a qualquer ato do Poder Público, as decisões judiciais em matéria criminal, mais que quaisquer outras (administrativas e políticas), devem demonstrar o amplo conhecimento sobre a matéria decidida. E de tal maneira que toda condenação criminal seja fruto exclusivo do saber (conhecimento), e não manifestação de poder (de autoridade). Conhecidas as inúmeras dificuldades de todo conhecimento (afirmação da certeza), a solução de um caso penal somente poderá obter legitimidade quando fundada em procedimento judicial no qual se permitam o mais amplo conhecimento dos fatos e a mais ampla possibilidade de argumentação jurídica.²⁹

Em relação ao significado técnico do princípio da presunção de inocência, é possível afirmar que o mesmo corresponde a não considerar previamente a culpabilidade, devendo ser considerado inocente o acusado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Insta salientar que o princípio em questão resulta em diversos reflexos, principalmente quanto ao tratamento do acusado – dentro e fora do campo processual penal – e quanto às prova colhidas na persecução criminal.

Quanto ao tratamento do acusado, durante todo o curso do processo, deverá ser igual ao de qualquer outro cidadão, sem qualquer diminuição moral ou social. No que tange à liberdade, a presunção de inocência impõe que medidas cautelares decretadas tenham finalidade estritamente processual, sob pena de significarem antecipação de possível pena.

No âmbito probatório, a demonstração mais elementar da presunção de inocência é o ônus da prova recair exclusivamente para a acusação,

²⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de Processo Penal*, São Paulo, Atlas, 2014, p. 33.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*, Revista dos Tribunais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. Apud OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, op. cit., p. 32.

incumbindo assim, ao Ministério Público, demonstrar a culpabilidade do acusado. Preleciona, nesse sentido, Afrânio da Silva Jardim:

O ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação. Ao acusado bastará opor-se à pretensão acusatória por meio de simples negativa dos fatos alegados pela acusação ou por negativa qualificada por afirmação de fatos excludentes daqueles imputados na denúncia. (...) a dúvida sobre fato relevante para o julgamento da pretensão punitiva, desta forma, resume-se em dúvida sobre a acusação penal, determinando a absolvição do réu por insuficiência de prova.³⁰

Ainda, no campo probatório, observa-se a impossibilidade de se obrigar o acusado a cooperar na investigação dos fatos. Nesse prisma, o *nemo tenetur se detegere* apresenta-se perfeitamente, de modo que não é admitido o acusado se tornar objeto da prova – qualquer que seja ela. Cabe ressaltar que, em hipótese nenhuma, a recusa do acusado em colaborar na persecução penal pode ser valorada como desfavorável a ele.

Merece destaque, ainda, o *in dubio pro reo*, o qual preconiza a ideia: na dúvida, prevalece a incerteza. Isto é, em um Estado Democrático de Direito, a interpretação pautada pelos postulados da vedação de excesso do poder estatal e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, impõe, em situações de incerteza, a absolvição do réu.

2.5 *Nemo tenetur se detegere* e a dignidade da pessoa humana

Em muitas constituições, tratados e declarações internacionais, há a previsão reiterada do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se vincula com a manutenção dos direitos humanos e da paz.

O filósofo alemão Kant, ao tratar da dignidade, afirma que:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela uma dignidade.³¹

³⁰ JARDIM, Afrânio da Silva, *Direito Processual Penal – Estudos e Pareceres*, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 214.

³¹ KANT, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Trad. Paulo Quintela, Lisboa, Edições 70, 2004, p. 77. Apud TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro, op. cit. p. 106.

Nesse sentido, a própria humanidade já é considerada uma dignidade, ou seja, a dignidade assegura um mínimo de respeito ao homem pelo só fato de ser homem. Por tal fato, a dignidade da pessoa humana não resulta de criação normativa. Desse modo, todo ser humano está obrigado a reconhecer, através de suas ações, a dignidade existente em cada e qualquer pessoa.

Nota-se que a dignidade humana abarca a garantia de condições mínimas de existência, pois devem ser oferecidos os recursos que dispõe a sociedade para que todo ser humano obtenha uma existência digna, bem como condições indispensáveis para o seu desenvolvimento. Pode-se dizer que o princípio em tela abrange a dimensão material e espiritual do ser humano.

Respeitar a dignidade da pessoa humana significa conceber a ideia de que toda pessoa é um ser capaz de exigir direitos. Sendo assim, quando o indivíduo é tratado tão somente como destinatário de regras criadas em benefício exclusivo de outras pessoas ou fins, evidente está a desconsideração de sua posição como membro na sociedade, violando assim, a dignidade da pessoa humana.

Diante disso, como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana possui relação íntima com a forma que o Estado deve proceder na instrução criminal. Afinal, o acusado não é simples objeto de procedimento, e sim, sujeito dotado de direitos, o que configura na fundamental proteção da dignidade do acusado em face da intervenção estatal excessiva.

Inclusive, em decorrência de atrocidades cometidas por regimes autoritários, a dignidade da pessoa humana passou a ser enumerada em diversas Constituições, sendo valor supremo e base de todos os outros direitos fundamentais. Inadmissíveis, portanto, medidas que configurem humilhações, discriminações ou perseguições.

Observa-se, assim, que o *nemo tenetur se detegere* é representativo do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é considerado como expressão máxima dos direitos humanos, estando presente como

fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Desse modo, além de seus status supralegal, através da incorporação dos tratados e convenções internacionais – de acordo com o parágrafo 3º do artigo 5º da Carta Magna – o *nemo tenetur se detegere* também pode ser considerado imanente ao ordenamento jurídico brasileiro. Maria Elizabeth Queiroz preleciona:

Em reforço, o art. 5º, § 2º, do texto constitucional, em sua primeira parte, dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Assim, acolhida a dignidade humana como um dos valores fundamentais do Estado brasileiro, incorpora-se o *nemo tenetur se detegere* no elenco de direitos fundamentais, como dela decorrente, por força do disposto no aludido art. 5º, § 2º, da Constituição.³²

Ademais, o direito ao silêncio, uma das principais decorrências do *nemo tenetur se detegere*, também está previsto expressamente no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República.

De acordo com os fundamentos já esposados, o princípio em tela também decorre das garantias do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência, todos estes – juntamente com a dignidade da pessoa humana, um dos corolários do Estado Democrático de Direito – agasalhados em nossa Constituição Federal.

Conclui-se, portanto, que o *nemo tenetur se detegere* deve ser sempre respeitado como direito fundamental, merecendo especial atenção no que versa sobre o interrogatório do acusado.

³²QUEIROZ, Maria Elizabeth, op. cit., p. 104.

3. O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO APLICADO NO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO

Sem qualquer dúvida, o direito ao silêncio é a manifestação mais difundida, no processo penal, especialmente no momento do interrogatório, do princípio *nemo tenetur se detegere*.

No modelo inquisitório, sistema o qual as funções de acusação e de julgamento eram reunidas em um só órgão e, ainda, o juiz também atuava na fase de investigação, a tendência era colher provas por meio do acusado e de sua colaboração. Este sistema, característico dos governos autoritários, não possuía o reconhecimento do direito ao silêncio, pois o acusado era objeto do processo, na medida em que “propugnava-se a descoberta da verdade, ainda que à custa de constrangimento contra a integridade física e a liberdade moral do acusado”.³³

Infelizmente, no sistema inquisitorial:

O acusado era obrigado a prestar declarações, sempre com vistas à obtenção da confissão, mesmo que, para tanto, se empregasse a tortura. Ele era tido como detentor de uma verdade absoluta, que deveria ser revelada a todo custo. Referida ideia está associada, evidentemente, à conclusão pré concebida de que o acusado era culpado.³⁴

Neste contexto, no modelo inquisitorial não havia qualquer respeito ao princípio da presunção de inocência, tampouco ao *nemo tenetur se detegere*.

Há que se falar que o modelo inquisitório possui como princípio a presunção de culpa do acusado, visto que a sua regra era da confissão – autoincriminar-se –, tida como a prova mais convincente.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Interrogatório do réu e direito ao silêncio*, São Paulo, Ciência Penal. 1976, p. 18 e 19. Referida autora destaca que, no sistema inquisitório, o acusado era objeto do processo. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 107.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 199, p. 147. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 107.

Com a evolução do processo penal, criou-se o modelo acusatório, em que se atribui a órgãos diferentes as funções de acusação, investigação e julgamento. Embora o modelo brasileiro seja o acusatório, ainda há algumas dificuldades para que este seja efetivamente acusatório.

Em relação ao tema principal abordado na presente monografia, insta salientar a dificuldade apresentada quanto à distribuição do ônus da prova no processo penal. Isto porque, há uma ampla liberdade de iniciativa probatória conferida ao magistrado, a qual é legitimada, muitas vezes, pelo princípio da verdade real.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira leciona sobre a verdade real:

Ora, além do fato de não existir nenhuma verdade judicial que não seja uma verdade processual, tal princípio, na realidade, na extensão que se lhe dá, pode ser – e muitas vezes foi e ainda é – manipulado para justificar a substituição do Ministério Público pelo juiz, no que se refere ao ônus probatório que se reserva àquele.³⁵

A mencionada questão sobre ônus da prova pode significar um verdadeiro retrocesso quanto ao efetivo modelo acusatório, bem como à aplicação do *nemo tenetur se detegere*, haja vista a importância dada a uma suposta verdade real dos fatos, que poderia comprometer a possibilidade de colaboração do acusado durante a persecução criminal. Sendo assim, o artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal e sua redação dada pela Lei nº 11.690/08, devem ser respeitados, a qualquer custo, para que a iniciativa probatória do juiz limite-se apenas ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos acerca daquilo já trazido pelas partes.

Apesar de certas dificuldades, somente no modelo acusatório que o acusado deixa de ser tratado como objeto da prova, sendo capaz de incidir, então, o princípio *nemo tenetur se detegere* e, conseqüentemente, o direito ao silêncio no interrogatório do acusado.

Nota-se que:

O *nemo tenetur se detegere* é um princípio de civilidade, típico do modelo acusatório. Nele, o acusado não é mais considerado como a pessoa que deve

³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, op. cit., p. 11.

contribuir e iluminar o juiz com o seu conhecimento. É-lhe dada liberdade para decidir se fornece ou não a sua própria contribuição para o processo.³⁶

Contudo, é importante ressaltar que, embora todo o avanço jurídico, ainda há resquícios do sistema inquisitivo. “Deve-se observar, primeiramente, que o exercício de um direito não precisa ser justificado por seu titular”.³⁷ Neste contexto, não deveria o acusado ter que se manifestar para ficar em silêncio, não deveria ter que ficar em frente ao juiz e responder que exercerá seu direito constitucional ao silêncio. Muito pelo contrário. Somente se desejasse falar é que deveria se manifestar, no sentido de que o simples fato de não se manifestar já configurasse seu exercício do direito ao silêncio.

3.1 Considerações sobre interrogatório

Interrogatório é o ato processual que confere oportunidade ao acusado de se dirigir diretamente ao juiz para se defender, apresentando sua versão dos fatos que lhe são imputados, podendo indicar provas em seu favor, confessar, ou permanecer calado.

Ademais, imprescindível se torna a identificação da natureza jurídica do interrogatório, pois, a partir dela, serão extraídas as consequências em relação à aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere*. Há três correntes sobre o assunto: como meio de prova, como meio de defesa, ou com natureza mista.

No modelo inquisitório, a natureza jurídica do interrogatório é de meio de prova, visto que o acusado, como retromencionado, é objeto de prova. Sendo o interrogatório meio de prova, o acusado fica submetido a responder todas as indagações que lhe forem formuladas, não havendo direito ao silêncio. Adalberto José Q. T. Camargo Aranha afirma que “o

³⁶ GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere*. Milano, Giuffrè, 1972, p. 76. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., 108.

³⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 260.

interrogatório é meio de prova, pois o juiz o ponderará com os demais meios de prova e formará, através dele também, sua convicção”.³⁸

A natureza jurídica do interrogatório como meio de defesa – apresentada no modelo acusatório – consiste na faculdade de o acusado responder às questões formuladas. Isto é, de acordo com o seu livre arbítrio, o acusado que irá decidir acerca de sua colaboração ou não quanto às perguntas feitas a ele. Afirma-se, ainda, que o mesmo pode mentir em seu interrogatório, pois a verdade não o é obrigada, e, tampouco, acarretará em qualquer prejuízo para a sua defesa. Nessa hipótese, portanto, presente está o *nemo tenetur se detegere*, por meio do direito de não produzir prova contra si mesmo.

Conforme já exposto, o interrogatório está intimamente vinculado ao direito de audiência, o qual faz parte da autodefesa e, portanto, do direito à ampla defesa. Sob esse prisma, o interrogatório é o instrumento pelo qual o acusado pode expor a sua versão dos fatos, constituindo meio de defesa, desde que ele esteja ciente de seus direitos e da ausência de obrigatoriedade em fornecer quaisquer provas em seu desfavor.

A única consequência admissível, portanto, do fato de o acusado silenciar-se é que este não apresentará a sua versão dos fatos narrados na inicial acusatória. Isto é, está deixando ele de aproveitar uma oportunidade para apresentar, desde já, elementos para a sua defesa. Contudo, jamais, pode ser interpretado o silêncio como indício de culpabilidade.

Cabe destacar que a prerrogativa de manter-se calado durante o interrogatório constitui um meio de defesa, a ser exercido de acordo com critérios de conveniência, oportunidade e utilidade. Em determinados casos, a escolha por não produzir qualquer tipo de prova durante o interrogatório pode ser mais benéfica do que uma atuação impensada e, muitas das vezes, desarticulada com outras manifestações do acusado ao longo da instrução processual.

³⁸ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 113. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 115.

Ademais, o respeito ao silêncio do acusado também se presta a proteger a garantia ao contraditório naquelas situações em que este não pode ser efetivamente manejado, hipóteses nas quais o acusado não tem conhecimento acerca dos fatos questionados, ou não os compreende, ou está sob domínio de emoção que lhe prejudica a memória e a capacidade de expressar-se adequadamente, ou ainda situações em que se sente oprimido e inseguro diante das autoridades estatais.

Nas situações em que o acusado opta por responder às indagações formuladas, correto é dizer que o interrogatório está sendo apresentado como fonte de prova. Isto porque, ao fornecer sua versão dos fatos, o acusado poderá declinar elementos probatórios que serão analisados pelo julgador, podendo, inclusive, serem úteis para a descoberta da verdade.³⁹

Nota-se que, nesses casos, o interrogatório pode ser tido como fonte de prova, mas nunca como meio de prova; visto que não é essa a sua finalidade. Caso contrário, estaria presente um total retrocesso a um efetivo modelo acusatório, ao próprio Estado Democrático de Direito, e ao *nemo tenetur se detegere*, pois estaria colocando o acusado como objeto da prova novamente.

A terceira corrente entende que o interrogatório possui natureza mista, isto é, deve ser considerado como meio de defesa e meio de prova. Julio Fabbrini Mirabete⁴⁰ dá ênfase ao interrogatório como meio de prova, mas sendo também, de forma secundária, meio de defesa. Enquanto Guilherme de Souza Nucci⁴¹ enfatiza o interrogatório como meio de defesa, mas o destaca em segundo plano como meio de prova.

Insta salientar que a natureza jurídica do interrogatório não está ligada somente à inserção deste como meio de prova – ou de defesa – na legislação, e sim, como é dado o tratamento acerca do *nemo tenetur se detegere*. Sendo assim, o reconhecimento ou não do princípio em questão

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As nulidades do processo penal*, 1995, p. 72. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 116.

⁴⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Código de Processo Penal Interpretado*, São Paulo, Atlas, 2003, p. 297.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 368.

traduz também a opção entre um ordenamento jurídico autoritário ou liberal, especialmente no tocante ao processo e a relação entre governo e cidadão.

Dependendo da natureza jurídica do interrogatório, em determinado ordenamento jurídico, torna-se possível dimensionar o seu valor probatório, ainda que as declarações prestadas pelo acusado sejam sempre consideradas com reservas. Desse modo, quando o interrogatório é tido como meio de prova, há um reconhecimento do valor probatório das declarações feitas pelo réu.

Nesse sentido, Maria Elizabeth Queijo preleciona:

Em reforço, chega-se até mesmo a inquiri-lo, sob juramento, se ele assim desejar, aumentando-se consideravelmente o valor probatório de suas declarações. É o que ocorre no direito norte-americano, no qual se reconhece ao acusado a opção de submeter-se ao *cross examination*. Nesse caso, passará a ostentar o status de testemunha de defesa. Após o juramento, obrigando-se a dizer a verdade, será submetido ao *direct examination*, por parte do defensor, e, finalmente, ao *cross examination*, pela acusação.⁴²

O interrogatório, considerado como meio de defesa, possui valor probatório escasso. Nesses casos, o acusado não é obrigado a dizer a verdade, isto é, assegurado está o seu direito à não autoincriminação. Dessa forma, assim como é adotado no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto processual do interrogatório apresenta-se como uma oportunidade durante o procedimento em que o acusado poderá exercer a autodefesa – através do direito da audiência, optando por falar ou se manter em silêncio.

Sendo assim, merece destaque a posição de André Nicolitt, o qual passou entender a natureza jurídica do interrogatório como mista:

Antes do advento da Lei nº 10.792/2003 entendíamos que o interrogatório era exclusivamente meio de defesa, até porque não era submetido ao contraditório, uma vez que as partes não podiam intervir no ato, até então exclusivo entre juiz e acusado. Não obstante, pensamos que com o formato que lhe foi dado pela Lei nº 10.792/2003, atualmente o interrogatório é meio de defesa, mas também meio de prova.⁴³

⁴² QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 114.

⁴³ NICOLITT, André, *Manual de Processo Penal*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, p. 387.

3.2 Disciplina do interrogatório no Código de Processo Penal à luz da Constituição da República de 1988

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, toda a matéria acerca do interrogatório constava exclusivamente no Código de Processo Penal – que, apesar de atual, data de 1941. Os dispositivos que abarcam tal instituto estão no Capítulo III do Título VII (Da Prova), bem como há um particular interesse no Capítulo IV, o qual trata da confissão.

Desse modo, afirmava-se que o interrogatório era meio de prova no direito brasileiro. Inclusive, o direito ao silêncio não estava efetivamente tutelado no âmbito processual penal brasileiro. Melhor exemplo não há que o artigo 186 do Código de Processo Penal, antes de sua nova redação dada pela Lei nº 10.792/03. Veja-se a antiga redação do citado dispositivo:

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

Ora, é verdade afirmar que:

O acusado não estava obrigado a colaborar no interrogatório, não estava obrigado a dizer a verdade e não era obrigado a responder às indagações, em que pese a advertência ameaçadora consignada no art. 186 do referido diploma. Contudo, a possibilidade de silenciar, arcando com consequências prejudiciais à defesa, nem de longe representava efetiva tutela do direito ao silêncio.⁴⁴

Desse modo, não há como afirmar, em hipótese alguma, que o *nemo tenetur se detegere*, através do direito ao silêncio, era reconhecido no Código de Processo Penal de 1941, anterior à nossa Carta Magna.

Com a promulgação da Constituição de 1988, porém, ficou estabelecido em seu artigo 5º, inciso LXIII, o direito ao silêncio, bem como a assistência de advogado – o que também demonstra a presença da ampla defesa.

Observa-se que o dispositivo faz menção ao acusado preso, o qual será informado de seus direitos no momento da prisão, e não somente no interrogatório. Sendo assim, o direito ao silêncio, assegurado no diploma constitucional, se aplica tanto no interrogatório do inquérito policial, como naquele realizado em juízo.

⁴⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 128.

Sendo assim, com o reconhecimento do direito ao silêncio em nossa Constituição Federal e, conseqüentemente, a sua efetiva aplicação no direito brasileiro, há que se afirmar que o interrogatório configurou-se como meio de defesa.

Vale dizer, o artigo 198 foi parcialmente revogado pelo texto constitucional, sendo mantida apenas a sua primeira parte, pois o silêncio não pode vir a constituir qualquer elemento para convencimento do julgador.⁴⁵

Também ocorreu a revogação do artigo 191 do diploma processual penal, visto que consignar as perguntas que o acusado não respondeu e as razões para o seu silêncio em nada se compatibilizam com o princípio *nemo tenetur se detegere*.⁴⁶ Isto porque, seria o mesmo que indicar uma possível autoincriminação – ainda que não expressa sob a confissão do acusado –, servindo, ainda, como elemento hábil para influir no convencimento do juiz ou ser utilizado pelo *Parquet* em desfavor do réu. Seria, portanto, como um completo esvaziamento do *nemo tenetur se detegere*, o qual perderia todo o seu sentido e propósito – enfraquecendo, ainda mais, a parte mais frágil, qual seja o acusado.

Não obstante a alteração legislativa ocorrida, há autoridades que persistem na consignação das perguntas não respondidas pelo acusado, à míngua de dispositivo que ampare esse procedimento, pois já não subsiste a dicção original do artigo 191 do Código de Processo Penal, colidindo ainda com o disposto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.⁴⁷

Ademais, violado também estaria o direito ao silêncio se o acusado fosse obrigado a fornecer as razões pelas quais se absteve em responder as perguntas, já que estaria indiretamente respondendo.⁴⁸

No tocante ao assunto, muito bem ressalta Maria Elizabeth Queijo:

⁴⁵ AZEVEDO, David Teixeira de, *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, P. 292, sustentava, mesmo antes da Lei n. 10.792/2003, que o artigo 198 havia sido revogado. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 134.

⁴⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 134. Ainda, nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCA, Antonio Fernandes e GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As nulidades do processo penal*, p. 74; AZEVEDO, David Teixeira de, *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, p. 292. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 134.

⁴⁷ Ibid, p. 260.

⁴⁸ Ibid, p. 260.

Como não se pode extrair do exercício do direito ao silêncio qualquer consequência prejudicial à defesa, inútil a consignação das perguntas não respondidas e das razões arguidas pelo acusado, a menos que se pretenda, veladamente, admitir que seu silêncio continua a ter reflexos sobre o convencimento do julgador, entendimento que viola frontalmente o texto constitucional, em seu art. 5º, LXIII.⁴⁹

Embora o artigo 260 do Código de Processo Penal continue vigente em nosso ordenamento jurídico, muita discussão doutrinária há sobre o assunto. Maria Elizabeth Queijo entende que este dispositivo teria sido revogado pela Constituição da República de 1988, visto que, como decorrência do direito ao silêncio, o acusado, ainda que regularmente intimado, possui a escolha de comparecer ou não em seu interrogatório. “Sendo o interrogatório expressão da autodefesa e sendo esta renunciável, não poderá o acusado ser compelido, por meio de condução coercitiva, a comparecer à presença da autoridade”.⁵⁰

Todavia, André Nicolitt argumenta que há uma nítida diferença entre a qualificação – ato que ocorre antes do interrogatório – e o interrogatório propriamente dito. Primeiramente, o acusado será qualificado, depois informado do seu direito ao silêncio, para só depois ser interrogado:

Desta forma, a possibilidade da condução coercitiva do acusado tem lugar se houver necessidade de qualificá-lo. Estando devidamente qualificado nos autos, não há possibilidade de condução para interrogatório, pois esta representaria verdadeira inutilidade processual em vista do direito ao silêncio.⁵¹

O posicionamento supracitado, o qual Guilherme de Souza Nucci⁵² acompanha, demonstra-se o mais compatível com o princípio *nemo tenetur se detegere* – pois não viola a faculdade de o acusado comparecer ou não em seu interrogatório, sem, contudo, atrapalhar o andamento do processo – já que permite a qualificação do réu, se assim já não o tiver ocorrido.

Por fim, ressalta-se que, apesar da discussão doutrinária acerca do artigo 260 do Código de Processo Penal, na prática, o magistrado somente

⁴⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 259.

⁵⁰ Ibid, p. 135.

⁵¹ NICOLITT, André, op. cit., p. 388-389.

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 368.

determina a condução coercitiva do acusado “caso necessite, por alguma razão, identificá-lo e qualificá-lo”.⁵³

⁵³ NICOLITT, André, op. cit., p. 388-389.

4. DECORRÊNCIAS DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO

O interrogatório ocorre em uma audiência, perante o juiz, o membro do Ministério Público, e a defesa técnica do acusado. Antes de iniciá-lo, o juiz assegurará ao réu, de acordo com o artigo 185, § 5º, do Código de Processo Penal, o direito de entrevista reservada com o seu defensor, sendo direito subjetivo inerente à ampla defesa e ao devido processo legal, cuja violação gera nulidade absoluta.

Presentes o acusado, seu defensor, e o *Parquet*, o juiz, primeiramente, irá qualificar o acusado, tomando-lhe informações sobre seu nome, naturalidade, nascimento, filiação, profissão, entre outras. Por conseguinte, o magistrado dará ciência ao réu da acusação que lhe recai, lendo a denúncia e o rol de testemunhas. Em seguida, informará ao réu o seu direito de permanecer calado, bem como não responder quaisquer perguntas, quando assim quiser, e, deixando totalmente nítido que isto não implicará em nenhum prejuízo à sua defesa.

Após isso, então, o juiz começará o interrogatório em si. Vale ressaltar um ponto importante sobre a postura do magistrado durante este ato processual.

Deve o magistrado ter ciência e conduzir o ato de acordo com a natureza deste enquanto ato de defesa do réu”.⁵⁴ Isto é, “não pode o magistrado usar de indagações ardilosas para subtrair a verdade do acusado⁵⁵,

se tornando um inquisidor e, por consequência, violando a sua imparcialidade quanto juiz e as características do sistema acusatório.

⁵⁴ NICOLITT, André, op. cit., p. 390.

⁵⁵ Ibid, p. 390.

No mesmo sentido, Nucci pondera:

Não pode o juiz gerar medo no réu, insegurança, nem tampouco revolta e rancor. O momento é de autodefesa, primordialmente. Em segundo plano, forma-se a prova, contra o réu ou em seu benefício, caso deseje falar.⁵⁶

Cabe destacar que o princípio *nemo tenetur se detegere*, além de proteger o risco de autoincriminação, “resguarda também a liberdade de autodeterminação, que integra a liberdade moral, assegurando ao acusado a livre escolha do comportamento processual”.⁵⁷ Isto é, o réu possui uma liberdade de querer e poder determinar a sua postura durante o interrogatório, sem imposições externas – como ocorria antes da atual Constituição da República.

Desse modo, o interrogatório deve ser traduzido como um ato de defesa, na medida em que o imputado possui a oportunidade de exercer sua defesa pessoal – a autodefesa, inerente à ampla defesa –, devendo ser considerado, então, como um direito. Insta salientar que o interrogatório jamais pode ser considerado como um dever do réu, visto que a autodefesa é renunciável.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr escreve:

Quando o imputado submete-se a algum ato destinado a constituir uma prova de cargo, colaborando com a acusação, essa atividade não deve ser considerada como autodefesa positiva, mas sim como renúncia à autodefesa negativa, pois neste caso o imputado deixa de exercer seu direito de não colaborar com a atividade investigatória estatal (e a própria acusação em última análise).⁵⁸

Sendo assim, considerando o interrogatório tão somente como meio de defesa, imprescindível, portanto o reconhecimento do direito à não autoincriminação e, como sua principal decorrência, o direito ao silêncio.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 380.

⁵⁷ CORSO, Piermaria, *Diritto AL silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere? L'Indice Penale*, Milano, 1999, p. 1084. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 232.

⁵⁸ LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 191.

4.1 Direito ao silêncio

Embora errônea, há uma tendência em equiparar o princípio *nemo tenetur se detegere* ao direito ao silêncio, visto que são de fato indissociáveis. Ainda que o direito ao silêncio seja a mais tradicional manifestação do *nemo tenetur se detegere*, tal equiparação tornaria a interpretação do princípio em tela muito restrita.

Neste diapasão, Maria Elizabeth Queijo afirma:

O direito ao silêncio apresenta-se como uma das decorrências do *nemo tenetur se detegere*, pois o referido princípio, como direito fundamental e garantia do cidadão no processo penal, como limite ao arbítrio do Estado, é bem mais amplo e há diversas outras decorrências igualmente importantes que dele se extraem.⁵⁹

O direito ao silêncio corresponde ao direito de não responder às indagações formuladas pelas autoridades, sendo o direito do acusado em permanecer calado, para não correr qualquer risco de produzir prova contra si mesmo.

Conforme já exposto, a Constituição de 1988 consagrou expressamente o direito ao silêncio em seu artigo 5º, inciso LXIII; contudo, o Código de Processo Penal ainda detinha em seu artigo 186 a previsão de prejuízo à defesa, quando o réu optasse por permanecer calado. No entanto, é notório que “o exercício de um direito constitucional não poderia ser interpretado em detrimento da defesa”.⁶⁰

Dessa forma, surgiu a Lei nº 10.792/2003, para que o disposto na Carta Magna fosse realmente cumprido por todos os magistrados. Sendo assim, a referida lei ordinária deu nova redação ao artigo 186 do diploma processual penal, consagrando efetivamente o direito ao silêncio nas práticas judiciais:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

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

⁵⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 233.

⁶⁰ NICOLITT, André, op. cit., p. 394.

Com sua nova redação, o artigo 186 também adicionou um novo dever para as autoridades policial e judicial, que consiste na ciência do imputado em não estar obrigado a responder qualquer pergunta que lhe seja feita e, sobretudo, que não acarreta qualquer prejuízo para a sua defesa. Isto porque:

Se calar constitui um direito do imputado e ele tem de ser informado do alcance de suas garantias, passa a existir o correspondente dever do órgão estatal a que assim o informe, sob pena de nulidade do ato por violação de uma garantia constitucional.⁶¹

Destaca-se também a nova redação dada ao artigo 457 do Código de Processo Penal, através da Lei nº 11.689/08, que trata do procedimento do Tribunal do Júri:

Artigo 457. O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado.

Nota-se que não mais é necessária a presença do acusado no julgamento perante o Júri Popular, originando o chamado “júri de cadeira vazia”. O desembargador Paulo Rangel preleciona sobre o assunto:

O direito ao silêncio deve ser entendido como um pressuposto do direito de não comparecer à audiência, pois, se o acusado é representado, em juízo, pelo seu advogado e, em comum acordo com ele, resolve não comparecer em juízo, o Estado não pode compeli-lo a fazê-lo, sob pena de obrigar o acusado a depor contra si mesmo. (...) Não se trata de revelia, mas de não querer comparecer para dizer aquilo que não se quer dizer. A defesa técnica se incumbe da defesa do acusado, logo desnecessária sua presença.⁶²

É imprescindível notar que o “júri de cadeira vazia” nada mais é que uma manifestação do direito renunciável da autodefesa do acusado. Sendo assim, como no Tribunal do Júri a figura do réu influencia de fato na decisão dos jurados, na medida em que são considerados os aspectos físicos, sua posição na sociedade, sua profissão, entre outros elementos, é totalmente viável a escolha do acusado em não se sentar no banco dos réus em seu julgamento. Ora, infelizmente, ressalta-se que a análise na sessão

⁶¹LOPES JR., Aury, op. cit., p. 192.

⁶²RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri. Visão Linguística, Histórica, Social e Dogmática*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 230.

plenária passa pelo direito penal do autor, e não pela regra mais justa do direito penal do fato.

Não obstante, insta salientar que o julgamento feito pelo Tribunal do Júri não impõe o dever de motivação da decisão, vigendo a regra da íntima convicção, segundo a qual os jurados não estão obrigados a fundamentar as respostas à quesitação.⁶³ Portanto, uma pergunta acerca do *nemo tenetur se detegere* aplicado ao Júri Popular deve ser feita: “quem se atreverá a exercer o direito ao silêncio correndo o risco, historicamente comprovado, de ver utilizado contra si tal direito?”⁶⁴

Inequívoco o fato que

Não seria razoável exigir que o acusado comparecesse ao julgamento se, em plenário, poderia nada dizer em seu interrogatório. Sua presença serviria, tão somente, para submetê-lo à degradante cerimônia de sentar-se no banco dos réus perante toda a comunidade.⁶⁵

Obrigar que o réu compareça em sua sessão plenária perante o Júri Popular, sendo analisado pelos jurados, e opte pelo seu direito constitucional do silêncio, configura-se como um *nemo tenetur se detegere a contrario sensu*, posto que estará produzindo provas contra si mesmo desde o momento do seu comparecimento.

Se a função do magistrado em julgar alguém – função esta que assumem os jurados – pode ser considerada de extrema dificuldade, no tocante à imparcialidade quanto aos elementos que não são hábeis para seu convencimento como magistrado, mais difícil ainda se torna para os jurados, que são totalmente leigos quanto às técnicas judiciais para análise e apuração dos fatos. Inquestionável, assim, a forte tendência do Júri Popular para um direito penal do autor, nada mais justo que seja admitido o não comparecimento do réu em sessão plenária, a fim de garantir o seu direito à não autoincriminação.

⁶³ PACHELLI, Eugênio, op. cit., p. 718.

⁶⁴ Ibid, p. 718.

⁶⁵ BADARÓ, Gustavo, *As Reformas no Processo Penal – As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*, Coordenação: Maria Thereza Rocha de Assis Moura – Ministra do Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 149. Apud PACHELLI, Eugênio, op. cit., 717.

Como esposado nos primeiros capítulos do presente trabalho, o *nemo tenetur se detegere* constitui direito fundamental, não devendo ser violado, em nenhuma hipótese, sob pena de violar a Lei Maior, constituindo flagrante nulidade absoluta.

Conforme citado anteriormente, talvez a maior dificuldade para o julgador seja a questão do silêncio do imputado não gerar nenhuma valoração acerca de sua possível autoria dos fatos.

André Nicolitt, muito bem explicita esta situação do íntimo do magistrado em seu convencimento, ao lecionar que “o silêncio ou a negativa de responder determinada pergunta pode influenciar na íntima convicção do julgador, assim como muitas coisas influenciam de fato”.⁶⁶ Situação esta, que demonstra-se óbvia, tendo em vista que todo juiz, ainda que em pleno exercício de sua função da magistratura, é uma pessoa dotada de experiências, opiniões e valores, sendo impossível dissociá-lo totalmente como pessoa humana da figura do magistrado imparcial no exercício de suas funções. Desse modo, o autor complementa que:

Como em nosso sistema a sentença deve ser fundamentada (art. 93, IX, da CRF/1988), o silêncio do acusado não pode ser utilizado na fundamentação da sentença. Assim, por mais que em seu íntimo o juiz interprete o silêncio em desfavor do acusado, tal fato não pode ser transposto para a decisão.⁶⁷

Aury Lopes Jr. defende que

O sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.⁶⁸

Destacando-se em negrito que “**do exercício do direito ao silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado**”.⁶⁹

Importante ressaltar, assim, que o magistrado não pode se deixar contaminar por nenhuma ideia parcial sobre o silêncio do acusado. Mesmo que a sua experiência profissional e a sua opinião pessoal recaiam para um

⁶⁶ NICOLITT, André, op. cit., p. 394.

⁶⁷ Ibid, p. 394.

⁶⁸ LOPES JR., Aury, op. cit., p. 192.

⁶⁹ Ibid, p. 192.

juízo de valor desfavorável ao ato de silenciar-se, nunca este silêncio poderá ser elemento hábil para a fundamentação de uma sentença condenatória. Pode-se dizer que o correto seria simplesmente ignorar a presença da existência de um interrogatório – quando o réu permanece calado – no procedimento, valendo-se apenas das outras provas colhidas, sob pena, ainda que minimamente, de violar o consagrado pelo *nemo tenetur se detegere*.

Citando Luigi Ferrajoli, Aury Lopes Jr. leciona que

O princípio *nemo tenetur se detegere* é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recepcionada, a partir do século XVII, no Direito Inglês.⁷⁰

apresentando corolários, como o direito de silêncio, assim como a faculdade do imputado de dizer a verdade ou não – o chamado “direito de mentir” – em suas respostas, e a consequente negação de papel decisivo das confissões, entre outros.

4.2 Interpretação extensiva da garantia ao silêncio: o “direito de mentir”

Na doutrina, há uma tendência em associar o direito ao silêncio ao direito de mentir. Isto porque, “a mentira proferida pelo acusado está inserida na inexistência do dever de dizer a verdade, que é outra decorrência do *nemo tenetur se detegere*”.⁷¹

Nesse sentido, André Nicolitt argumenta:

Para além do direito ao silêncio, o acusado pode até mesmo mentir em sua defesa sem que isto gere qualquer consequência, face ao princípio da ampla defesa, que não comporta esta limitação. Não pode o acusado se autoincriminar falsamente, sob pena de incorrer no crime de autoacusação falsa (artigo 341 do Código Penal).

⁷²

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, p. 608. Apud LOPES JR., Aury, op. cit., p. 65.

⁷¹ QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 233.

⁷² NICOLITT, André, op. cit., p. 394.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal⁷³, a garantia contra a autoacusação constitui direito público subjetivo do indivíduo, oponível ao Estado, sendo decorrência da cláusula do devido processo legal. Ressalta-se, nesse sentido, que o exame da cláusula referente ao *due process of law* permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração, “como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, o direito ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação)”.⁷⁴

Sendo assim, a Suprema Corte promove uma extensão da garantia de permanecer calado para além do simples silêncio, considerando que o réu pode negar falsamente a acusação, renegar assinatura verdadeira em documento, bem como imputar falsamente a autoria a outrem, cuja punibilidade esteja extinta. Verifica-se, assim, que, mais do que o direito de permanecer calado, o acusado possui, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o direito de mentir perante autoridades públicas encarregadas de acusá-lo ou processá-lo criminalmente.

Neste ponto, faz-se necessária a análise do *leading case* que introduziu tal interpretação em nossa Corte Maior, o HC 68.742/DF, julgado em 28.06.1991 pelo Pleno, tendo como relator para o acórdão o Ministro Ilmar Galvão. Em breve síntese, o habeas corpus foi impetrado contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que manteve a condenação do paciente à pena de três anos de reclusão e multa pela prática do crime de uso de documento falso, previsto no artigo 304 do Código Penal.

O relator originário, Ministro Octávio Gallotti, acolhendo parecer da Procuradoria Geral da República, entendeu que a sentença de primeiro grau, mantida em sede de apelação, foi acertada na majoração da pena, porque se apoiava, dentre outras teses, no fato de haver o paciente negado falsamente a prática ilícita.

⁷³ STF, HC 99289-MC/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.06.2009 (informativo nº 549).

⁷⁴ STF, HC 94.601/CE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.08.2009.

Contrariamente, o Ministro Marco Aurélio sustentou que não se poderia majorar a pena tomando como fundamento o fato de o paciente ter negado falsamente a prática do crime, pois o artigo 59 do Código Penal não faz menção expressa a essa circunstância. Deste modo, não se poderia exigir que o acusado reconhecesse o crime para desfrutar de uma pena base no patamar mínimo.

Aprofundando o debate, destaca-se a incisiva manifestação do Ministro Celso de Mello, o qual afirmou que a decisão proferida pelo Tribunal coator configurava situação caracterizadora de injusto constrangimento à liberdade do paciente. Salientou, nesse sentido, que na garantia ao silêncio inclui-se, implicitamente, a prerrogativa processual de negar, ainda que falsamente, perante autoridade judiciária ou policial, a prática de ilícito penal, motivo pelo qual tal circunstância não poderia ser considerada no processo de fixação da pena base.

Por sua vez, o Ministro Sepúlveda Pertence, corroborou o raciocínio elaborado pelo Ministro Celso de Mello nos seguintes termos:

A afirmação de que o acusado negou falsamente o crime é estarecedora, não só pelo princípio constitucional recordado pelo eminente Ministro Celso de Mello, do *nemo tenetur se detegere*, como, porque, o contrário, a confissão espontânea do crime, é que é atenuante: e a inexistência de uma atenuante não pode converter-se em circunstância judicial desfavorável ao réu na fixação da pena-base.⁷⁵

Cumprido demarcar a relevância deste precedente do Supremo Tribunal Federal, na medida em que constitui a primeira oportunidade na qual o tema do direito de mentir foi trazido ao plenário da Corte Constitucional brasileira. Ao final do julgamento, a pena base foi reduzida por decisão de maioria dos Ministros, consagrando o direito de mentir como uma decorrência natural da garantia constitucional do *nemo tenetur se detegere*.

⁷⁵ STF, HC 68.742/DF Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 28.06.1991. Inteiro Teor, página 22, voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

Verifica-se, portanto, que o ativismo judicial empreendido por diversos Ministros do Supremo Tribunal Federal cunhou novos sentidos para o disposto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição da República.⁷⁶

Assim, a prerrogativa de permanecer calado precisa ser encarada de forma bem mais ampla do que o texto constitucional parece indicar. O silêncio, destarte, compreenderia a omissão e a ação, a faculdade de calar-se e a conduta de mentir para afastar imputações criminais, sem que tais falsidades possam ser valoradas prejudicialmente ao acusado em nenhum aspecto material ou processual de aplicação da pena.

4.3 Consequências do exercício ao direito ao silêncio

Conforme exposto, o direito ao silêncio consiste em uma tutela do risco de autoincriminação do réu, preservando a sua liberdade moral de autodeterminação no interrogatório, não admitindo nenhuma consequência prejudicial à sua defesa pela sua ação de silenciar-se.

“O silêncio do acusado não comporta valoração. É simples ausência de resposta, não podendo ser levado à livre apreciação de prova”.⁷⁷ Dessa forma, o silêncio do réu não poderá ser usado como argumento a favor da acusação – e, logicamente, contra o acusado –, ou ser equiparado à falta de argumentos defensivos, ou ser valorado em fundamentações de decisões judiciais, ou tampouco ser considerado como elemento para a formação do convencimento do julgador.

Como muito bem salienta Ada Pellegrini Grinover, “o juiz nada poderá inferir do silêncio do réu a não ser que, calando-se, usou de um

⁷⁶ AMARAL, Thiago Bottino do, *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*, São Paulo, Campus Elsevier, 2009, p. 195. O exame dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a vedação de autoincriminação permite concluir que foi o modelo do constitucionalismo no qual se insere o ativismo judicial que permitiu a construção de uma nova feição ao sistema processual penal brasileiro, a partir da expansão de uma garantia processual penal.

⁷⁷ Nesse sentido, ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p. 128, observa que o silêncio é ausência de resposta e não pode ser levado a livre apreciação da prova. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 261.

direito que a lei lhe confere”⁷⁸, visto que o princípio da livre apreciação de provas deve ser sempre interpretado à luz das garantias constitucionais do acusado, admitindo, portanto, o direito ao silêncio como decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Jamais o exercício do direito ao silêncio poderá ser considerado como admissão de culpabilidade ou confissão ficta, pois não podem ser extraídas presunções e conjecturas contra o acusado, até porque milita em favor dele, com força constitucional, o princípio da presunção de inocência.⁷⁹

Do mesmo modo, como já visto na análise do julgamento HC 68.742/DF pelo Supremo Tribunal Federal, não é possível o silêncio do acusado importar em majoração da pena, nem tampouco em elemento desfavorável para a sua personalidade, através do artigo 59 do Código Penal. Ora, não faria nenhum sentido converter o legítimo exercício de uma garantia constitucional do réu em elemento capaz de prejudicá-lo. Além de esvaziar a essência do *nemo tenetur se detegere*, seria como aplicar uma sanção, ao ser fixada a pena do acusado, pelo seu simples e legítimo ato de silenciar-se.

Também não deverá o silêncio do réu configurar fundamento para a decretação ou a manutenção de prisão cautelar, pois, ainda que chamado como falta de interesse do imputado em colaborar com a justiça, o silêncio está garantido expressamente pela Constituição da República, sem qualquer prejuízo à defesa previsto. Nesse sentido, destaca-se o julgado da Suprema Corte, afirmando que “a recusa de colaborar com a instrução criminal não é causa suficiente para a decretação de prisão preventiva, sendo assegurado ao indiciado, inclusive, o direito ao silêncio”.⁸⁰

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, p. 29-30. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 261.

⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, p. 29. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 262.

⁸⁰ STF, HC 79.781/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.04.2000. Inteiro teor, p. 14. No referido julgado, foi concedida a ordem de habeas corpus para revogar a prisão preventiva, tendo em vista a insubsistência do fundamento para sua decretação, qual seja, a falta de interesse do

“Sendo direito do acusado, da recusa em responder às indagações formuladas não se pode extrair a consumação dos crimes de desacato ou desobediência”⁸¹, nem tampouco o de autoacusação falsa previsto no artigo 341 do Código Penal.

Enfim, nenhuma consequência prejudicial ao acusado poderá ser extraída do exercício do direito ao silêncio, visto que o interrogando possui direito absoluto, perante o Estado, de escusar-se a falar, sem qualquer temor de que isto o desfavoreça ou implique qualquer presunção, ainda que mínima, em seu prejuízo.

paciente em colaborar com a justiça, evidenciada pelo fato de que ele respondera às perguntas formuladas no interrogatório de forma evasiva. QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 261.

⁸¹ QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 262.

5. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

5.1 Considerações sobre Prova Ilícita no ordenamento jurídico brasileiro

O direito à prova não é um direito absoluto, pois encontra limitações, em virtude da sua coexistência com outros direitos tutelados pelo ordenamento jurídico. Sendo assim, a limitação do direito à prova está diretamente ligada à questão da prova ilícita.

Nota-se que o objetivo do processo penal não é uma verdade absoluta, ou ainda, uma verdade real a qualquer preço, visto que a condição de validade da prova é o respeito ao devido processo legal e às garantias individuais e, por consequência, a verdade almejada pelo processo também se limita nesses dois aspectos.

O inciso LVI do artigo 5º da Carta Magna veda expressamente a utilização de provas ilícitas no processo. Isto é, tal proibição – para assegurar ao réu um devido processo legal e justo – consiste em uma garantia fundamental individual, pois

A Constituição determinou que o Estado só pode exercer o seu poder de punir observando estas regras de respeito à pessoa humana. Não são regras destinadas à proteção coletiva, mas, sim, regras de proteção de todos os indivíduos da coletividade.⁸²

Assim como o princípio *nemo tenetur se detegere* deseja proteger o abuso do poder estatal em face da parte mais fraca – qual seja o acusado, as garantias processuais estabelecidas devem ser limitadoras das atividades do Estado. Isto porque, no processo penal, o que temos, ainda que a priori, é a pretensão do Estado em ver o réu submetido ao seu direito de punir.

⁸² NICOLITT, André, op. cit., p. 373.

Nesse diapasão, destaca-se o julgado do Supremo Tribunal Federal, em que o Ministro Celso de Mello aborda, em seu voto, sobre a vedação das provas ilícitas:

A cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas ou ilegítimas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com base em elementos instrutórios ou produzidos com desrespeito aos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado.⁸³

No tocante ao assunto, também deve-se ressaltar que não se pode fazer qualquer tipo de analogia com o processo civil, haja vista que no processo penal, “partimos da inafastável premissa de que a forma dos atos é uma garantia, na medida em que implica limitação ao exercício do poder estatal de perseguir e punir”.⁸⁴

Cumprе distinguir a prova ilegítima e a prova ilícita. Conforme explicita Aury Lopes Jr.⁸⁵, a prova ilegítima ocorre quando há a violação de uma regra de direito processual no momento de sua produção no processo, como a juntada fora do prazo ou a prova unilateralmente produzida. “A rigor, a prova ilegítima nem entra no processo ou, se erroneamente admitida, deve ser desentranhada”.⁸⁶

Já a prova ilícita é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição Federal, no momento da sua coleta, anterior ou concomitantemente ao processo – mas sempre exterior a este. Ainda que

Sirva, de forma imediata, também a interesses processuais, é vista, de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo.⁸⁷

⁸³ STF, HC 69.912-0/RS Rel. Min. Sepúlveda Pertence. NICOLLITT, André, op. cit., p. 374.

⁸⁴ LOPES JR., Aury, op. cit., p. 535.

⁸⁵ Ibid, p. 536.

⁸⁶ Ibid, p. 537.

⁸⁷ ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de, artigo *A Ilícitude na Obtenção da Prova e sua Aferição*. Disponível em (<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index>). Último acesso em 29.09.2014.

Em regra, ocorre a violação da intimidade, privacidade ou intimidade, através de interceptação telefônica ou quebra de sigilo bancário ilegais, por exemplo.

Nesse sentido, imprescindível destacar a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada – *fruits of the poisonous tree* – a qual se atribui a origem à jurisprudência norte-americana. Esta teoria é a simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. Isto porque

Se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável.⁸⁸

Com o advento da Lei nº 11.690/08, a mencionada teoria passou a integrar expressamente o ordenamento processual penal brasileiro, conforme o § 1º do seu artigo 157:

Artigo 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Insta salientar o voto do Ministro Celso de Mello, o qual foi relator no processo RHC 90376/RJ no Supremo Tribunal Federal, em que a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada ou teoria da ilicitude por derivação foi reconhecida:

Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

(...)

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.⁸⁹

⁸⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, op. cit., p. 345.

⁸⁹ RHC, STF 90.376/RJ Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.04.2007. Inteiro teor, p. 3.

No mesmo sentido, também se pode mencionar os julgados HC 74.116/SP, DJU 14.03.1997, e HC 76.641/SP, DJU 05.02.1999, da Suprema Corte.

Como a presente monografia não visa a extensão de assunto tão amplo, como prova ilícita, analisar-se-á três questões na jurisprudência brasileira, demonstrando a sua íntima relação com o descumprimento do princípio *nemo tenetur se detegere*.

5.2 Análise de casos concretos

5.2.1 Artigo 307 do Código Penal como Autodefesa

Primeiramente, cumpre destacar o disposto no artigo 307 do Código Penal, o qual dispõe sobre o crime de falsa identidade:

Artigo 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem.

De acordo com o princípio constitucional da ampla defesa, todo acusado possui o direito de exercer a sua autodefesa, o que decorrerá na possível aplicação do *nemo tenetur se detegere*. Isto porque, como já exposto, o imputado pode permanecer calado, bem como dizer falsas alegações, por meio do seu direito de mentir.

Nesse ponto, analisando o *nemo tenetur se detegere* com o seu devido respeito como direito fundamental de todo cidadão, evidente se mostra que aquele que atribui uma identidade falsa para si próprio, a fim de não produzir provas contra si mesmo, apenas está em seu legítimo exercício de autodefesa.

Júlio Fabbrini Mirabete defende que “não ocorre, nesse caso, o ilícito em estudo, pois o acusado não tem o dever de dizer a verdade diante do princípio universal *nemo tenetur se detegere*”.⁹⁰

Merece destaque o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto em tela:

⁹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini, op. cit., p. 278.

HABEAS CORPUS. ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. EXERCÍCIO DE AUTODEFESA. CONDUTA ATÍPICA. "PRIVILÉGIO CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO: GARANTIA BÁSICA QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO (PARLAMENTAR, POLICIAL OU JUDICIAL) NÃO SE DESPOJA DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS" (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRINCÍPIO "NEMO TENETUR SE DETEGERE". POSITIVAÇÃO NO ROL PETRIFICADO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ART. 5.º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): OPÇÃO DO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO BRASILEIRO DE CONSAGRAR, NA CARTA DA REPUBLICA DE 1988, "DIRETRIZ FUNDAMENTAL PROCLAMADA, DESDE 1791, PELA QUINTA EMENDA À CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, QUE COMPÕE O "BILL OF RIGHTS" NORTE-AMERICANO (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DEMELLO, DJ DE 25/03/2008). PRECEDENTES CITADOS DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: ESCOBEDO V. ILLINOIS (378 U.S. 478, 1964); MIRANDAV. ARIZONA (384 U.S. 436, 1966), DICKERSON V. UNITED STATES (530U.S. 428, 2000). CASO MIRANDA V. ARIZONA: FIXAÇÃO DAS DIRETRIZES CONHECIDAS POR "MIRANDA WARNINGS", "MIRANDA RULES" OU "MIRANDA RIGHTS". OCASIÃO EM QUE SE RECONHECEU O DIREITO QUE TEM QUALQUER INVESTIGADO DE NÃO PRODUZIR QUAISQUER PROVAS CONTRA SI MESMO PERANTE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, POLICIAL OU JUDICIÁRIA. 1. O direito do investigado ou do acusado de não produzir prova contra si foi positivado pela Constituição da República no rol petrificado dos direitos e garantias individuais (art. 5.º, inciso LXIII). É essa a norma que garante status constitucional ao princípio do "Nemo tenetur se detegere" (STF, HC 80.949/RJ, Rel.Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1.ª Turma, DJ de 14/12/2001), segundo o qual, repita-se, ninguém é obrigado a produzir quaisquer provas contra si. 2. A propósito, o Constituinte Originário, ao editar tal regra, "nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da Republica de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América], que compõe o "Bill of Rights" norte-americano" (STF, HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. CELSO DEMELLO, DJ DE 25/03/2008). 3. "Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado -ainda que convocada como testemunha (RTJ 163/626 -RTJ 176/805-806)-, possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria" (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO). 4. Nos termos do art. 5.º, inciso LXIII, da Carta Magna "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". Tal regra, conforme jurisprudência dos Tribunais pátrios, deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova etc. 5. É atípica a conduta de se atribuir falsa identidade perante autoridade policial com o intuito de não se incriminar, pois se trata de hipótese de autodefesa, consagrada no art. 5.º, inciso LXIII, da Constituição Federal, que não configura o crime descrito no art. 307 do Código Penal. Precedentes. 6. Habeas corpus concedido, para absolver o Paciente do crime de falsa identidade. (grifou-se)⁹¹

⁹¹ STJ, HC 167520/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19.06.2012

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. **ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. EXERCÍCIO DE AUTODEFESA. CONDUTA ATÍPICA. PRINCÍPIO "NEMO TENETUR SE DETEGERE". POSITIVAÇÃO NO ROL PETRIFICADO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ART. 5.º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA).** ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

5. O direito do investigado ou do acusado de não produzir prova contra si foi positivado pela Constituição da República no rol petrificado dos direitos e garantias individuais (art. 5.º, inciso LXIII). É essa a norma que garante status constitucional ao princípio do "Nemo tenetur se detegere" (STF, HC 80.949/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1.ª Turma, DJ de 14/12/2001), segundo o qual, repita-se, ninguém é obrigado a produzir quaisquer provas contra si. 6. É atípica a conduta de se atribuir falsa identidade perante autoridade policial com o intuito de não se incriminar, pois se trata de hipótese de autodefesa, consagrada no art. 5.º, inciso LXIII, da Constituição da República, que não configura o crime descrito no art. 307 do Código Penal. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 7. Habeas corpus parcialmente concedido para absolver o Paciente do crime de falsa identidade. (grifou-se)⁹²

Felizmente, os tribunais superiores reconhecem a importância do princípio *nemo tenetur se detegere*, tornando atípica a conduta daquele que utiliza-se de identidade falsa para não se autoincriminar – não incidindo, assim, o artigo 307 do Código Penal. Isso demonstra um aspecto essencial na busca da limitação do poder estatal em face do acusado, consagrando também a ampla defesa.

Desse modo, observa-se que o princípio *nemo tenetur se detegere* deve ser sempre respeitado, qualquer que seja a situação. Ora, seria inadmissível simplesmente abandonar direito fundamental para tão somente imputar a alguém a prática de um delito. Pior, ainda, seria o completo esvaziamento da essência do *nemo tenetur se detegere*, o qual se tornaria uma garantia a ser relativizada dependendo do momento, resultando em um completo deterioramento e retrocesso das garantias constitucionais conquistadas pelo imputado.

⁹² STJ, HC 177429/MG, Quinta Turma Rel. Min. Laurita Vaz, j. 14.08.2012.

5.2.2 As garantias das testemunhas na Comissão Parlamentar de Inquérito

De acordo com o artigo 58, § 3º, da Constituição da República, as comissões parlamentares de inquérito possuem os mesmos poderes de investigação das autoridades judiciais:

Artigo 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

(...)

§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Desse modo, no âmbito das garantias fundamentais de toda pessoa humana, recai a seguinte pergunta: “Quais são os direitos conferidos ao cidadão intimado a comparecer em uma comissão parlamentar de inquérito, seja para prestar depoimento como testemunha, seja para ser interrogado?”

Conforme o artigo 3º do Código de Processo Penal⁹³, fazendo uma interpretação analógica com o artigo 406, inciso I, primeira parte, do Código de Processo Civil⁹⁴, também será assegurado a testemunha o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Nesse sentido, felizmente, a Suprema Corte possui diversos julgados entendendo pela garantia ao *nemo tenetur se detegere* nas comissões parlamentares de inquérito, inclusive para aqueles intimados como testemunha, mas que podem se autoincriminar ao depor.

O entendimento pacificado nesta Corte está alinhado no sentido de que ‘as Comissões Parlamentares de Inquérito detêm poder instrutório das autoridades judiciais – e não mais que o destas. Logo, às Comissões Parlamentares de Inquérito poder-se-ão opor os mesmos limites formais e

⁹³ Código de Processo Penal, artigo 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

⁹⁴ Código de Processo Civil, artigo 406. A testemunha não é obrigada a depor de fatos:

I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau”. (grifou-se)

substanciais oponíveis aos juízes, entre os quais os derivados da garantia constitucional da não-auto-incriminação, que tem sua manifestação eloquente no direito ao silêncio dos acusados'. O privilégio constitucional da não auto-incriminação alcança tanto o investigado quanto a testemunha (HC 79.812, Celso de Melo). A pretensão do impetrante/paciente, de não comparecer à CPI para prestar informações, não pode vingar. Isso porque a circunstância de tratar-se de ocupante de cargo da ABIN não o exime de ser investigado e, portanto, de comparecer a órgão ou autoridade incumbida da investigação. Não visualizo situação que justifique exceção à regra da publicidade. Assiste-lhe razão, no entanto, quanto ao privilégio da não auto-incriminação, aí incluída a conveniência, ou não, de revelar fatos relacionados ao exercício do cargo. (grifou-se)⁹⁵

Nota-se que o Supremo Tribunal Federal, ao contrário do que preceitua o § 3º do artigo 58 retromencionado, decidiu que as comissões parlamentares de inquérito possuem os mesmos poderes das autoridades judiciais, vedando qualquer tentativa de poder abusivo em face dos investigados. Sendo assim, diante de um Estado Democrático de Direito, nada mais correto e elementar que o reconhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere* para todos aqueles submetidos às comissões parlamentares de inquérito.

Não obstante a possível dúvida a respeito do teor da convocação do paciente, se lhe formaliza ou não a condição de investigado, pode-se inferir que é esta a condição que lhe advém das notícias veiculadas pela imprensa (...). Nesse sentido, HC n. 86.232-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 22-8-05. **Além disso, não menos aturada e firme a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que a garantia constitucional contra autoincriminação se estende a todas as pessoas sujeitas aos poderes instrutórios das Comissões Parlamentares de Inquérito, assim aos indiciados mesmos, ou, recte, envolvidos, investigados, ou suspeitos, como às que ostentem a só qualidade de testemunhas,** ex vi do art. 406, I, do Código de Processo Civil, cc. art. 3º do Código de Processo Penal e art. 6º da Lei n. 1.579, de 18 de março de 1952. ⁹⁶(grifou-se)

O direito ao silêncio, que assegura a não-produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Como se sabe, na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da

⁹⁵ STF, HC 96.981-MC, rel. min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática proferida pelo Min. Eros Grau, julgamento em 26-11-2008, DJE de 1º-12-2008. No mesmo sentido: HC 115.785-MC, rel. min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 12-11-2012, DJE de 16-11-2012; HC 98.756-MC, rel. min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 20-4-2009, DJE de 27-4-2009

⁹⁶ STF HC 88.703-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, julgamento em 8-5-2006, DJ de 12-5-2006. No mesmo sentido: HC 92.371-MC, rel. min. Eros Grau, decisão monocrática, julgamento em 3-9-2007, DJ de 10-9-2007.

Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana [*Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.*] (Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, II 18). A premissa acima é suficiente a fazer incidir, automaticamente, a essência dos direitos argüidos na impetração. E se há justo receio de serem eles infringidos, deve-se deferir aos pacientes o necessário salvo-conduto que evite possível constrangimento: não se trata de afirmar que ele ocorrerá, ou ocorreria – até porque, como ressaltado pelo Min. Celso de Mello na decisão liminar do MS n. 25.617, é de pressupor que o conhecimento e a consciência próprias à formação jurídica dos parlamentares que compõem a direção dos trabalhos da CPMI não ‘permitiria que se consumassem abusos e que se perpetrassem transgressões’ aos direitos dos depoentes ou às prerrogativas profissionais dos seus defensores técnicos –, mas, infelizmente, eventos de passado recente, e de público conhecimento, indicam a oportunidade e a necessidade de acautelar qualquer ocorrência.⁹⁷(grifou-se)

Tenho enfatizado, em decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal, a propósito da prerrogativa constitucional contra a autoincriminação (RTJ 176/805-806, Rel. Min. Celso de Mello), e com apoio na jurisprudência prevaiente no âmbito desta Corte, que assiste, a qualquer pessoa, regularmente convocada para depor perante Comissão Parlamentar de Inquérito, o direito de se manter em silêncio, sem se expor - em virtude do exercício legítimo dessa faculdade - a qualquer restrição em sua esfera jurídica, desde que as suas respostas, às indagações que lhe venham a ser feitas, possam acarretar-lhe grave dano (*Nemo tenetur se detegere*). (...) **Com o explícito reconhecimento dessa prerrogativa, constitucionalizou-se, em nosso sistema jurídico, uma das mais expressivas conseqüências derivadas da cláusula do *due process of law*. (...) Em suma: o direito ao silêncio - e de não produzir provas contra si próprio - constitui prerrogativa individual que não pode ser desconsiderada por qualquer dos Poderes da República.**⁹⁸(grifou-se)

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. OPERAÇÃO VEGAS E MONTE CARLO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. DIREITO A PERMANECER EM SILÊNCIO É DIREITO HISTÓRICO E CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO AO RÉU OU EM FAVOR DE QUEM APONTADO COMO TESTEMUNHA PODE SER INDICIADO. DIREITO CONSTITUCIONAL DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO ASSEGURA O DIREITO A PERMANECER EM SILÊNCIO À PACIENTE. LIMINAR DEFERIDA.⁹⁹

⁹⁷ STF, HC 87.971-MC, rel. min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 13-2-2006, DJ de 21-2-2006). No mesmo sentido: HC 88.553-MC, rel. min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 19-4-2006, DJ de 25-5-2006.

⁹⁸ STF, HC 94.082-MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 14-3-2008, DJE de 25-3-2008). No mesmo sentido: HC 113.749, rel. min. Rosa Weber, decisão monocrática, julgamento em 29-5-2012, DJE de 31-5-2012; HC 94.747-MC, rel. min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgamento em 20-5-2008, DJE de 27-5-2008; HC 94.703-MC-AgR-MC, rel. min. Ayres Britto, decisão monocrática, julgamento em 19-5-2008, DJE de 27-5-2008.

⁹⁹ STF, HC 113881/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 04.06.2012.

Imprescindível notar que o reconhecimento do *nemo tenetur se detegere* traduz o fortalecimento da aplicação de outros direitos fundamentais intimamente ligados, como a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal. Isto é, o entendimento pacífico da Suprema Corte afirma uma proteção – acima de qualquer verdade a ser alcançada no processo – dos direitos individuais do cidadão perante o Estado, cujo poder sempre se demonstra como uma arma para cometer abusos em face de um investigado, desrespeitando a Carta Magna, por consequência.

Destarte, diante de um Estado Democrático de Direito, da Constituição da República de 1988, e de todas as garantias fundamentais asseguradas para toda pessoa humana, seja qual for a sua situação perante um processo criminal ou uma investigação, nada mais correto que reconhecer o princípio *nemo tenetur se detegere* e todas as suas decorrências, sob pena de insegurança jurídica no ordenamento brasileiro.

5.2.3 O direito à não autoincriminação no âmbito probatório da “Lei Seca”

Com o advento da Lei nº 11.705/2008 – a chamada primeira “lei seca” – e a Lei nº 12.760/2012, o direito a não produzir provas contra si mesmo retornou ao centro de muitas discussões. Isto porque, o artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro cuida dos meios probatórios acerca da constatação de embriaguez ao conduzir veículo automotor.

Veja-se a redação atual do mencionado artigo 277:

Artigo 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

No entanto, sob a ótica do princípio *nemo tenetur se detegere*, submeter alguém a qualquer procedimento hábil a produzir provas contra si próprio, demonstra-se totalmente ilegítimo perante as garantias individuais consagradas em nossa Carta Magna. Ainda que em matéria de prova da

embriaguez há, de qualquer modo, uma premissa básica a ser observada: ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo. Isto é, o sujeito não está obrigado a ceder seu corpo ou parte dele para fazer prova – contra ele mesmo.

Todavia, mesmo com o *nemo tenetur se detegere* como direito fundamental, o Poder Legislativo e a Chefe do Executivo assim não entenderam, ao promulgar a Lei 12.760/2012, a qual tornou as punições para quem se recusa a fazer o teste do bafômetro mais severas: apreensão da carteira de habilitação por um ano, veículo retido, e multa de 1.915 reais ao motorista.

A presente monografia não deseja incorrer no tocante ao assunto da política criminal contra a embriaguez ao volante, apenas deseja analisar a inequívoca violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, o qual é objeto deste trabalho.

Sendo assim, merece destaque a ação direta de inconstitucionalidade que tramita no Supremo Tribunal Federal, ADI 4013¹⁰⁰, em que a Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento questiona alguns pontos da Lei nº 11.705/2008. Insta salientar o parecer dado pela Procuradoria-Geral da República, em 11.03.2013, o qual opina, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação, por perda de objeto, e, no mérito, pela procedência parcial do pedido, para a declaração de inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 5º da Lei nº 11.705/2008, quando inclui o §3º no artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro.

Destaca-se o trecho a seguir do retromencionado parecer, ao mencionar expressamente a violação ao direito a não autoincriminação, em virtude do advento da Lei 11.705/2008:

A requerente também questiona outra alteração trazida pelo art. 5º, inciso IV, da Lei nº 11.705/08, referente ao §3º do art. 277, que prevê punição aos motoristas que se negarem a fazer o teste do bafômetro. Argumenta que essa sanção viola frontalmente o direito a não autoincriminação (art. 5º, LXIII, da CR), além de

¹⁰⁰ STF ADI 4013 Rel. Min. Cármen Lúcia. Última movimentação: 28.06.2012 – decisão monocrática indeferindo o pedido de ingresso como *amicus curiae*. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4013&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>

representar medida irracional, irrazoável e anti-isonômica, pois corresponde à mesma punição aplicável a outra hipótese tida pela lei como muito mais grave (embriaguez ao volante). Por fim, aduz que os bafômetros são equipamentos sujeitos a falhas e podem incriminar sujeitos inocentes, pois acusam a presença de álcool mesmo quando consumidas substâncias lícitas e não etílicas como antissépticos bucais, bombons de licor etc. ¹⁰¹(grifou-se)

Conforme mencionado, sem analisar a política criminal da lei seca, já que muitos afirmam que a opinião da Procuradoria-Geral da República enfraqueceria a efetividade da referida lei, apenas observa-se que o princípio *nemo tenetur se detegere* não deve ser simplesmente abandonado pelo Código de Trânsito Brasileiro. Nesse sentido, ressalta-se o julgado do Tribunal de Justiça do Paraná:

APELAÇÃO CRIMINAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CTB. RECURSO MINISTERIAL. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA POR AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA TÉCNICA PARA AFERIR CONCENTRAÇÃO ALCOÓLICA POR LITRO DE SANGUE. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRIR EXAME TÉCNICO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES DO STJ. RECUSA AO EXAME DO "BAFÔMETRO". GARANTIA DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. ¹⁰²

Por fim, evidente se demonstra a necessidade do reconhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere* e todas as suas decorrências no âmbito probatório do Código de Trânsito Brasileiro, a fim de preservar os direitos fundamentais e individuais de todo o cidadão, principalmente diante do iminente abuso do poder estatal.

¹⁰¹ STF, ADI 4013, Rel. Min. Luiz Fux, trecho do Parecer da PGR.

¹⁰² TJPR, Apelação 8965711 PR 896571-1, 2ª Câmara Criminal, Relator: Naor R. de Macedo Neto, j. 22.11.2012.

CONCLUSÃO

Buscou-se, ao longo deste trabalho, analisar o princípio *nemo tenetur se detegere*, elencado em nossa Constituição da República como direito fundamental de toda pessoa humana, e todas as suas manifestações. Destaca-se o direito ao silêncio, previsto expressamente pelo artigo 5º, inciso LXIII, da Carta Magna, o qual consubstancia uma das diversas vertentes que defluem do privilégio contra a autoincriminação e, nesse passo, protege a garantia fundamental do cidadão em permanecer calado ou não dizer a verdade, quando tal manifestação possa lhe incriminar.

Verifica-se, portanto, sua estreita relação com as garantias à ampla defesa, ao devido processo legal, à presunção de inocência e à dignidade da pessoa humana. Tantas garantias e direitos não se conectam por acaso. Com efeito, o reconhecimento do *nemo tenetur se detegere* representa o resultado da luta secular contra sistemas autoritários e absolutistas, nos quais a defesa dos acusados era inexistente e seus direitos fundamentais nada significavam para os detentores do poder.

A partir dessa imprescindível consagração do direito a não produzir provas contra si mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, observa-se a sua aplicação no interrogatório do acusado, bem como a sua decorrência no Tribunal do Júri. Nesse ponto, demonstra-se a extrema dificuldade em não se atribuir qualquer indício de culpabilidade ao acusado que opta por permanecer calado, visto que o magistrado – como qualquer pessoa – possui as suas experiências profissionais e opiniões pessoais.

Ao contrário do que ocorre no âmbito civil, em que a recusa do réu em se submeter ao exame de DNA gera a presunção da paternidade, não há como falar em nenhuma presunção na seara processual penal. Sendo assim, o silêncio do acusado não pode acarretar em nenhuma presunção contra ele. Isto porque, qualquer valoração acerca do silêncio do réu implica no esvaziamento da essência do *nemo tenetur se detegere*.

Como consequência ao desrespeito ao princípio *nemo tenetur se detegere*, observa-se algumas questões da prova ilícita, visto que qualquer violação ao direito fundamental em tela acarreta em ilicitude da prova, por violar expressamente diversos preceitos da Constituição da República.

Para demonstrar a efetiva aplicação do *nemo tenetur se detegere*, buscou-se comentar três situações concretas com uma certa repercussão e evidência na sociedade: a aplicação do artigo 307 do Código Penal como autodefesa, as garantias das testemunhas na Comissão Parlamentar de Inquérito, e o direito à não autoincriminação no âmbito probatório da “Lei Seca”. Desse modo, tornou-se mais evidente a importância do princípio em tela no âmbito processual penal, e como a sua violação pode resultar em verdadeiros precedentes para um desrespeito constante à Constituição da República, o que geraria uma total insegurança jurídica.

Por fim, almejou alcançar esta monografia a demonstração da imprescindibilidade do princípio *nemo tenetur se detegere*, visto que todas as suas manifestações são extremamente importantes para o devido respeito do cidadão perante o poder estatal. Sendo assim, não há como relativizar tal princípio, pois acarretaria em um verdadeiro retrocesso frente ao Estado Democrático de Direito.

Ainda assim, é importante ressaltar a luta diária para que esse princípio seja respeitado, visto que toda pessoa humana, sendo a parte mais fraca entre a sua relação com o Estado, merece ser protegida de todos os males que um cego poder pode gerar, merece resguardo de sua ampla defesa, e, sobretudo, merece a dignidade que todo ser humano detém pelo simples fato de pessoa humana ser.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Thiago Bottino do, *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*, São Paulo, Campus Elsevier, 2009.

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de, artigo *A Ilicitude na Obtenção da Prova e sua Aferição*. Disponível em (<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index>). Último acesso em 29.09.2014

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 8ª ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. *As nulidades no Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal, Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. I.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira et al.. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, São Paulo, Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais e a Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 2011.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri. Visão Linguística, Histórica, Social e Dogmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

STF, HC 83096, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 18/11/2003, DJ 12/12/2003, p. 8.

STF, HC 77135, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, j. 08/09/1998, DJ 06/11/1998, p. 3.

HC 99289-MC/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.06.2009 (informativo nº 549)

STF, HC 94.601/CE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.08.2009

STF, HC 68.742/DF Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 28.06.1991

STF, HC 79.781/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.04.2000

RHC, STF 90.376/RJ Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.04.2007

STJ, HC 167520/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19.06.2012

STJ, HC 177429/MG, Quinta Turma Rel. Min. Laurita Vaz, j. 14.08.2012.

STF, HC 96.981-MC, rel. min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática proferida pelo Min. Eros Grau, julgamento em 26-11-2008, DJE de 1º-12-2008.

STF HC 88.703-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, julgamento em 8-5-2006, DJ de 12-5-2006.

STF, HC 87.971-MC, rel. min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 13-2-2006, DJ de 21-2-2006.

STF, HC 94.082-MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 14-3-2008, DJE de 25-3-2008.

STF ADI 4013 Rel. Min. Cármen Lúcia.
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4013&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>

STF, ADI 4013, Rel. Min. Luiz Fux, trecho do Parecer da PGR.

TJPR, Apelação 8965711 PR 896571-1, 2ª Câmara Criminal, Relator: Naor R. de Macedo Neto, j. 22.11.2012.