

**CONTEÚDO E  
CONTORNOS DO  
PRINCÍPIO CONTRA A  
AUTO-INCRIMINAÇÃO**

**Carlos Henrique Borlido Haddad**

Carlos Henrique Borlido Haddad

# CONTEÚDO E CONTORNOS DO PRINCÍPIO CONTRA A AUTO- INCRIMINAÇÃO

Tese apresentada ao Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito à obtenção do título de Doutor em Ciências Penais, sob orientação do Professor Doutor José Barcelos de Souza.

Belo Horizonte

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

2003

Dedico este trabalho aos meus pais, José Haddad e Maria Amélia, por me ensinarem ser incondicional o amor pelos filhos.

Dedico também aos meus filhos, Heitor e Sara, a quem ensinarei a lição que aprendi.

Agradeço ao Prof. José Barcelos de Souza o inestimável auxílio na elaboração do trabalho e a orientação segura e dedicada, pela segunda vez.

“Outra contradição entre as leis e os sentimentos naturais é exigir de um acusado o juramento de dizer a verdade, quando ele tem o maior interesse em calá-la. Como se o homem pudesse jurar de boa-fé que vai contribuir com sua própria destruição”.

*Cesare Beccaria*

## SUMÁRIO

ABREVIATURAS.....	i
RESUMO.....	ii
ZUSAMMENFASSUNG.....	iv
<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>2 O PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO VISTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>21</b>
2.1 INSTRUMENTO.....	23
2.2 MOMENTO.....	26
2.3 DATA DAS DECISÕES.....	26
2.4 VOTAÇÃO.....	27
<b>3 NOMENCLATURA.....</b>	<b>28</b>
3.1 TERMINOLOGIA ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	28
3.2 VISÃO CRÍTICA.....	30
<b>4 CONTEÚDO DO PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO.....</b>	<b>37</b>
4.1 MANIFESTAÇÕES VERBAIS: LIBERDADE DE DECLARAÇÃO.....	44
4.1.1 Inexigibilidade da confissão.....	46
4.1.2 Proscrição do juramento.....	49
4.1.3 Direito ao silêncio.....	51
4.2 MANIFESTAÇÕES NÃO-VERBAIS.....	56
<b>5 A CRIAÇÃO DO PRINCÍPIO.....</b>	<b>69</b>
5.1 DIREITO ROMANO.....	70

5.2 DIREITO CANÔNICO.....	79
5.3 <i>COMMON LAW</i> .....	84
5.4 DIREITO BRASILEIRO.....	90
5.5 CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	97
5.6 DIREITO FUTURO.....	100
<b>6 BENEFICIÁRIOS.....</b>	<b>103</b>
<b>7 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA.....</b>	<b>111</b>
7.1 O PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> E OS DEMAIS RAMOS DO DIREITO.....	115
7.1.1 Direito processual civil.....	115
7.1.2 Direito administrativo.....	119
7.1.3 Direito tributário.....	120
7.1.4 Direito comercial.....	125
<b>8 O PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> NO PROCESSO CIVIL E PENAL.....</b>	<b>128</b>
<b>9 ASPECTOS PENAIS DO PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO.....</b>	<b>140</b>
9.1 DIREITO DE MENTIR?.....	140
9.2 INFRAÇÕES PENAIS.....	147
9.3 CAUSA DE EXCLUSÃO DO CRIME.....	156
9.4 DOSAGEM DA PENA.....	161
<b>10 CONTORNOS DO PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO.....</b>	<b>165</b>
10.1 CONDUÇÃO COERCITIVA.....	165
10.2 PRISÃO PROVISÓRIA.....	169
10.3 BUSCA E APREENSÃO.....	173

10.4 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.....	174
10.5 RECONHECIMENTO PESSOAL.....	177
10.6 INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES.....	179
10.7 INVESTIGAÇÃO OCULTA.....	183
10.8 SEGREDO PROFISSIONAL.....	184
10.9 RELAÇÕES FAMILIARES.....	190
10.10 BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS.....	192
10.10.1 Propriedade.....	193
10.10.2 Autopreservação.....	194
10.10.3 Auto-incriminação.....	195
10.10.4 Proteção da família e de amigos.....	197
10.10.5 Intimidade.....	198
10.10.6 Autodeterminação.....	200
11 O DEFENSOR E O PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO.....	209
12 A RELAÇÃO DA AUTO-INCRIMINAÇÃO COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	218
13 INFORMAÇÃO SOBRE O PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO.....	222
14 O PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO E A CO-DELINQUÊNCIA.....	232
15 INTERVENÇÕES CORPORAIS.....	243
15.1 INTERVENÇÕES CORPORAIS E EXAME DE DNA.....	245
15.2 DIREITO COMPARADO.....	251
15.3 ADMISSIBILIDADE DE INTERVENÇÕES CORPORAIS NO DIREITO BRASILEIRO.....	254

15.4	INTERVENÇÕES CORPORAIS EM FACE DO PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO.....	263
15.5	PRESCRIÇÕES A SEREM OBSERVADAS.....	268
15.6	ALTERNATIVAS ÀS INTERVENÇÕES CORPORAIS.....	274
15.7	COLETA DE MATERIAL ORGÂNICO SEM CONHECIMENTO DO ACUSADO.....	278
16	BAFÔMETRO.....	281
17	AUTO-INCRIMINAÇÃO VOLUNTÁRIA.....	290
18	CONCLUSÕES.....	299
19	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	301
20	ANEXO I.....	319
21	ANEXO II.....	334

## ABREVIATURAS

<b>ADIn</b>	<b>Ação direta de inconstitucionalidade</b>
<b>AP</b>	<b>Ação penal</b>
<b>HC</b>	<b>Habeas corpus</b>
<b>HCEX</b>	<b>Habeas corpus extensão</b>
<b>HCMC</b>	<b>Medida cautelar em habeas corpus</b>
<b>HCML</b>	<b>Medida liminar em habeas corpus</b>
<b>HCPR</b>	<b>Pedido de reconsideração em habeas corpus</b>
<b>MS</b>	<b>Mandado de segurança</b>
<b>MSMC</b>	<b>Medida cautelar em mandado de segurança</b>
<b>MSPR</b>	<b>Pedido de reconsideração em mandado de segurança</b>
<b>RE</b>	<b>Recurso extraordinário</b>
<b>RHC</b>	<b>Recurso em habeas corpus</b>

## RESUMO

O princípio contra a auto-incriminação, espécie do princípio *nemo tenetur se detegere*, aplica-se no campo probatório do processo penal. Prioriza-se o enfoque do Supremo Tribunal Federal, que vê no espírito do dispositivo constitucional que assegura o direito de permanecer calado uma orientação em que se integra o princípio contra a auto-incriminação. Foram selecionadas 56 decisões sobre o tema. O princípio abrange todas as ações, verbais ou físicas, capazes de contribuir para a própria condenação. Agrupam-se as ações sob duas perspectivas: o acusado possui liberdade em suas declarações e dele não se pode exigir a colaboração na produção de prova incriminatória. Analisa-se o surgimento do princípio contra a auto-incriminação, que teve seu berço na Inglaterra, e se conclui que seu estabelecimento não se verificou na primeira insurreição contra o desrespeito à liberdade de autodeterminação pelos órgãos de persecução penal. Identificam-se os beneficiários do princípio e se determina seu âmbito de incidência. Examina-se a conformação do princípio *nemo tenetur se detegere* no direito processual civil, tributário, comercial e administrativo e é esclarecida a razão de sua incidência exclusivamente ao processo criminal. São firmados os pontos de contato com o direito penal, que também funciona como limite à sua invocação. Confronta-se o papel do princípio contra a auto-incriminação em face dos meios de prova, dos instrumentos dispostos à colheita desta e de alguns institutos de direito material. Desse confronto se extrai o bem jurídico precipuamente protegido por ele: a liberdade de autodeterminação. A efetiva assistência do defensor, aliada ao princípio da presunção de inocência, merecem apreciação à parte, em face da relevância do suporte fornecido para a potencialização do exercício do princípio contra a auto-incriminação. Na tentativa de se robustecer a sua aplicação, a informação acerca da possibilidade de seu exercício é essencial e digna de investigação detalhada. Averigua-se em que medida o princípio se relaciona com a co-delinquência, a fim de estabelecer suas fronteiras de aplicação. Além da heteroincriminação associada à chamada de co-réu, faz-se um paralelo entre a auto-incriminação involuntária e a auto-incriminação voluntária, cujo estímulo segue uma tendência crescente em diversos Estados. Apura-se a inaplicabilidade do princípio contra a auto-incriminação às condutas omissivas que consistem em mero tolerar do acusado. Somente por meio de conduta ativa pode ser produzida a prova penal pelo réu e

apenas quando há produção de prova existe espaço para a tutela conferida pelo princípio contra a auto-incriminação. Ele pressupõe a existência de vontade em decidir o que fazer ou não e, se falta o elemento volitivo, sequer há que se falar em possibilidade de auto-incriminação. A falta de emissão de vontade identifica-se com os atos que consistem em mera tolerância, em relação aos quais a proteção do princípio está excluída. Verifica-se que o princípio contra a auto-incriminação não constitui óbice à coleta de prova contrariamente ao consentimento do acusado, especificamente em relação às intervenções corporais compulsórias, razão por que se propõem parâmetros para regulamentá-las no direito brasileiro.

## ZUSAMMENFASSUNG

Das Prinzip gegen die Selbstbeschuldigung, Art des Prinzips "nemo tenetur se detegere", wird im Beweisbereich des Strafprozesses angewendet. Dabei wird der Gesichtspunkt des Bundesgerichtshofes (STF) bevorzugt, der im Sinne der Verfassungsbestimmung, die das Anrecht des Schweigens gewährleistet, eine Orientierung erkennt, in der sich das Prinzip gegen die Selbstbeschuldigung einfügt. Hierzu wurden 56 Entscheidungen über das Thema ausgewählt. Das Prinzip umschliesst alle verbalen und physischen Handlungen, die zur eigenen Verurteilung beitragen können. Diese Handlungen werden unter zwei Gesichtspunkten eingeteilt: der Angeklagte besitzt Freiheit in seinen Erklärungen, und es kann von ihm keine Mithilfe zur Erlangung des beschuldigenden Beweises verlangt werden. Bei der Analyse des Erscheinens des Prinzips gegen die Selbstbeschuldigung, dessen Wiege England war, wird festgestellt dass seine Einrichtung die ersten Aufstände gegen die Nichtbeachtung der freien Selbstbestimmung durch die Organe der Strafverfolgung nicht respektierte. Die Nutzniesser des Prinzips werden identifiziert und sein Wirkungskreis bestimmt. Die Gestaltung des Prinzips "nemo tenetur se detegere" im Bürgerrechtsprozess, im Steuerrecht, im Handelsrecht und im Verwaltungsrecht wird untersucht und der Grund seiner ausschliesslichen Inzidenz im Strafprozess erklärt. Die Kontaktpunkte mit dem Strafrecht werden bestätigt, was auch als Grenze für seine Berufung funktioniert. Es wird ein Vergleich gezogen zwischen der Rolle des Prinzips gegen die Selbstbeschuldigung angesichts der Beweismittel, der zur Verfügung stehenden Instrumente zu deren Erlangung, und einigen Grundlagen des materiellen Rechts. Aus diesem Vergleich wird das hauptsächlich von ihm verteidigte Rechtsgut entnommen: die Freiheit der Selbstbestimmung. Die wirksame Betreuung des Verteidigers, verbunden mit dem Prinzip der Unschuldvermutung, verdienen eine besondere Behandlung wegen ihrer Bedeutung zur Unterstützung der Potentialisierung der Ausübung des Prinzips gegen die Selbstbeschuldigung. Beim Versuch der Stärkung seiner Anwendung ist die Information betreffs der Möglichkeit der Ausübung wesentlich und verdient eine gründliche Untersuchung. Es wird ermittelt, inwieweit das Prinzip im Zusammenhang mit der Mit-Täterschaft steht, um daraus die Grenzen seiner Anwendbarkeit zu ziehen. Neben der Beschuldigung durch Dritte, verbunden mit der

sogenannten Denunzierung des Mitangeklagten, wird eine Parallele gezogen zwischen der ungewollten und der gewollten Selbstbeschuldigung, wobei der Ansporn dazu in viele Ländern eine steigende Tendenz aufweist. Die Nichtanwendbarkeit des Prinzips gegen die Selbstbeschuldigung im Falle von unterlassenden Verhaltensweisen, die in einer blossen Duldung des Angeklagten bestehen, wird untersucht. Lediglich durch aktives Verhalten kann der Strafbeweis durch den Angeklagten produziert werden, und nur im Fall der Beweisproduktion ergibt sich die Möglichkeit des Schutzes, den das Prinzip gegen Selbstbeschuldigung bietet. Es setzt voraus das Vorhandensein des Willens zu entscheiden, was gemacht werden soll oder nicht, und wenn dieses Willens-Element fehlt, kann überhaupt nicht von der Möglichkeit einer Selbstbeschuldigung die Rede sein. Die fehlende Willens-Äusserung wird identifiziert durch die Handlungen, die blosser Duldung darstellen, und denen gegenüber der Schutz des Prinzips ausgeschlossen ist. Es wird festgestellt, dass das Prinzip gegen Selbstbeschuldigung kein Hindernis zur Beweismittelerlangung gegen die Erlaubnis des Angeklagten darstellt, spezifisch betreffs der körperlichen Zwangseingriffe. Aus diesem Grund werden hiermit Richtlinien zu ihrer Regelung im brasilianischen Recht vorgeschlagen.

## 1 INTRODUÇÃO

Quando da elaboração da dissertação de mestrado intitulada “O interrogatório no processo penal”, abordou-se, ainda que parcialmente, o princípio contra a auto-incriminação, no capítulo que fazia referência ao direito ao silêncio. Aquela época, concluiu-se, *en passant*, identificar-se o princípio *nemo tenetur se detegere* com o direito ao silêncio, em relação à ação verbal, muito embora este não se esgotasse naquele, e se percebeu a necessidade de examinar tema pouco enraizado na doutrina nacional. Exigiam-se melhor embasamento para essa conclusão e respostas para inúmeras outras indagações, motivo por que se aguçou o interesse pelo aprofundamento do estudo.

A isso se acresceram dois acontecimentos que mais despertaram a curiosidade sobre o assunto.

Em fevereiro de 1960, na *Northwestern University School of Law*, reuniram-se advogados e professores dos Estados Unidos e de outros países para estudarem e aprimorarem a concepção do *privilege against self-incrimination*. Após a exposição das variáveis e nuances que envolviam o princípio contra a auto-incriminação nos diversos lugares do mundo, o representante da Noruega, *Anders Bratholm*, afirmou que em seu país, assim como nos demais Estados escandinavos, “*there is no doctrine corresponding to that in Anglo-Saxon law on self-incrimination (...). Most persons, when charged, consent to inquiry desired by the police, because they believe that it is their duty to cooperate*”.<sup>1</sup>

Por sua vez, na antiga Alemanha Oriental, como resultado da aplicação teórica das idéias marxistas-leninistas, os órgãos encarregados da persecução penal esperavam colaborasse o acusado na própria incriminação. Ele, o magistrado e aqueles deveriam trabalhar em conjunto, a fim de alcançar a verdade, pois mesmo o acusado tinha interesse em sua condenação.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Tradução livre: “Não há doutrina correspondente a essa no direito anglo-saxão sobre a auto-incriminação (...). A maioria das pessoas, quando acusada, consente em ser inquirida como desejado pela polícia, porque elas acreditam que é seu dever cooperar”. BRATHOLM, Anders. The privilege against self-incrimination under foreign law. *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Northwestern, v. 51, n. 2, p. 188, jul./aug., 1960.

<sup>2</sup> KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren – Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*. Aachen: Shaker, 1999, p. 31.

Posto que em ambas as situações a contribuição do acusado era fato ordinário, a motivação tinha origem diversa, pois no país escandinavo partia da própria sociedade a iniciativa em cooperar, ao passo que na Alemanha Oriental os órgãos oficiais de investigação e repressão eram quem exigiam a colaboração.

Apesar de o considerável tempo transcorrido, a posição do professor da Universidade de Oslo e a concepção que existia entre os alemães orientais suscitam inúmeras questões de cunho sociológico e jurídico: conhecer o motivo por que os Estados escandinavos e o país de regime socialista eram infensos ao princípio contra a auto-incriminação; saber por que encontrou guarida em outras regiões; medir até que ponto os aspectos culturais influenciam sua conformação; e a principal delas, por ser eleita objeto do presente estudo, constatar como no Brasil está estruturado o princípio. De início já se faz a opção por relegar os aspectos sociológicos e privilegiar os caracteres jurídicos.

Para a completa definição do conteúdo e dos contornos do princípio contra a auto-incriminação, muitas perguntas devem ser respondidas, considerando ser lacunosa a disciplina legal, escassos os estudos doutrinários em âmbito nacional e a jurisprudência, apegada ao julgamento do caso concreto, incapaz de preencher integralmente os vácuos existentes.

As dificuldades se iniciam na tentativa de se precisar a origem do princípio. De acordo com Couture, *“es algo así como un pasaje de folk-lore jurídico, según clasificara agudamente un autor a estos preceptos de origen desconocido, que por tradición, comodidad o pereza, se vienen transmitiendo a lo largo del tiempo”*.<sup>3</sup> O recurso à evolução histórica suplanta a estrita visão técnico-normativa e permite resgatar parte do passado que bem pode trazer subsídios para explicar os contornos atuais do princípio.

Ainda que distante o nascedouro do princípio contra a auto-incriminação, reveste-se de atualidade, pois encontra amparo no ordenamento jurídico de muitos países, entre os quais podem ser citados os Estados Unidos, a Itália, a Espanha e a Alemanha. Porém, não é tanto o acolhimento do princípio no ordenamento jurídico, mas a definição de seu alcance e a demarcação da área de tutela que suscitam dificuldades. Saber se é possível invocar o princípio em dada situação pode ser tarefa simples, de mera

---

<sup>3</sup> COUTURE, Eduardo J. Sobre el precepto “nemo tenetur edere contra se”. *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, v. 1, p. 53-4, ene./jun., 1943.

conformação do caso concreto à disciplina trazida pela norma jurídica. Entretanto, as hipóteses são tantas que nenhum código seria capaz de perfeitamente disciplinar a aquisição de provas tendo em vista a inexistência do dever de colaboração do acusado na própria incriminação.

Conquanto aparente ser um direito natural de toda pessoa ocultar as próprias faltas, sem que possa exigir-lhe que menospreze sua esfera jurídica mediante a exteriorização de algumas delas,<sup>4</sup> mostra-se indispensável determinar o bem jurídico tutelado pelo princípio contra a auto-incriminação. O conflito de princípios, muitas vezes, resolve-se pela preponderância de interesses. Para balancear os interesses em jogo e saber qual deles haverá de prevalecer, indispensável que se precisem os bens jurídicos dignos de proteção. Definidos os bens tutelados e fixados os parâmetros a serem observados no confronto de interesses, estabelece-se com maior exatidão o alcance e o conteúdo do princípio contra a auto-incriminação.

Se o princípio tivesse caráter absoluto, dispensável seria falar em limites. Embora o momento seja para a apresentação de propostas de estudo para chegar a futuras conclusões, uma já pode ser antecipada. Não se trata de um valor absoluto, porque, a exemplo da vida, bem supremo que, não obstante, é de valor relativo, o princípio contra a auto-incriminação, como todos os demais, está demarcado por outros direitos, cuja menção é imperiosa. A multiplicidade de aspectos e projeções valorativas dos direitos humanos que pode levar a situação de aparente conflito imprime a necessidade de opção entre eles.<sup>5</sup> Especificar quais são os marcos do princípio é pesar a importância desses direitos, tal como a intimidade, o segredo profissional, as relações familiares, na estruturação do ordenamento jurídico brasileiro, além de servir para avaliar a relevância de cada um deles para a descoberta da verdade no processo penal.

As dificuldades na pesquisa se acentuam porque o princípio contra a auto-incriminação tem um espectro abrangente, cuja extensão foi paulatinamente se ampliando. Hoje são muitas as diferenças quanto a seus exatos alcances e limites. Desde

---

<sup>4</sup> KIRSCH, Stefan. Derecho a no autoinculparse. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 253.

<sup>5</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada -- uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 379.

os primórdios, quando não se podia exigir confessasse o acusado o próprio crime, passando pela mais recente consagração do direito ao silêncio, até às situações bastante atuais e pouco exploradas de recusa em submeter-se a intervenções corporais ou em expirar ar no bafômetro, com o fim de obtenção de prova da prática do delito, a invocação do princípio suscita incertezas e discussões. Atenção especial é dedicada à relação entre o princípio contra a auto-incriminação e as intervenções corporais, cujo emprego, para a maior parte da doutrina brasileira, encontra óbice naquele.

No ordenamento pátrio, adquiriu relevância o estudo do princípio contra a auto-incriminação após a consagração do direito de permanecer calado na Constituição Federal de 1988. Aparentemente, dado o caráter relativamente recente do direito ao silêncio, pouca utilidade haveria em se analisar as normas positivas anteriores à promulgação da *Charta Magna* vigente. Contudo, do exame da legislação ordinária será possível extrair-se conclusões acerca da compatibilidade ou não de alguma disposição legal com o direito previsto no art. 5º, LXIII da Constituição Federal.

O exame da legislação ordinária não se resumirá às normas de direito e processo penal, malgrado nelas se concentre o foco de atenções. O estudo do princípio contra a auto-incriminação envolve os demais ramos do Direito, porque em âmbito tributário, comercial ou civil surgem episódios em que a produção de determinada prova é francamente contrária aos interesses da parte, sendo capaz de acarretar-lhe a responsabilização criminal. Na tarefa de delimitação do raio de incidência do princípio contra a auto-incriminação, pretende-se aferir se tem ele aplicação exclusiva em âmbito criminal ou se abrange também a seara cível. Para tanto haverá necessidade de verificar se há estreita identificação entre o princípio contra a auto-incriminação e o princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém está obrigado a descobrir-se.

A pesquisa não se limitar ao exame da norma positiva, porquanto a pretensão do trabalho científico é justamente estudar o objeto, com profundidade, para, a partir da análise e da interpretação, passar à transformação do direito vigente. A análise reducionista e simplificadora sobre o direito positivo se esquece do importante trabalho de interpretação e de integração da norma desempenhado pelos tribunais. Nos Estados Unidos, por exemplo, a conformação atual do princípio contra a auto-incriminação, sob as vestes do *privilege against self-incrimination*, foi toda construída pela Suprema Corte.

É certo que o *common law* favorece e determina sejam os institutos jurídicos estruturados pelo labor jurisprudencial. Mas não se pode desprezar a atuação da *Corte Costituzionale*, dos *Tribunales Costitucional e Supremo* e do *Bundesverfassungsgericht* e do *Bundesgerichtshof* na modelagem do mesmo princípio nos ordenamentos italiano, espanhol e alemão, a que freqüentemente se fãrão referências. Seja no sistema do *common law*, seja no *civil law* o papel dos tribunais superiores é essencial à sistematização que se pretende elaborar.

A Constituição da República, ao consagrar o direito de permanecer calado, disse muito pouco. A complementação de seu conteúdo é feita pela doutrina e, sobretudo, pelas decisões judiciais que, emanadas do Supremo Tribunal Federal, têm relevante peso na formação do convencimento dos demais magistrados de instâncias inferiores. Obriga-se o tribunal a desenvolver o direito sem o cômodo arrimo da norma positiva. Por ser direito novo, o tratamento vem sendo construído pouco a pouco pela instância máxima do Poder Judiciário brasileiro. Além disso, em sendo papel dos juizes e tribunais zelar por um dever de proteção da coletividade, não excludente, mas confluyente com o dever de proteção do indivíduo, a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal possibilitará saber se esses deveres estão sendo cumpridos.

Em muitos momentos, as decisões do Supremo Tribunal Federal serão o ponto de partida para o desenvolvimento do estudo, pois não representam o esgotamento do exame do caso concreto e, por conseguinte, ensejam perquirição mais minuciosa. Por vezes, no meio do caminho se deparará com premissas fixadas pela Corte Suprema, que orientarão o avançar da análise. Em outras ocasiões, aquilo decidido pela instância máxima do Poder Judiciário será o ponto de chegada, como valores postos e vigentes adotados na tentativa de se sistematizar o objeto analisado.

Por outro lado, a miríade de situações acabam por impedir uma contribuição definitiva e acabada do Supremo Tribunal Federal para a superação das consideráveis lacunas da regulamentação legal positiva. Temas não apreciados; pontos de acentuado caráter teórico, indispensáveis à efetiva compreensão do princípio contra a auto-incriminação, mas que normalmente não são levados às cortes, concentradas em solucionar as expressões reais da vida em contato com as construções dogmáticas; questionamentos transcendentais ao caso concreto, de caráter genérico, dirigidos contra a

forma de tratamento da matéria pelo direito positivo são motivos por que o enfoque conferido pelo tribunal seria incompleto aos fins da pesquisa. É preciso ir além, com o auxílio da doutrina, sobretudo a estrangeira, analisando pontos ainda não debatidos e criticando a atual conformação jurídica da matéria, a fim de propor, com a intenção de aperfeiçoar a dogmática processual.

A pretensão deste trabalho é, pois, estudar o princípio contra a auto-incriminação, especificar seu conteúdo e definir seus contornos, desde quando surgido até como atualmente encarado no direito pátrio. Propõe-se a descobrir a origem do princípio, não apenas em referência ao ordenamento brasileiro, sistematizar a disciplina nos vários ramos do Direito, precisar o alcance de sua influência e, sobretudo, examinar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, recorrendo-se ao direito comparado para identificação de dessemelhanças e pontos comuns. Enfim, pretende-se apresentar propostas para potencializar a eficácia do princípio em relação àquele que o invoca e firmar conclusões sobre sua conformação atual, sem que sejam, no entanto, definitivas, até mesmo porque, na evolução das ciências, o definitivo é efêmero.

## 2 O PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO VISTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A pesquisa em acórdãos do Supremo Tribunal Federal teve como fontes diretas a Revista Trimestral de Jurisprudência, editada pelo próprio tribunal, e o banco de jurisprudência disponibilizado na internet, composto por cerca de 240.000 documentos e atualizado semanalmente. Outrossim foram pesquisadas decisões monocráticas, inseridas em banco de dados independente, também disponíveis na internet, com cerca de 15.000 documentos. Os julgados consultados são aqueles com acórdãos publicados a partir de 1950.

Não se limitou a investigação a decisões que formavam jurisprudência. Por vezes, julgados sem similares foram aproveitados, porquanto o caráter de exclusividade não elide seu valor, além de se prestar, à semelhança dos acórdãos repetitivos, aos fins a que se pretende. Da pesquisa executada, abrangendo cerca de quatro centenas de documentos, foram selecionadas 56 decisões<sup>6</sup> que guardam relação direta com a temática escolhida, examinadas em seu inteiro teor, cujas ementas estão dispostas no Anexo I. Encontram-se no Anexo II as ementas das demais decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal não relacionadas diretamente com o princípio contra a auto-incriminação, mas mencionadas no corpo do trabalho.

Optou-se por realizar a pesquisa exclusivamente em decisões do Supremo Tribunal Federal devido a quatro fatores.

Primeiramente, porque é a mais elevada instância do Poder Judiciário brasileiro. Como o estudo fará constante remissão ao tratamento da matéria no Direito Comparado e será comum recorrer às decisões das instâncias superiores dos Estados

---

<sup>6</sup> RCL 2.040/DF, MSMC 23.491/DF, MSMC 23.576/DF, MSPR 23.576/DF, MS 23.576/DF, MSMC 24.118/DF, RHC 64.354/SP, HC 68.742/DF, HC 68.929/SP, HC 69.026/DF, HC 69.818, HC 72.377/SP, HC 72.815/MS, HC 73.035/DF, HCML 73.671/PR, HC 75.257/RJ, HC 75.599/SP, HC 75.616/SP, HC 76.092/RJ, HC 77.135/SP, HCML 77.704/RJ, HCML 78.814/PR, HCML 79.244/DF, HC 79.244/DF, HCEX 79.244/DF, HC 79.589/DF, HC 79.781/SP, HCML 79.790/SP, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, RHC 79.973/MG, HCML 80.153/AP, HCML 80.155/PR, HCML 80.427/PE, HCML 80.530/PA, HCML 80.584/PA, HC 80.584/PA, HC 80.592/PR, HCMC 80.616/SP, HCML 80.853/SP, HCML 80.868/DF, HC 80.949/RJ, HCML 80.955/SP, HCMC 81.132/PB, HCML 81.338/DF, HCML 81.352/DF, HCML 81.400/DF, HC 81.400/DF, HC 81.718/DF, HC 82.463/MG, HCML 83.096/RJ, HCMC 83.438/DF, RE 103.266/RS, RE 199.570/MS, RE 206.971/SP e RE 212.081/RO.

estrangeiros, nada mais adequado do que confrontá-las com os julgados proferidos no mais elevado grau hierárquico do sistema judiciário nacional.

Em segundo lugar, porque a matéria objeto da pesquisa – o princípio contra a auto-incriminação, representado pelo direito de permanecer calado – ganhou foros constitucionais em 1988, ao ser previsto na última carta política editada. Apesar de o Supremo Tribunal Federal não poder ser chamado de tribunal constitucional,<sup>7</sup> a *Charta Magna* de 1988 procurou concentrar sua competência às questões constitucionais, entre as quais há de se incluir o direito de permanecer calado, expressamente consagrado no art. 5º, LXIII. São raros os arestos anteriores a 1988 que tratam do direito ao silêncio, porque a problemática de maior importância coloca-se em plano recente e eminentemente constitucional. Somente com a promulgação da Constituição da República de 1988 o direito ao silêncio adquiriu status constitucional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, não exclusivamente, mas especialmente, o papel de apreciar a matéria com relativa frequência. Sob o ponto de vista quantitativo, talvez nenhum outro tribunal brasileiro tenha julgado tantas questões envolvendo o princípio contra a auto-incriminação.

Cita-se como terceira razão da escolha do Supremo Tribunal Federal, entre os quarenta tribunais existentes no país encarregados da jurisdição comum,<sup>8</sup> a intenção em se restringir o âmbito da pesquisa a fim de constatar a formação de uma jurisprudência. Em face das desigualdades regionais e sociais e da numerosa quantidade de tribunais existentes, a escolha de uma corte localizada em determinada região poderia não bem reproduzir o tratamento da matéria em outros pontos do Brasil. O Supremo Tribunal

---

<sup>7</sup> Na lição de José Afonso da Silva, o Supremo Tribunal Federal “não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo porque o modo de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7ª ed. São Paulo: RT, 1991, p. 478. Além disso, é da competência do Supremo Tribunal Federal temas como extradição, homologação de sentenças estrangeiras, concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, julgamento de ações penais e uma gama de hipóteses de *habeas corpus* e mandados de segurança, matérias que nem sempre possuem cunho precipuamente constitucional.

<sup>8</sup> São 27 Tribunais de Justiça, um em cada Estado da Federação; seis Tribunais de Alçada, dois cíveis e um criminal em São Paulo, além de outros três em Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Sul; cinco Tribunais Regionais Federais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Federal, além da responsabilidade pela guarda da Constituição, tem um caráter unificador supra-estadual do direito, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça. Este, porém, deixou de ser escolhido por não apresentar os mesmos atributos anteriormente indicados observados na Corte Suprema. A pesquisa, se realizada sobre decisões de vários tribunais, correria o risco de trazer muita assimetria na composição do tema e dela dificilmente se extrairia uma jurisprudência, como seqüência de decisões uniformes.

Malgrado admissível a modificação da inclinação jurisprudencial e reconhecendo-se a reduzida vinculação legal e obrigatória de suas decisões, é incontestável a força do julgado da última instância judicial, o que leva à apresentação do derradeiro motivo da escolha feita. A interpretação ou integração de uma norma pelo Supremo Tribunal Federal “produz o efeito de servir como exemplo a outras decisões, às quais crescem logo novas interpretações e complementações que, por sua vez, conduzem a máximas de decisões judiciais e muitas vezes a linhas rectoras reconhecidas de conduta em conformidade com a norma”.<sup>9</sup> É certo que o processo penal brasileiro não se assemelha ao norte-americano, “produto menos da lei que da jurisprudência da Suprema Corte”,<sup>10</sup> nas palavras de *Barbosa Moreira*, mas da análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal extraem-se importantes conclusões para o entendimento e a consolidação do princípio contra a auto-incriminação no direito pátrio, com o atributo de vincular, pelos fundamentos e pela autoridade, os juízes de instância inferior.

## 2.1 INSTRUMENTO

O *habeas corpus* é o instrumento processual mais utilizado para fazer chegar ao Supremo Tribunal Federal as questões que giram em torno do direito de permanecer calado.<sup>11</sup> Representa aproximadamente 82% dos acórdãos e decisões monocráticas pesquisados.

<sup>9</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 294.

<sup>10</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 103, p. 95, jul./set., 2001.

<sup>11</sup> RHC 64.354/SP, HC 68.742/DF, HC 68.929/SP, HC 69.026/DF, HC 69.818, HC 72.377/SP, HC 72.815/MS, HC 73.035/DF, HCML 73.671/PR, HC 75.257/RJ, HC 75.599/SP, HC 75.616/SP, HC 76.092/RJ, HC 77.135/SP, HCML 77.704/RJ, HCML 78.814/PR, HCML 79.244/DF, HC 79.244/DF, HCEX 79.244/DF, HC 79.589/DF, HC 79.781/SP, HCML 79.790/SP, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP,

Atribui-se essa predominância do *habeas corpus* a fatores diversos. Primeiramente, é *writ* com procedimento célere que permite o julgamento pelas instâncias sobrepostas em curto espaço de tempo. À medida que os órgãos julgadores se tornam autoridades coatoras, com a denegação do *habeas corpus* impetrado e a manutenção dos supostos constrangimentos ilegais, vai-se modificando a competência jurisdicional até atingir o Supremo Tribunal Federal, competente para julgar *habeas corpus* quando o coator for Tribunal Superior (art. 102, I, “i” da Constituição Federal). De igual modo, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102, II, “a”). Como se tem admitido a utilização do *habeas corpus* substitutivo ao recurso ordinário, dada a maior celeridade do procedimento, denegada a ordem pelos Tribunais Superiores, impetra-se o *writ* diretamente no Supremo Tribunal Federal.

No mesmo art. 102, I, “i” da Constituição Federal se prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar *habeas corpus* quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à sua jurisdição. Nesse rol se enquadram as Comissões Parlamentares de Inquérito, cujas técnicas de investigação deram causa à impetração de muitos *habeas corpus* destinados à preservação do direito de permanecer calado.<sup>12</sup> O entendimento do Supremo Tribunal Federal se assenta no reconhecimento de sua competência para processar e julgar, em sede originária, mandados de segurança e *habeas corpus* impetrados contra Comissões Parlamentares de Inquérito constituídas no âmbito do Congresso Nacional ou no de qualquer de suas Casas. As Comissões Parlamentares de Inquérito, por constituírem a *longa manus* do próprio Congresso Nacional, sujeitam-se ao controle jurisdicional imediato do Supremo Tribunal Federal.<sup>13</sup>

---

RHC 79.973/MG, HCML 80.153/AP, HCML 80.155/PR, HCML 80.427/PE, HCML 80.530/PA, HCML 80.584/PA, HC 80.584/PA, HC 80.592/PR, HCMC 80.616/SP, HCML 80.853/SP, HCML 80.868/DF, HC 80.949/RJ, HCML 80.955/SP, HCMC 81.132/PB, HCML 81.338/DF, HCML 81.352/DF, HCML 81.400/DF, HC 81.400/DF, HC 81.718/DF, HC 82.463/MG, HCML 83.096/RJ e HCMC 83.438/DF.

<sup>12</sup> HCML 79.244/DF, HC 79.244/DF, HCEX 79.244/DF, HC 79.589/DF, HCML 79.790/SP, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, HCML 80.153/AP, HCML 80.155/PR, HCML 80.427/PE, HCML 80.530/PA, HCML 80.584/PA, HC 80.584/PA, HCML 80.853/SP, HCML 80.868/DF, HCML 80.955/SP, HCML 81.338/DF, HCML 81.352/DF, HCML 81.400/DF, HC 81.400/DF, HCML 83.096/RJ e HCMC 83.438/DF.

<sup>13</sup> RHC 32.678 e HC 71.039/RJ.

É considerável a diferença quantitativa entre os *habeas corpus* impetrados tendo como autoridade coatora as Comissões Parlamentares de Inquérito e aqueles em que figuram como pacientes funcionários sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Encontrou-se uma única ocorrência de *writ* impetrado por deputado federal, visando a suspender inquérito policial contra ele instaurado, sem êxito.<sup>14</sup>

Pode causar certa perplexidade o manejo do *habeas corpus* para garantir o exercício do direito de permanecer calado. A despeito de não ocorrer restrição à liberdade de locomoção, firmou-se o entendimento de que sempre que, da imputação, puder advir condenação a pena privativa de liberdade, admite-se, em tese, o *habeas corpus* para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal.<sup>15</sup> Por outro lado, em havendo risco de restrição do direito de ir e vir, materializado pela intimação para prestar depoimento que pode dar ensejo à condução coercitiva da testemunha que se recusa a comparecer, cabível, *a fortiori*, o *habeas corpus*.<sup>16</sup>

Em verdade, o *habeas corpus*, segundo José Barcelos de Souza, “assumiu também, embora sob a forma de ação, o papel de um grande recurso, um recurso-ônibus que na atualidade o torna – ainda mais com a notável evolução e aplicação que vem tendo – um remédio extraordinário, remédio heróico como costuma ser chamado”.<sup>17</sup>

O mandado de segurança, embora com menor freqüência, é remédio constitucional em que se abordaram questões atinentes ao direito de permanecer calado.<sup>18</sup> Sua utilização não teve por objetivo principal assegurar o exercício do princípio contra a auto-incriminação, o que seria uma impropriedade, mas se justificou para preservar o sigilo bancário e financeiro<sup>19</sup> ou as prerrogativas do advogado estabelecidas na Lei nº 8.906/94 na defesa de seu cliente.<sup>20</sup>

Em quatro Recursos Extraordinários se discutiu o princípio contra a auto-incriminação.<sup>21</sup>

---

<sup>14</sup> HC 80.592/PR.

<sup>15</sup> HC 80.949/RJ.

<sup>16</sup> HC 71.193/SP.

<sup>17</sup> SOUZA, José Barcelos de. *Doutrina e prática do habeas corpus*. Belo Horizonte: Sigla, 1998, p. 1.

<sup>18</sup> MSMC 23.491/DF, MSMC 23.576/DF, MSPR 23.576/DF, MS 23.576/DF e MSMC 24.118/DF.

<sup>19</sup> MSMC 23.491/DF.

<sup>20</sup> MSMC 23.576/DF, MSPR 23.576/DF e MSMC 24.118/DF.

<sup>21</sup> RE 103.266/RS, RE 199.570/MS, RE 206.971/SP e RE 212.081/RO.

## 2.2 MOMENTO

Na maior parte das vezes em que se suscitaram questões atinentes ao princípio contra a auto-incriminação fez-se uso do instrumento processual em caráter preventivo.<sup>22</sup> Visava-se a impedir produção de prova ilícita, porque em contraste com a Constituição Federal,

Em menor número de decisões foi analisada a proibição de valoração da prova já produzida, ausente, pois, o aspecto preventivo da ação.<sup>23</sup> Nesses casos, pretendia-se excluir a prova colacionada para o processo e inutilizá-la para a formação do livre convencimento judicial. Sob essas vestes, impetrou-se *habeas corpus* para obter a anulação de ação penal por falta de justa causa.<sup>24</sup>

## 2.3 DATA DAS DECISÕES

Apenas dois arestos são anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988.<sup>25</sup> Isso se explica pela inovação do texto constitucional com a introdução do direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII). Até então o princípio contra a auto-incriminação ou alguma de suas espécies de manifestação nunca haviam sido expressamente previstos no corpo da Constituição.

Em um dos julgados reconheceu-se o silêncio como direito inalienável do acusado. No outro, a inexistência de obrigação em participar da reconstituição do crime. Em ambos, todavia, decidiu-se que, do silêncio ou da omissão, poderiam ser extraídas conseqüências prejudiciais à defesa, em consonância com a regra prevista na segunda parte do art. 186 do Código de Processo Penal.

---

<sup>22</sup> MSMC 23.491/DF, MSMC 23.576/DF, MSPR 23.576/DF, MSMC 24.118/DF, HC 69.026/DF, HCML 78.814/PR, HCML 79.244/DF, HC 79.244/DF, HCEX 79.244/DF, HC 79.589/DF, HCML 79.790/SP, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, HCML 80.153/AP, HCML 80.155/PR, HCML 80.427/PE, HCML 80.530/PA, HCML 80.584/PA, HC 80.584/PA, HCML 80.853/SP, HCML 80.868/DF, HCML 80.955/SP, HCML 81.338/DF, HCML 81.352/DF, HCML 81.400/DF, HC 81.400/DF, HCML 83.096/RJ e HCMC 83.438/DF.

<sup>23</sup> HC 69.818/SP, HC 77.135/SP, HC 80.949/RJ e HC 82.463/MG.

<sup>24</sup> HC 75.257/RJ e HC 75.616/SP.

<sup>25</sup> RHC 64.354/SP e RE 103.266/RS.

## 2.4 VOTAÇÃO

As decisões do Supremo Tribunal Federal, na maior parte das vezes, foram prolatadas por unanimidade.<sup>26</sup> Em menor número de julgados, a decisão prevalecente teve votação da maioria, muito embora na específica análise do princípio contra a auto-incriminação possa não ter havido dissidência, concentrando-se a divergência em outros pontos do aresto.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> HC 68.929/SP, HC 69.372/SP, HC 69.818/SP, HC 72.377/SP, HC 72.815/MS, HC 73.035/DF, HC 74.198/SP, HC 75.257/RJ, HC 75.599/SP, HC 75.616/SP, HC 76.092/RJ, HC 77.135/SP, HC 78.708/SP, HC 79.244/DF, HC 79.589/DF, HC 79.781/SP, HC 79.812/SP, RHC 79.973/MG, HC 80.584/PA, HC 80.592/PR, HC 80.949/RJ, HC 82.463/MG, RE 103.266/RS, RE 199.570/MS, RE 206.971/SP e RE 212.081/RO.

<sup>27</sup> HC 68.742/DF, HC 69.697/SP, HC 69.026/DF e HC 73.644/RS.

### 3 NOMENCLATURA

Explicitados os móveis da pesquisa e divulgados os dados de conteúdo processual, passa-se à análise do “mérito” do princípio contra a auto-incriminação, em sua feição protetiva dos direitos do acusado, particularmente em suas mais expoentes manifestações. Os resultados da pesquisa sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal inaugurarão ou comporão alguns dos capítulos do presente trabalho e serão acompanhados pela visão crítica direcionada à sistematização do princípio contra a auto-incriminação no direito brasileiro, a iniciar-se pelo aspecto terminológico.

#### 3.1 TERMINOLOGIA ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conquanto a Constituição Federal de 1988 disponha sobre o direito de permanecer calado, a linguagem utilizada pelo Supremo Tribunal Federal é variada na identificação do princípio contra a auto-incriminação. Em certos julgados, empregou-se a expressão tal qual disposta na Constituição: “direito de permanecer calado”.<sup>28</sup>

Por vezes é feita referência a “privilégio contra a auto-incriminação”, sob patente influência do direito norte-americano,<sup>29</sup> uma vez que a Suprema Corte dos Estados Unidos emprega correntemente a expressão *privilege against self-incrimination*. A influência estrangeira não se verifica somente na literal tradução da expressão em inglês. As explícitas referências ao *common law*, ao *Bill of Rights* e a alguns *leading cases* da Suprema Corte são fortes indicativos da transferência para o hemisfério sul de práticas e soluções encontradas no norte.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> HC 68.742/DF, HC 68.929/SP, HC 72.377/SP, HC 75.257/RJ, HCML 79.244/DF, HCML 79.790/SP, HCML 80.155/PR, HCML 80.530/PA e RE 199.570/MS.

<sup>29</sup> MSMC 23.576/DF (1), MSPR 23.576/DF, MSMC 23.576/DF (2), MSMC 24.118/DF, HC 68.742/DF, HC 68.929/SP, HC 69.026/DF, HC 75.616/SP, HC 77.135/SP, HCML 77.704/RJ, HCML 78.814/PR, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, HCML 80.427/PE, HCML 80.530/PA, HCML 80.584/PA, HCML 80.853/SP, HCML 80.868/DF, HC 80.949/RJ, HCML 81.400/DF e HCML 83.096/RJ.

<sup>30</sup> HC 68.742/DF, HCML 77.704/RJ, HCML 78.814/PR, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, HCML 80.530/PA e HC 80.949/RJ.

*Nemo tenetur se detegere* também é de uso regular pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>31</sup> Há a precisa concepção do *nemo tenetur se detegere* como um princípio que abarca o direito de permanecer calado,<sup>32</sup> sendo este mera espécie de manifestação daquele gênero. Atribui-se ao *nemo tenetur se detegere* a feição de um princípio constitucional,<sup>33</sup> não obstante a Constituição Federal disponha apenas sobre o direito de permanecer calado, com o qual aquele não se confunde.

“Direito ao silêncio” é a expressão que, com mais freqüência, é encontrada nos arestos.<sup>34</sup> Não raras vezes, faz-se uso do termo “prerrogativa”.<sup>35</sup> “Garantia” também é vocábulo de uso rotineiro,<sup>36</sup> assim como “faculdade”.<sup>37</sup>

Embora não seja considerada uma expressão sinonímica do direito de permanecer calado, o Supremo Tribunal Federal define o princípio contra a auto-incriminação como um “direito público subjetivo”.<sup>38</sup> Há dois julgados em que se confere ao direito de permanecer calado o caráter de um direito absoluto, ambos relatados pelo Ministro Celso de Mello.<sup>39</sup>

Apesar de a profusão de expressões para designar o mesmo princípio, o Supremo Tribunal Federal reconhece fundar-se o direito de permanecer em silêncio no princípio contra a auto-incriminação, para o qual dá contornos constitucionais. Verifica-se que a variedade terminológica é mais um recurso lingüístico do que confusão de conceitos, pois o Supremo Tribunal Federal já mostrou compreender que o direito de

<sup>31</sup> MSMC 23.491/DF, HC 68.742/DF, HC 69.818/SP, HC 75.616/SP, HC 77.135/SP, HCML 77.704/RJ, HCML 78.814/PR, HC 79.244/DF, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, HCML 80.155/PR, HCML 80.530/PA, HC 80.949/RJ, HCML 81.352/DF e HCML 83.096/RJ.

<sup>32</sup> HC 69.818/SP.

<sup>33</sup> HC 68.742/DF, HC 73.035/DF e HC 75.616/SP.

<sup>34</sup> MSPR 23.576/DF, MSMC 23.576/DF, MSMC 24.118/DF, HC 68.929/SP, HC 69.818/SP, HC 75.616/SP, HCML 77.704/RJ, HC 78.708/SP, HCML 78.814/PR, HCML 79.244/DF, HC 79.244/DF, HCEX-79.244/DF, HC 79.589/DF, HC 79.781/SP, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, HCML 80.153/AP, HCML 80.530/PA, HCML 80.584/PA, HC 80.584/PA, HCML 80.853/SP, HCML 80.868/DF, HCML 80.955/SP, HCML 81.352/DF, HCML 81.400/DF, HC 81.400/DF, HC 82.463/MG, HCML 83.096/RJ e HCMC 83.438/DF.

<sup>35</sup> MSMC 23.491/DF, MSPR 23.576/DF, HCML 77.704/RJ, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, HCML 80.427/PE e HCML 80.530/PA.

<sup>36</sup> MSMC 23.576/DF, MSMC 24.118/DF, HC 69.818/SP, HC 78.708/SP, HCML 79.244/DF, HC 79.244/DF, HCML 79.790/SP, HCML 80.155/PR, HC 75.616/SP, HCML 80.868/DF, HCML 81.400/DF e HC 81.400/DF.

<sup>37</sup> HC 78.708/SP.

<sup>38</sup> MSPR 23.576/DF, HC 68.742/DF, HC 68.929/SP, HCML 77.704/RJ, HCML 78.814/PR, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, HCML 80.153/AP, HCML 80.530/PA e HCML 81.352/DF.

<sup>39</sup> HC 68.742/DF e HC 68.929/SP.

permanecer calado não equivale ao princípio contra a auto-incriminação, posto que deste seja espécie de manifestação, a mais expressiva.<sup>40</sup>

### 3.2 VISÃO CRÍTICA

O princípio do devido processo legal é uma megagarantia dos direitos fundamentais.

“Isso significa desde logo que o ‘justo’ processo não é constituído evidentemente de uma só, senão de muitas e incontáveis garantias. São garantias que se concretizam em princípios, regras, normas, direitos ou proibições que, como formalidades prescritas em lei, visam a disciplinar o regular desenvolvimento do processo destinado à solução de um conflito de interesses”.<sup>41</sup>

Valendo-se da autorizada lição de *Luiz Flávio Gomes* e de *Flávia Piovesan*, segundo a qual princípios, regras, normas e direitos integram o processo penal, a liberdade conferida ao acusado em não produzir provas utilizáveis em sua condenação é tida como um princípio, uma faculdade, um direito, uma garantia ou um privilégio?

Até o presente momento empregou-se o vocábulo “princípio” para substantivar o axioma *nemo tenetur se detegere* na seara penal. Este “princípio” assegura a homens e mulheres a faculdade de não produzir prova capaz de levá-los à condenação pela prática de infração penal. Por seu turno, a Constituição Federal de 1988 previu o “direito” de permanecer calado, a que se associa o princípio. Por vezes se fala em “faculdade” de permanecer calado ou em “garantia” constitucional. A Suprema Corte Americana usa a expressão *privilege against self-incrimination*, motivo por que a doutrina, nacional e estrangeira, e a jurisprudência pátria empregam o termo “privilégio”, embora também se faça referência a *right*.<sup>42</sup>

O apuro terminológico talvez seja a mais irrelevante preocupação acerca dos direitos do acusado no processo. Antes do rigor vocabular há o interesse em zelar pela efetividade dos direitos, princípios e garantias, quaisquer que sejam as expressões

<sup>40</sup> HCML 80.155/PR.

<sup>41</sup> GOMES, Luiz Flávio. PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 189.

<sup>42</sup> EINESMAN, Floralynn. Confessions and culture: the interaction of miranda and diversity. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 90, n. 1, p. 2, summer, 1999.

lexicais que designem as prerrogativas processuais. Porém, em se tratando de trabalho que se quer científico, um mínimo de desvelo há de ser dirigido ao aspecto terminológico do aforismo *nemo tenetur se detegere*. A perfeita aplicação da linguagem e utilização da palavra, isto é, a exata terminologia, é importante para precisar o saber científico, especificando e valorando cada objeto que se pretende conhecer e concisando seu real conceito.<sup>43</sup>

Por estar previsto no art. 5º da Constituição Federal, inserido no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, permanecer calado apenas pode ser categorizado como um direito ou uma garantia. A literal redação do art. 5º, LXIII não deixa dúvida constituir-se um direito permanecer calado (“o preso será informado de seus **direitos, entre os quais o de permanecer calado**, sendo-lhe assegurada...”). Por conseguinte, o direito de permanecer calado não é uma garantia, no exato sentido do termo, consoante salienta *Jorge Miranda*:

“Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”.<sup>44</sup>

Ao permanecer em silêncio, faz o acusado uso de um direito, que não se confunde com sua garantia. O silêncio é mero mecanismo de manifestação do princípio contra a auto-incriminação e, não, a proteção criada para propiciar o respeito ao princípio. O papel de garantia é desempenhado pelo *habeas corpus*, como se viu no capítulo anterior, pois o *writ* é manejável quando aquele que invoca o silêncio fica impedido de exercitá-lo. Servirá o *habeas corpus* para assegurar ao réu, perante as autoridades encarregadas da persecução penal, o direito de permanecer calado.

Franqueia-se ao acusado permanecer calado por meio de um direito de

<sup>43</sup> LEÃO, Nilzardo Carneiro. Direitos fundamentais, garantias constitucionais e processo penal. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 12, p. 128, jul.98/dez.99.

<sup>44</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – direitos fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, tomo IV, p. 88-9.

aplicação direta e imediata. Aplicação direta não significa apenas que os direitos e garantias se aplicam independentemente de intervenção legislativa. Significa também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição. Em termos práticos, a aplicação direta dos direitos fundamentais implica ainda a inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais contrárias às normas da Constituição consagradoras e garantidoras de direitos e liberdades.<sup>45</sup> Esse ensinamento se aplica ao Código de Processo Penal quando faz restrição ao direito de permanecer calado (art. 186), cuja inconstitucionalidade superveniente, como prefere *Jorge Miranda*,<sup>46</sup> ou não-recepção pela *Charta Magna* é ponto incontroverso no Supremo Tribunal Federal.

O direito de permanecer calado possui ainda os atributos “subjetivo” e “público”. O direito público subjetivo pode ser entendido como “a faculdade ou o poder conferido a um individuo que se coloca em posição de vantagem em relação a um bem”.<sup>47</sup> Faculdade e poder não significam faculdade e poder de um titular de direito sobre atos de outras pessoas, mas são prerrogativas que derivam da norma e que qualificam o ato do próprio agente em relação à sua conduta.<sup>48</sup> O direito que deriva da norma é o mesmo, a regra é a mesma. Considerada em si, eis o seu aspecto objetivo: considerada no sujeito que a põe em exercício, eis o seu aspecto subjetivo. Não são dois direitos. São como o verso e o anverso de uma medalha.<sup>49</sup>

Parece não haver dúvida de que o termo “público” pressupõe a intervenção do Estado. Assim, não existem, na verdade, liberdades privadas, mas todas elas, quer interessem diretamente às relações entre os particulares ou destes com o poder, são públicas na medida em que o Estado lhes assegura o respeito e lhes garante o exercício.<sup>50</sup> E ainda que não se reconhecesse, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o

---

<sup>45</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1104.

<sup>46</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – constituição e inconstitucionalidade*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, tomo II, p. 340.

<sup>47</sup> ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 89.

<sup>48</sup> ARAÚJO, op. cit. p. 93.

<sup>49</sup> MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de teoria geral do direito – introdução ao direito*. 3ª ed. Belo Horizonte: UFMG/PROED, 1986, p. 37.

<sup>50</sup> DOTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1980, p. 3-4.

Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.<sup>51</sup>

O direito subjetivo toma aspecto de faculdade quando o indivíduo, por ato próprio, obtém um resultado jurídico, independentemente da atuação de terceiros. Por isso se fala na faculdade de permanecer calado, quando o acusado, cômico do direito constitucionalmente previsto, mantém-se silente voluntariamente.

*Afrânio Silva Jardim* entende a faculdade como a possibilidade de fazer tudo quanto a lei não proíba e de omitir tudo quanto ela não imponha e a diferencia do direito subjetivo, porque este é mais do que uma mera faculdade de fazer ou não fazer. É o exigir de outrem uma prestação, correspondendo ao direito subjetivo o dever jurídico ou a obrigação.<sup>52</sup> Em verdade, o direito de permanecer calado também constitui faculdade, pois todo direito cujo exercício não seja imposto, mas apenas consentido, nela se transmuda. A faculdade nasce com a norma, mas pode ser exercida a qualquer momento, enquanto persistir a eficácia obrigatória da norma que a criou e com a qual nasceu.<sup>53</sup>

Por sua vez, os princípios são “orientações normativas integrantes da lei ou de seu espírito e que ajudam a expansão lógica do direito”.<sup>54</sup> Ao se falar em princípio, faz-se referência a normas dotadas de mais elevado grau de generalidade,<sup>55</sup> que nem sempre constam expressamente do texto positivado. O Supremo Tribunal Federal viu no espírito do dispositivo constitucional que assegura o direito de permanecer calado uma orientação em que se integra o princípio contra a auto-incriminação. Não obstante o dispositivo constitucional se resume à singela hipótese de permanecer calado, através de raciocínio sinedóquico, infere-se do direito ao silêncio o princípio contra a auto-incriminação, do qual aquele é apenas uma parte integrante.

Os princípios não se confundem com as variações jurisprudenciais, como bem ressalta *Hermes Lima*. A regra da jurisprudência é instável, o princípio é

<sup>51</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamentais e controle de constitucionalidade – estudos de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 218.

<sup>52</sup> JARDIM, Afrânio Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 295, p. 66, jul./set., 1986.

<sup>53</sup> RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 193.

<sup>54</sup> LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 28ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1986, p. 157.

<sup>55</sup> AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios penais – da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 34.

permanente; a regra jurisprudencial é pragmática, o princípio, transcendente. De acordo com uma posição jusnaturalista, os princípios seriam uma concretização de verdades filosóficas perenes.<sup>56</sup>

A solução extraída do princípio não pode ser contrária à oferecida pela norma. Antes de contrariá-la, completa-a. O direito de permanecer calado nada mais é do que parte do princípio contra a auto-incriminação. Mesmo se não houvesse a previsão constitucional do direito ao silêncio e, na ausência de regulamentação em sentido oposto, o princípio contra a auto-incriminação se deduziria do espírito do dispositivo que assegura o devido processo legal. Na Alemanha, a Lei Fundamental não consagra expressamente o princípio *nemo tenetur se detegere*, mas isso não tem impedido a doutrina e a jurisprudência germânicas de sustentarem que o princípio configura verdadeiro direito constitucional não escrito.<sup>57</sup> A doutrina divide-se acerca do fundamento do princípio contra a auto-incriminação: ou se depreende do art. 20, § 3º da Constituição, em que se prevê o princípio do Estado de Direito, ou do art. 2º, § 1º, que cuida dos direitos da personalidade, ou do art. 1º, § 1º, no qual se insere a proteção da dignidade humana.<sup>58</sup> Também a Corte Européia de Direitos Humanos entendeu que a exigência de justa audiência, insculpida no art. 6º da Convenção Européia, implica ter o acusado o direito de permanecer calado e de não contribuir para sua própria incriminação, não obstante nenhum dispositivo legal faça referência ao princípio *nemo tenetur se detegere*.<sup>59</sup>

Por influência da doutrina e da jurisprudência anglo-americanas, imana-se o princípio contra a auto-incriminação com o privilégio contra a auto-incriminação (*privilege against self-incrimination*). No *common law*, direitos peculiares, vantagens,

<sup>56</sup> LIMA, op. cit. p. 156-7.

<sup>57</sup> ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 124. BOSCH, Nikolaus. *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 30.

<sup>58</sup> TORKA, Ronald. *Nachtatverhalten und Nemo tenetur – eine Untersuchung über die Grenzen “zulässiger Verteidigung” und die Relevanz des Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000, p. 90 e 300.

<sup>59</sup> AMBOS, Kai. O direito à não-auto-incriminação de testemunhas perante o tribunal penal internacional. *Revista de Estudos Criminais*, Rio Grande do Sul, v. 2, n. 8, p. 72, 2003.

exceções, poderes, franquias ou imunidades conferidas a uma pessoa ou a uma classe, geralmente não possuídos por outros, são designados *privilege*.<sup>60</sup> *Patient-physician privilege*,<sup>61</sup> *attorney-client privilege*,<sup>62</sup> *journalist's privilege*,<sup>63</sup> *marital communications privilege*,<sup>64</sup> *newsman's privilege*,<sup>65</sup> *State secrets privilege*<sup>66</sup> são exemplos de alguns direitos que se resolvem em privilégios no direito anglo-americano.

Os romanos admitiam o direito resultante do *privilegium*, norma excepcional em relação ao direito comum, mas que visava a uma ou a algumas pessoas determinadas, isentando-as, quanto a certas relações, da observância das leis gerais.<sup>67</sup> Privilégios são concessões conferidas pelo Estado, revogáveis a qualquer tempo, nas quais se insere a idéia de tratamento especial e antiisonômico. Privilégios são concessões oferecidas a determinados sujeitos, sem denotar um interesse geral protetor como valor fundamental da pessoa no confronto com a autoridade do Estado, ao contrário do que sucede em relação ao princípio contra a auto-incriminação.

No prefácio de sua obra, *Leonard W. Levy* demonstra sua insatisfação com a redução do *right against self-incrimination* a mero privilégio, ao sustentar que

*“although the right against self-incrimination originated in England as a common-law privilege, the Fifth Amendment made it a constitutional right, clothing it with the same status as other rights, like freedom of religion, that we would never denigrate by describing them as mere privileges”*.<sup>68</sup>

Se o *privilege against self-incrimination* restringiu-se, em sua origem, a uma limitada categoria de delitos (*treason*), o que justificava a nomenclatura empregada, uma vez que poucos acusados gozavam da prerrogativa, atualmente, mesmo no ordenamento

<sup>60</sup> BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1990, p. 1197.

<sup>61</sup> Direito que tutela a relação médico-paciente.

<sup>62</sup> Direito que tutela a relação advogado-cliente.

<sup>63</sup> Proteção conferida ao editor em *actions of defamation*, na hipótese de a publicação consistir em comentários sinceros sobre órgãos e servidores públicos sempre que haja interesse público.

<sup>64</sup> Tutela as comunicações entre os cônjuges, durante o casamento, que não podem ser utilizadas como prova na maior parte dos processos.

<sup>65</sup> Direito assegurado ao jornalista de recusar-se a revelar as fontes de sua informação.

<sup>66</sup> Direito conferido ao Governo de impedir a divulgação de provas cuja revelação possa acarretar ameaças aos interesses militares ou diplomáticos do Estado.

<sup>67</sup> RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 215.

<sup>68</sup> Tradução livre: “apesar de o direito contra a auto-incriminação ter-se originado na Inglaterra como um privilégio do *common law*, a 5ª Emenda fê-lo direito constitucional, revestindo-o com o mesmo status de outros direitos, como a liberdade de religião, que nós nunca denegriríamos descrevendo-a como simples

jurídico em que primeiramente se consolidou, o princípio contra a auto-incriminação não pode igualar-se ao privilégio, por estar disponível a todas as pessoas acusadas por qualquer delito, sendo desautorizada a importação do vocábulo.

Alcunhar o recurso ao silêncio ou a falta do dever de colaboração como privilégios pressuporia um tratamento especial ao acusado, passível de revogação a qualquer tempo. O tratamento para todos os acusados é idêntico e se há distinção entre o réu e as testemunhas, no tocante à obrigação de colaborar com o Judiciário, explica-se porque apenas o primeiro sofre as contingências da persecução penal. O termo “privilégio” deve reservar-se ao *common law*, para designar as prerrogativas limitadas especialmente a uma pessoa ou a uma classe de pessoas e somente por elas invocável.

Dessarte, em sendo a prerrogativa conferida aos acusados de não produzir prova em próprio prejuízo uma transnominção do direito de permanecer calado, correto se afigura o emprego da expressão “princípio contra a auto-incriminação”, que encontra amparo no dispositivo constitucional do qual extrai sua essência.

---

privilégio”. LEVY, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee paperback ed., 1999, p. vii.

#### 4 CONTEÚDO DO PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO

*Malatesta* dizia que a um direito exigível correspondem duas espécies de obrigações: pode-se obrigar a adotar as próprias forças para satisfazer o direito ou, simplesmente, ser obrigado a não aplicar as próprias forças à satisfação do direito. Obrigação positiva, a primeira; obrigação negativa, a segunda. Esta última espécie, concluiu, é a obrigação do delinqüente: não está ele obrigado a empregar suas forças para atingir a pena; isto seria contrário à natureza humana e ele é simplesmente obrigado a cumpri-la.<sup>69</sup>

Costuma-se designar, em processo penal, a faculdade posta à disposição dos acusados em não empregar suas forças para produzir provas auto-increpadoras pelo brocardo latino *nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém pode ser compelido a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a auto-incriminar-se).<sup>70</sup> A forma mais usual e resumida do aforismo é *nemo tenetur se detegere*<sup>71</sup> (ninguém está obrigado a se descobrir) e será adotada no restante do trabalho em referência à esfera penal. *Lévy-Bruhl* define o brocardo latino nos seguintes termos: “*Nemo tenetur edere contra se, c'est-à-dire qu'il pourra, s'il lui plaît, ne pas produire devant le tribunal les moyens que lui sont défavorables, dussent-ils jeter une pleine lumière sur l'affaire*”.<sup>72</sup>

O direito positivo que traz soluções expressas para o estabelecimento do conteúdo e alcance do princípio *nemo tenetur se detegere* não suscita mais do que questões de cunho interpretativo. Entretanto, para os códigos que carecem de previsão especial surge um problema de interpretação sistemática, para se extrair do sistema do direito vigente a solução admissível, seja para acolher, seja para rechaçar o princípio. Determinado ordenamento jurídico, por opção política, pode não impor, em âmbito cível,

<sup>69</sup> MALATESTA, Nicola Framarino del. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996, p. 419.

<sup>70</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 392.

<sup>71</sup> Outras formas do brocardo: *nemo tenetur prodere seipsum, nemo tenetur edere contra se, nemo tenetur accusare seipsum, nemo tenetur se accusare, nemo testis seipsum*.

<sup>72</sup> Tradução livre: “*Nemo tenetur edere contra se, quer dizer que ele poderá, se desejar, não produzir perante o tribunal as provas que lhe são desfavoráveis, que coloquem um clarão sobre a causa*”. LÉVY-BRUHL, Henri. *La preuve judiciaire*. Paris: Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964, p. 35.

por exemplo, obrigações às partes de apresentação no processo de todas as provas que têm em seu poder. É uma questão de direito positivo não exigir do requerido, no processo civil, o dever ou a obrigação de veracidade, a necessidade de apresentação das provas de que dispõe, enfim, desvendar o que se oculta como óbice para se atingir a verdade. Representaria a accitação do *nemo tenetur se detegere*. Quando do ordenamento se extrai a faculdade de o acusado não colaborar para a própria condenação penal, depara-se com o aspecto criminal do *nemo tenetur se detegere*, que se revela no princípio contra a auto-incriminação.

A expressão “auto-incriminação” envolve o preconceito de que há um crime e aquele que se alberga atrás do princípio correlato seria o provável autor. Talvez fosse preferível se falar em princípio da não-colaboração, com base no qual o acusado não precisaria auxiliar a produção de prova em seu desfavor. Mas, em verdade, a locução “auto-incriminação” se destina a delimitar a área em que incide o princípio e os fins a que se dirige, afastadas as pré-concepções que atentam contra a presunção de inocência.

A doutrina estrangeira compreende o princípio contra a auto-incriminação como expressão da dignidade humana,<sup>73</sup> apto a proteger os direitos da personalidade. Afigura-se como importante componente do processo justo (*fairen Verfahrens*)<sup>74</sup> e, em sendo emanção do princípio do Estado de Direito, possui status constitucional, ainda que não expressamente previsto no texto da Constituição.<sup>75</sup>

Trata-se de um princípio aplicado no campo probatório do Direito Processual Penal. Está contido em nosso ordenamento jurídico assim como a água no vinho. Por ter aplicação no campo probatório, o princípio contra a auto-incriminação condiciona a aquisição de prova e afasta a obtenção por meios ilícitos.

O princípio foi consagrado, pela primeira vez, em âmbito constitucional, na *Charta Magna* de 1215, no título que trata dos direitos e garantias fundamentais. O art. 5º, LXIII estabeleceu que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado”.

<sup>73</sup> HELLMANN, Uwe. Entscheidung: Strafrecht. Steuerrecht – Anmerkung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 12, p. 617, 2002.

<sup>74</sup> ROXIN, Claus. *Strafprozessrecht: Prüfe dein Wissen – Rechtsfälle in Frage und Antwort*. 15ª auf. München: Beck, 1997, p. 57.

<sup>75</sup> ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. 25ª auf. München: Beck, 1998, p. 103.

Malgrado a inovação em sede constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro já conhecia o princípio, previsto na legislação processual civil e penal anterior à Constituição. Os dispositivos da legislação ordinária e da Constituição exibem apenas um aspecto parcial codificado do princípio contra a auto-incriminação.

Sob a influência do recente passado militar, o recurso a técnicas e métodos coercivos pelos órgãos policiais não é raro. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguira-se recentemente o regime autoritário que por tanto tempo dominou o país e sob o qual eram freqüentes e graves as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. A Constituição brasileira de 1988, como um todo, tem antes e acima de tudo um valor estigmatizante. Foi ela o ponto culminante do processo de restauração do Estado Democrático de Direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista de exercício do poder, timbrada na intolerância e na violência.<sup>76</sup> Os direitos fundamentais, topologicamente dispostos no início do texto constitucional, antes da disciplina da organização do Estado e dos Poderes, dão sinais da importância conferida à proteção dos cidadãos contra os abusos estatais. A Constituição fundamentalmente explicita direitos e garantias individuais para, depois, definir a competência das atividades do Estado, delimitando-as sempre em obediência aos direitos e garantias explicitados.

A previsão constitucional não garante a mera possibilidade processual de calar-se, mas assegura o silêncio como um direito público subjetivo e como um amplo direito fundamental inerente à liberdade pessoal. A inclusão do direito de permanecer calado no texto constitucional é clara opção por um processo penal em que os direitos fundamentais se colocam como valores preponderantes, impondo limites e freios à persecução penal. Processo penal é alcançar equilíbrio entre o respeito aos direitos fundamentais do acusado e os interesses de repressão do Estado, ou seja, é fazer coexistir liberdade e segurança. Não é por outra razão que Rogall afirma que *“wir sollten uns nicht vor die Alternative ‘Freiheit oder Sicherheit’ stellen lassen. Wir haben Anspruch auf*

---

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 346, p. 116, abr./jun., 1999.

beides”.<sup>77</sup> Em uma situação tão carregada de conflitualidade como é o processo penal, optou-se pelo indivíduo na tensa relação antinômica que também envolve o Estado.

No direito norte-americano o *privilege against self-incrimination* não deixa de ter caráter simbólico, como explica *Alschuler*, porquanto, desde o julgamento *Miranda v. Arizona* (1966), os americanos têm aprendido que o sistema *Miranda* de proteção da 5ª Emenda possui pouco efeito prático, a ponto de a Administração *Reagan* ter proposto o abandono das regras.<sup>78</sup>

A inserção do direito de permanecer calado na Constituição Federal de 1988 também possui uma função simbólica de dupla face: é didática, no sentido de inculcar nas autoridades a idéia de que a formação da culpa independe da colaboração do acusado, da qual o êxito das investigações muito não se deve esperar, e deferente à liberdade, no intuito de dispor à pessoa que invoca o direito a escolha da conduta processual a se adotar. A consagração do direito possui fim dissuasório nítido: evitar que os agentes policiais cometam excessos, sabendo ser inútil violar a lei, porque os resultados não terão valor probatório, haja vista a afronta a dispositivo constitucional. Para tanto, o respeito quanto à inflexibilidade do direito deve ser o mais pleno possível. A sedimentada regra de que eventuais vícios do inquérito policial não alcançam o processo contribui para a maior fragilidade do respeito aos direitos do acusado. A regra é pertinente e justificável, porém deve ser tomada com ressalvas e ponderações, para não estimular condutas arbitrárias da autoridade e dos agentes policiais, mormente aquelas que afetam o exercício do princípio contra a auto-incriminação.

A sobrevalorização do aspecto simbólico do princípio em detrimento de sua função prática, contudo, há de ser evitada, o que nem sempre é possível. A norma constitucional, ao aludir ao direito de permanecer calado, fez sobressair o aspecto simbólico, pois, a experiência revela, são poucos os acusados que recorrem ao silêncio. O direito de permanecer calado envolve uma certa dose de psicologia social, porquanto o acusado falar é *id quod plerumque accidit*. Talvez por isso o reconhecimento do princípio

---

<sup>77</sup> Tradução livre: “Não devemos deixar nos colocar diante da alternativa ‘Liberdade ou Segurança’. Temos o direito a ambas”. ROGALL, Klaus. Strafprozessuale Grundlagen und legislative probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 18, p. 853, 1987.

<sup>78</sup> ALSCHULER, Albert W. A peculiar privilege in historical perspective. In: HELMHOLZ, R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, cap. 7, p. 200.

*nemo tenetur se detegere*, sem dúvida, seja o mais incompreendido, desrespeitado e controverso de todos os direitos.<sup>79</sup> Fazer do direito de permanecer calado um direito inviolável não seria admitir que há algo a esconder? Ou, sabendo-se que o inocente nada teme e nada tem a esconder, a consagração do direito não importaria na proteção daqueles que justamente são culpados?

Em verdade, as determinações legais existem para disciplinar mesmo situações atípicas, tendo como pano de fundo o respeito incondicional ou extensivo de um bem jurídico. Caso se pretenda levar a sério a autodeterminação, a auto-responsabilidade e a liberdade de escolha da conduta processual pelo acusado não se pode substituir a tutela desses bens pela razão ou pela aprovação moral da conduta, pois se abre o caminho para uma pluralidade de decisões que nem sempre encontram justificativa racional imediata. Na previsão do direito de permanecer calado se vê o verdadeiro relevo que uma ordem jurídica outorga ao direito de autodeterminação e à liberdade do acusado no processo. Além disso, a imoralidade que se nota na escolha pelo silêncio não é maior do que a que se constata na mendacidade do acusado que prefere falar.

É até possível que se questione a atual finalidade do princípio contra a auto-incriminação, uma vez que o direito positivo resguardou em termos categóricos a liberdade de declaração. Ademais, o acusado, sobretudo aquele inocente, procura erigir sua defesa através de declarações, sem utilizar-se do direito de permanecer calado. Muitas vezes, o indiciado reserva-se para prestar declarações em juízo, sendo raras as hipóteses em que o réu se refugia no silêncio perante a autoridade judicial.

Mas é justamente por ter a consciência jurídica sedimentado um entendimento contra o qual houve fortes resistências históricas e por ser os poucos exemplos práticos suficientes para vitaminar uma discussão mais profunda, para dela se extrair pilares teóricos consistentes, que se justifica a necessidade da preservação do princípio. Ele precisa existir não apenas para assegurar o direito de permanecer calado, mas para lembrar que a opção por não declarar-se culpado é sempre facultada ao réu, por mais que se criem meios para incentivar a confissão e a delação.<sup>80</sup> Outrossim, o

---

<sup>79</sup> LEVY, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee paperback ed., 1999, p. X.

<sup>80</sup> Vide capítulo 17.

crescimento do interesse pelo tema segue a mesma proporção da evolução das técnicas de obtenção da prova, a respeito das quais sempre surgirão novas questões a serem enfrentadas.

Apesar de a previsão constitucional cingir-se ao “direito de permanecer calado”, o princípio contra a auto-incriminação abrange todas as ações, verbais ou físicas, capazes de contribuir para a própria condenação. A permanência em silêncio do acusado; a impossibilidade de coagi-lo a confessar a prática do crime; a recusa em submeter-se a intervenções corporais - colheita de sangue para exame de DNA - e a participar da reconstituição do crime; a negativa em sujeitar-se ao exame de dosagem etílica em delitos de trânsito; a oposição à entrega de documentos que possam comprometê-lo; a objeção em prestar juramento, todos esses comportamentos, por trazerem potencial lesão ao direito de defesa do acusado, são geralmente indicados pela doutrina como encobertos pela máxima.

Para Ferrajoli, do princípio *nemo tenetur se detegere* seguem como corolários a proibição de tortura espiritual consistente no juramento do acusado; o direito ao silêncio, assim como a faculdade conferida a ele de faltar com a verdade em suas respostas; a proibição, em respeito à sua pessoa e à inviolabilidade de sua consciência, de não só arrancar a confissão com violência, senão também de obtê-la mediante manipulações da psique, com drogas ou com práticas hipnóticas; a conseqüente negação do papel decisivo da confissão, tanto pelo desprezo de qualquer prova legal, como pelo caráter indisponível associado a situações penais; o direito do réu à assistência e, em todo o caso, à presença de seu defensor no interrogatório para impedir abusos ou violações das garantias processuais.<sup>81</sup>

Posto que a infinidade de casos concretos implique inúmeras e distintas oportunidades em que se invoca o princípio contra a auto-incriminação, como expressões polivalentes de situações subjetivamente diferenciadas, é possível agrupá-los sob duas perspectivas: o acusado possui liberdade em suas declarações, faculdade designada pela doutrina alemã como *Aussagefreiheit*, e dele não se pode exigir a colaboração na produção de prova de caráter incriminatório. Malgrado a inequívoca relação entre as categorias, opta-se por considerá-las autônoma e bipartidamente.

---

<sup>81</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 608.

A liberdade de declaração cinde-se em três classes de situações: a impossibilidade de o acusado ser obrigado a confessar-se culpado, a supressão do juramento e o direito de permanecer calado.

A liberdade de declaração coloca-se no plano da oralidade processual. A confissão, meio de prova enumerado no Código de Processo Penal, merece tratamento à parte, por ter sido, provavelmente, a sede da primeira manifestação histórica do princípio contra a auto-incriminação, quando se dirimiu a obrigação em confessar. A supressão do juramento reforçou a liberdade de declaração, permitindo ao acusado mentir, e, juntamente com a não-obrigatoriedade da confissão, contribuiu para excretar a tortura do processo. O direito ao silêncio, outra indubitosa expressão do princípio contra a auto-incriminação, também é analisado separadamente, sobretudo em virtude da previsão constitucional do direito de permanecer calado.

As manifestações verbais não são as únicas formas em que se apresentam o princípio contra a auto-incriminação, pois, através de outras condutas, é possível produzir prova de caráter incriminatório, utilizável contra quem a produziu. Agrupam-se em uma única categoria todas as demais exteriorizações do princípio contra a auto-incriminação que não se traduzam em expressões orais ou a elas se relacionem. O número indeterminado de manifestações não-verbais implicaria situações tão peculiares que seria impossível nelas identificar pontos em comum que não a inexistência do dever de colaborar na própria incriminação. Como assevera *Uviller*, “*in one view, refusal – like silence and inaction – proves nothing*”,<sup>82</sup> sendo esse o ponto comum: a generalidade de comportamentos omissivos tutelados pelo princípio contra a auto-incriminação nada provam em prejuízo do acusado.

Entre os comportamentos tutelados pelo princípio contra a auto-incriminação, a confissão forçada, principalmente a obtida em sede extrajudicial, e as manifestações não-verbais respeitantes à ativa colaboração do acusado na instrução processual são as que mais deságuam nos tribunais para análise. Também não se pode esquecer da temática do direito ao silêncio, objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal em algumas oportunidades.

---

<sup>82</sup> UVILLER, H. Richard. Self-incrimination by inference: constitutional restrictions on the evidentiary use of a suspect's refusal to submit to a search. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 81, n. 1, p. 52, spring, 1990.

#### 4.1 MANIFESTAÇÕES VERBAIS: LIBERDADE DE DECLARAÇÃO

Há uma idéia de que a investigação dos crimes se resolve por interrogatórios melhor do que por qualquer outro meio de prova.

O acusado, certamente, possui conhecimento preciso da reconstrução dos fatos através do processo. Afinal, se culpado, terá sido o protagonista direto do crime. Por essa razão, o conhecimento do acusado posta-se como atraente objeto no processo penal e a história há mostrado ser corrente o emprego de métodos e técnicas, nem sempre legítimos, para destruir o privilégio da informação e torná-la pública, mesmo sabendo que a representação da verdade pode ser desviada pelo interesse do réu em não prejudicar-se.

Obter a confissão a qualquer preço, submeter o acusado a juramento e inferir do silêncio elementos prejudiciais de prova foram, no decorrer da história, medidas adotadas pelas autoridades encarregadas da apuração de infrações penais. O princípio contra a auto-incriminação, paulatinamente, impediu fosse o réu condenado com base nesses expedientes ao resguardar o saber do acusado contra intromissões desautorizadas e tornou-se o mais importante obstáculo para evitar a acomodação investigativa.<sup>83</sup>

Compelir o acusado a falar em juízo e obrigá-lo a sujeitar-se a juramento são páginas da história do direito brasileiro que não mais podem ser relidas em face do agasalhamento do princípio contra a auto-incriminação pelo ordenamento jurídico. A consciência jurídica moderna concorda com o reconhecimento ao acusado submetido a interrogatório do direito de não colaborar com a autoridade interrogante na finalidade de esclarecimento dos fatos, seja se calando, seja mentindo. O acusado “não é obrigado a participar nesta finalidade através das suas declarações e não é, portanto, destinatário próprio do respectivo ‘dever de colaboração na administração da justiça penal’”.<sup>84</sup>

Sistemas de justiça criminal descritos pela maioria como inquisitoriais estão mais abertos à idéia de que pessoas acusadas da prática de crimes devem ser encorajadas a oferecer provas de sua inocência para a autoridade perseguidora e a cooperar com elas na elucidação dos fatos, ao menos até onde não são compelidas a incriminar a si mesmas

<sup>83</sup> DRIPPS, Donald A. Against police interrogation – and the privilege against self-incrimination. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 78, n. 4, p. 723, spring, 1988.

<sup>84</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda. 1974, v. 1, p. 448.

no processo.<sup>85</sup> Mas em sistemas processuais modernos, além de se dispensar o acusado de produzir provas de sua inocência, sequer se exige tenha alguma participação ativa no processo, mesmo na incriminação de terceiros, figurando o ônus probatório exclusivamente a cargo da acusação.

No âmbito da legislação espanhola, por exemplo, o art. 389 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrím), situado em íntima conexão com o art. 24.2 da Constituição espanhola,<sup>86</sup> garante a produção em total e absoluta liberdade e espontaneidade das declarações emitidas pelos imputados, tanto em relação a sua efetiva realização, quanto a seu conteúdo, proibindo, em consequência, o emprego de toda fórmula que direta ou indiretamente constrinja ou force a vontade do depoente.<sup>87</sup> O art. 17.3 da LECrím, confere ao detido o direito de não declarar (*la persona detenida no puede ser obligada a declarar*). De igual modo o acusado não tem a obrigação de dizer a verdade, como faz certo o art. 387; o direito a não declarar compreende o de negar-se a responder a totalidade das perguntas ou algumas determinadas.<sup>88</sup>

No direito alemão, a obrigação em declarar (*Aussagepflicht*) e o direito de se recusar a declarar (*Aussageverweigerungsrecht*) são opostos que nunca podem concretizar-se simultânea e incondicionalmente. Ou seria um arrombo na esfera íntima do indivíduo ou representaria um insuportável bloqueio na pesquisa da verdade.<sup>89</sup> Torna-se indispensável o temperamento de ambos, com a previsão das hipóteses em que o testemunho oral será obrigatório e facultativo. Em referência ao acusado, não existe uma obrigação em declarar e há o direito de recusar a prestar declarações. O § 136 “a” do Código de Processo Penal alemão (*Strafprozessordnung – StPO*), que proíbe o emprego de maus-tratos através da fadiga, intervenções corporais, tortura, engano e hipnose, tem

<sup>85</sup> INGRAHAM, Barton L. The right of silence, the presumption of innocence, the burden of proof, and a modest proposal: a reply to O'REILLY. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 86, n. 2, p. 564, fall, 1996.

<sup>86</sup> Semelhantemente ao art. 5º da Constituição Federal brasileira, o art. 24 da Constituição espanhola dispõe sobre os direitos individuais, entre os quais “*se enumeran, en efecto, los derechos fundamentales y garantías individuales que deben regir el proceso penal*”. FERNÁNDEZ, Ricardo Rodríguez. *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*. Granada: Comares, 1999, p. 3.

<sup>87</sup> ROSSETTO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 50.

<sup>88</sup> ROSSETTO, op. cit. p. 164.

<sup>89</sup> LENCKNER, Theodor. Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, n. 8, p. 321, 25 feb., 1965.

por objetivo primeiro, de acordo com *Seier*, assegurar a dignidade humana do acusado.<sup>90</sup> Mas secundariamente destina-se a evitar o aproveitamento de declarações viciadas e a assegurar a liberdade de autodeterminação e de autocondução do acusado. Foi uma consciente resposta negativa aos métodos de interrogatório do nacional-socialismo e uma reação à discussão no pós-guerra sobre a inserção de novos conhecimentos médicos e técnicos para o esclarecimento da verdade no processo penal.<sup>91</sup> O dispositivo, válido somente para o interrogatório e não aplicável na aquisição de outros tipos de material probatório,<sup>92</sup> visa a preservar a liberdade de declaração do acusado, permitindo a ele decidir se deixa o ônus probatório exclusivamente a cargo da acusação.

Nos Estados Unidos, a situação é um pouco diversa, pois o acusado se depara com um “trilema” ao optar por depor: fornecer evidências que lhe são prejudiciais; praticar perjúrio, caso minta; e abster-se de falar, cometendo o crime de *contempt of court*. Chega-se a dizer, exageradamente, que a 5ª Emenda não visa a assegurar o direito ao silêncio, mas a afastar a angústia da escolha entre as opções dispostas ao acusado. No Brasil, não há sequer um dilema, pois o réu não presta declarações sob compromisso e, caso se recuse a produzir prova contrária a seus interesses, pode optar, simplesmente, por manter-se calado, mesmo que, inicialmente, tenha decidido declarar irrestritamente.

No direito brasileiro, afinado com os modernos sistemas processuais, não mais se concebe a obrigação de confessar, de submeter-se a juramento e de prestar declarações como expedientes processuais aceitáveis, porque contrários ao princípio contra a auto-incriminação em seu aspecto oral, como logo se verá.

#### 4.1.1 Inexigibilidade da confissão

Nos Estados Unidos, o *privilege against self-incrimination* epitomiza uma das mais nobres e resistentes histórias, representativa do triunfo da liberdade individual sobre a opressão estatal. Originalmente, o *privilege against self-incrimination* visava a evitar

<sup>90</sup> SEIER, Jürgen. Der strafprozessuale Vergleich im Lichte des § 136 a StPO. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 14, p. 687, 1988, (nota de rodapé).

<sup>91</sup> BOSCH, Nikolaus. *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 169.

<sup>92</sup> ROGALL, Klaus. Strafprozessuale Grundlagen und legislative probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 18, p. 850, 1987.

confissões forçadas ou viciadas. Quando o *privilege* foi incorporado na Constituição, seu objetivo era simplesmente proibir métodos impróprios de interrogatório.<sup>93</sup> Haveria violação ao devido processo legal quando a confissão fosse obtida por meios de pressão exercidos sobre o acusado em circunstâncias que afetavam a credibilidade das declarações.<sup>94</sup> Em julgamentos criminais, sempre que se levantasse a questão em torno da voluntariedade da confissão, recorria-se à 5ª emenda.

Extraír a confissão do acusado mostra-se uma tentação por ocasionar a solução quase imediata das investigações policiais, trazer tranqüilidade ao julgador no momento de proferir a condenação e reduzir gastos materiais e intelectuais na apuração dos fatos. Entretanto, apoiar-se em demasia sobre a confissão importa na coadjuvação das técnicas investigativas. Crimes materialmente comprovados, mas de autoria incerta, tenderiam a permanecer insolúveis diante do péssimo hábito em embasar as provas na confissão. Ademais, a propensão em se eleger um culpado, com o intuito de comprovar o sucesso das investigações, seria grande.

Não se defende a proscricão da confissão no processo penal, mormente em sendo prevista em lei, trazendo benefícios para o confitente, por ser uma circunstância atenuante da pena, e servindo de estratégia defensiva a se adotar. Desde que não se induza o acusado a confessar, atraído pela falsa informação da incondicional e obrigatória redução da pena, ou o faça acreditar que a loqüacidade seja proporcional ao *quantum* a ser atenuado, a confissão deve ser admitida como prova e como elemento apto a provocar a diminuição da sanção.

Propugna-se pela relativização do peso da confissão que "*no puede tener ningún valor probatorio si no va acompañada de algún otro elemento de juicio, porque resulta inverosímil que, si es auténtica, el sedicente protagonista del delito no pueda aportar algunas otras confirmaciones*".<sup>95</sup>

<sup>93</sup> ALSCHULER, Albert W. et al. A peculiar privilege in historical perspective. In: HELMHOLZ, R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, cap. 7, p. 181.

<sup>94</sup> ISRAEL, Jerold H. LAFAVE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993, p. 182.

<sup>95</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5ª ed. Madrid: Trotá, 2001, p. 612.

A relativização do valor da confissão, como expressamente determina o art. 197 do Código de Processo Penal, é atenuada no âmbito cível. Para *Aroca*, no processo civil, pode-se impor às duas partes o ônus de

*“pronunciarse expresamente, en los actos de alegación, sobre los hechos afirmados por la parte contraria, de modo que el silencio o aun las respuestas evasivas pueden llegar a entenderse como admisión de los hechos a los que se refieran” e de “contestar de manera categórica a cada una de las posiciones que se le formulen en la prueba de confesión en juicio, de modo que la negativa a confesar o las respuestas evasivas pueden llevar a que el juez tenga a la parte por confesa”.*

Complementa afirmando não poder impor esse duplo ônus ao acusado no processo penal, porque tem ele o direito de não declarar.<sup>96</sup>

No direito pátrio, o não-comparecimento da parte intimada para prestar depoimento pessoal e a recusa em responder ou depor, sem motivo justificado, da parte que comparece são hipóteses de confissão ficta no processo civil. O silêncio equivale à recusa em depor e para tal atitude atribui-se a pena de confesso. Há absoluta correspondência entre a falta de resposta e a confissão. Em consequência, a confissão ficta decorrente da revelia produz o julgamento rápido do litígio, embora impeça a apuração dos fatos de forma precisa. A revelia, além de propiciar a aplicação da pena de confesso, possibilita seja julgado o mérito da causa antecipadamente, situação que não se verifica no processo penal. Nesta área, o silêncio não é confissão tácita, a revelia não induz o julgamento precoce da causa penal e é sempre preciso apurar os fatos em consonância com a verdade material que se procura alcançar, sem ater-se a ficções jurídicas.

Conquanto diferente o tratamento da confissão, não provoca maior capacidade de convencimento na área cível ou na penal. A confissão há de ser aquilatada por seu valor intrínseco, em cotejo com as demais provas colacionadas. A sede da confissão, cível ou penal, não induz à sua maior credibilidade. Pode ser que a confissão na área cível menos impressione, sobretudo porque há regras de valoração da prova que identificam alguns fatos a ela, a exemplo do que ocorre com a revelia. Na área penal,

<sup>96</sup> AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997, p. 156-7.

posto que funcione como elemento tranquilizador do espírito do magistrado, autorizado pelo próprio réu a infligir a pena, não existe nenhum ato ou fato que corresponda à confissão. Ela nunca decorre de ficções e, para ser introduzida no processo, há de ser sempre extraída do acusado, respeitada sua liberdade de declaração.

Confessada a autoria do crime, o magistrado, nos termos do art. 190 do Código de Processo Penal, deve ainda indagar os motivos e as circunstâncias em que ocorreu o fato, para apreciar-lhe o *animus confitendi*, se é livre ou não, as qualidades psíquicas do imputado, os motivos da confissão etc.<sup>97</sup> Não há semelhante regulamentação no Código de Processo Civil e isso se explica porque a confissão, no processo penal, consiste em uma declaração de verdade ou de ciência, cujo conteúdo precisa ser detidamente averiguado. Na esfera cível, o procedimento especial de revogação, previsto no art. 352 do Código de Processo Civil, faz presumir tratar-se a confissão de uma declaração de vontade. O que se diz a respeito da verdade de fatos não se revoga, invalida-se como se invalidam as provas falsas em geral.<sup>98</sup> No processo penal, a confissão é retratável, não está sujeita à revogação, depreendendo-se que se cuida de uma declaração de ciência.

Recomenda-se, pois, além de valorar a confissão em cotejo com os outros elementos de prova, seja avaliado o conteúdo intrínseco da declaração prestada pelo acusado, no intuito de se preservar a liberdade de declarar. A coação destinada a confessar a prática de uma infração penal pode ser descoberta através da coerência, da concatenação de idéias e da credibilidade constatadas na confissão. O respeito ao princípio contra a auto-incriminação importa em assegurar a liberdade de declaração do acusado, especialmente dispensando-o de confessar contra o seu querer.

#### 4.1.2- Proscrição do juramento

No direito antigo, o depoimento era precedido do juramento promissório ou sucedido pelo juramento confirmatório. Ambos tinham forma solene e caráter religioso e

<sup>97</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 403.

<sup>98</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. Confissão (direito processual civil). In: *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, v. 18, 1977, p. 10.

eram não só uma promessa de dizer a verdade, como também a invocação de Deus, para fiador da veracidade e repressor da mendacidade.<sup>99</sup>

Hoje em dia, impor a obrigação de dizer a verdade através do juramento constitui violação aos fundamentos que sustentam o princípio contra a auto-incriminação.

No direito processual penal brasileiro, somente as testemunhas assumem o compromisso de dizer a verdade e podem ser processadas criminalmente caso façam afirmação falsa, neguem ou calem a verdade. A lei não dispensa ninguém da obrigação de verdade, apenas não se exige a promessa das pessoas elencadas no art. 208 do Código de Processo Penal.<sup>100</sup> O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a obrigação de verdade existe independentemente do compromisso. À exceção dos menores de 18 anos, que estão fora do direito penal, todos os demais podem cometer o crime de falso testemunho. A regra não vale, porém, para os acusados, porquanto a lei processual penal, além de não impor a obrigação de prestar compromisso ou juramento, excluiu o dever de declarar a verdade, apesar de nem sempre permanecerem impunes pela mentira proferida.<sup>101</sup> Independentemente de ser pessoa física ou jurídica, co-autor ou partícipe, “ainda o acusado do mais cruel ou hediondo dos crimes não pode ser coagido a manifestar a verdade em seu próprio detrimento”.<sup>102</sup>

Por seu turno, nos países do *common law* a regulamentação adotada é diversa da família do direito romano-germânico, como explica *Gomes Filho*:

“no sistema continental, o réu deve falar, embora suas declarações sejam vistas com reservas, pois a mentira é algo natural, que deve ser levada em conta pelo julgador; já na tradição anglo-americana, é reconhecido o direito de calar, mas se o acusado se decide a dar a sua versão, deve fazê-lo na condição de testemunha, sob juramento de dizer a verdade”.<sup>103</sup>

Durante o julgamento, tanto no direito inglês, quanto no norte-americano, se o acusado opta por depor, não lhe socorre o direito ao silêncio. Este somente existe até antes de se decidir a prestar o depoimento sob juramento. Depois de iniciada a inquirição,

<sup>99</sup> TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 10ª ed. Saraiva: São Paulo, 1997, v. 1, p. 419-20.

<sup>100</sup> HC 66.511/RS.

<sup>101</sup> Vide capítulo 9.

<sup>102</sup> HUNGRIA, Nelson. Confissão (limite do direito à), p. 43. In: *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Coord. J.M. de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Borsói, v. XI, 1972, 423 p.

<sup>103</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 111.

direta e cruzada (*direct examination e cross-examination*), o acusado somente pode valer-se do *privilege against self-incrimination* em relação a perguntas de que possam originar respostas demonstrativas da culpabilidade por outro delito. E a renúncia ao privilégio não pode ser parcial. Se o réu preferir depor a seu favor, será tratado como qualquer outra testemunha, sujeito ao juramento e às penas aplicadas ao crime de falso testemunho (*perjury*).<sup>104</sup> Por essa razão, o silêncio ganha mais relevância no direito anglo-americano, pois ou nada fala ou diz a verdade. Não há o meio termo de prestar declarações mendazes.

Nos dias atuais, a imposição de juramento ao acusado é tão anacrônica que dificilmente se encontram dispositivos legais vedando a prática. A infeliz memória do juramento no procedimento inquisitivo, incompatível com a moderna dogmática processual, torna despropositada a previsão, motivo por que as leis não mais se ocupam em proibi-lo. Toda regra, entretanto, possui exceções. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI), ao dispor sobre as garantias do acusado, prescreve ser um direito “apresentar declaração oral ou escrita em sua defesa **sem prestar juramento**” (art. 67, 1, “h”), ressaltando, expressamente, a liberdade de declaração do réu. Explica-se a previsão legal pelo fato de o estatuto ter conotação mundial, abrangendo países do *common law* e do *civil law*. Se para estes o juramento do acusado é inadmissível, para aqueles cuida-se de fato ordinário, cuja supressão exige a expressa determinação legal.

#### 4.1.3- Direito ao silêncio

Quase inadvertidamente a suspeita da autoria do delito conduz à suspeita de que o silêncio ou a resposta total ou parcialmente negativa do acusado seja um artifício para ocultar a verdade. A tentação de forçar o interrogando a oferecer uma resposta positiva salta quase como irresistível.<sup>105</sup> Não obstante, “o silêncio é para o acusado um asilo em que não se pode penetrar pela violência”,<sup>106</sup> como assevera *Hungria*, devendo

<sup>104</sup> Os processos por perjúrio são raríssimos, embora não sejam ignorados mesmo após uma absolvição pelo fato principal. HALL, Livingston. Os direitos do réu nas ações criminais. In: *Aspectos do direito americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 57.

<sup>105</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971, v. 1, p. 192.

<sup>106</sup> HUNGRIA, op. cit. p. 43.

ser respeitado quem faz uso dessa faculdade, malgrado entenda o autor ser possível interpretá-lo como confissão tácita.

Se o silêncio gerasse conclusões depreciativas, constituir defensor, formular perguntas às testemunhas ou apresentar alegações finais acarretariam o mesmo efeito, pois, assim como o primeiro, são manifestações do direito de defesa. Por isso se afirma que se o Código de Processo Penal assegurou ao réu o direito de calar negou-o quando dispôs que o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.<sup>107</sup>

A perspectiva do direito de permanecer calado é, sob certo ponto de vista, restrita, pois compreende unicamente a proibição de compelir o acusado a testemunhar contra si próprio. Maior amplitude possui o princípio contra a auto-incriminação, segundo o qual é vedado obrigar a apresentação de elementos de prova que tenham ou possam ter futuro valor incriminatório. O acusado não está obrigado a fornecer prova documental do crime, ainda que a tenha em mãos por ocasião da audiência e mesmo que tenha optado por responder as perguntas durante o interrogatório. Inclusive os acusados mudos, impossibilitados de falar, e, teoricamente, impedidos de exercitar o direito ao silêncio, compreendido como interrupção do som, podem invocar o princípio contra a auto-incriminação, em franca demonstração de que este não se resume àquele.

O direito ao silêncio não apenas proíbe interrogatórios tendenciosos, o emprego de tortura e outras formas de coerção tais como ameaças de mal futuro ou promessas de julgamento condescendente. Assegura a liberdade de escolha da conduta processual a se adotar e, apesar de também impedir a utilização de métodos impróprios de obter informações do acusado, pode ser invocado mesmo quando o inquiridor procede de maneira lhana e escorreita. A única arma disposta ao juiz para usufruir do saber do acusado é a persuasão. Deve o magistrado persuadir o acusado de que relatar o seu caso seja mais produtivo para a defesa do que calar-se. A atitude é válida respeitados certos limites, reconhecidos exatamente para que se não desnature a estrutura do direito de permanecer em silêncio.<sup>108</sup>

A permissibilidade do silêncio não está em oposição lógica à falta de expectativa em confiar na verossimilhança das declarações prestadas pelo acusado. A

---

<sup>107</sup> GAMA, José de Souza. *Confissão penal e direitos humanos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1984, p. 66.

<sup>108</sup> MARTINS, Ives Gandra *et al.* *Crimes contra a ordem tributária*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 107.

autorização para que o réu se cale não é justificada para evitar sejam prestadas declarações provavelmente falsas, mas para assegurar o direito de o acusado decidir livremente e sem pressão se contesta ou não a imputação e quando o faz.

Depois de proibida a confissão compulsória e o emprego de métodos para se obtê-la contra a vontade do réu e após a proscrição do juramento de dizer a verdade, o direito ao silêncio foi a última das manifestações orais do princípio contra a auto-incriminação a ser reconhecido pelo direito brasileiro.

Se inicialmente a consagração do silêncio no processo penal se deu pela metade, afirma-se que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito foi plenamente assegurado, sem que nenhum prejuízo pudesse ser extraído. Contudo, deve-se diferenciar o silêncio total do silêncio parcial, para fim de se aferir a possibilidade de que conseqüências prejudiciais ao réu sejam retiradas.

A jurisprudência do *Bundesgerichtshof* entende, atualmente, após modificar posicionamento pretérito, que nada pode ser extraído do silêncio total do acusado, mesmo sendo improvável que uma pessoa indvidosamente inocente permaneça completamente calada ao ser acusada da prática de um crime.<sup>109</sup> Equiparou a negativa geral ao silêncio integral e, por conseguinte, também sedimentou o entendimento de que da negação não derivam inferências desfavoráveis ao réu.<sup>110</sup> Por outro lado, posiciona-se favoravelmente seja possível deduzir conclusões do silêncio parcial em prejuízo do acusado.<sup>111</sup>

A respeito do silêncio parcial (*Teilschweigen*), a doutrina alemã classifica-o em *vertikales Teilschweigen* e *horizontales Teilschweigen*.<sup>112</sup> O primeiro surge quando o acusado silencia-se sobre um aspecto individual do crime imputado, ou seja, em referência a determinadas perguntas que lhe são feitas. O segundo se manifesta quando ele se cala completamente, mas não em todos os estágios do processo. Transpondo os conceitos para a realidade brasileira, o *vertikales Teilschweigen* se verificaria sempre que o acusado permanecesse mudo em face de uma ou outra pergunta durante o interrogatório

<sup>109</sup> FEZER, Gerhard. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht – Teil 2. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 13, p. 660, 1996.

<sup>110</sup> FEZER, op. cit. p. 660.

<sup>111</sup> ROXIN, Claus. Involuntary self-incrimination and the right to privacy in criminal proceedings. *Israel Law Review*, Jerusalem, v. 31, p. 75, winter-summer, 1997.

<sup>112</sup> TORKA, Ronald. *Nachtatverhalten und Nemo tenetur – eine Untersuchung über die Grenzen "zulässiger Verteidigung" und die Relevanz des Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung*

judicial. Por seu turno, o *horizontales Teilschweigen* ocorreria no procedimento dos crimes da competência do Júri (art. 394 e 465 do Código de Processo Penal) ou no da nova Lei de Tóxicos (art. 38 e 41 da Lei nº 10.409/02), em que há previsão de realização de dois interrogatórios, hipótese em que o acusado permaneceria silente em algum deles. Caso se mantivesse calado em ambos os interrogatórios, haveria o silêncio completo (*vollumfängliches Schweigen*).

Entende-se, com acerto, que o *horizontales Teilschweigen*, assim como o *vollumfängliches Schweigen* não admitem sejam extraídas conclusões prejudiciais ao acusado, sob pena de se transformar o direito constitucionalmente previsto em um *privilegium odiosum*.<sup>113</sup> Ao contrário, em se tratando do *vertikales Schweigen*, da ausência de resposta a uma ou outra pergunta podem ser extraídas inferências prejudiciais ao réu, sem que haja violação à norma constitucional.

Não é possível firmar "regras precisas para a interpretação do silêncio, como manifestação tacita ou indireta da vontade, pela razão terminante de que as exceções serão tais e tantas, nos casos concretos, que tornarão inúteis ditas regras e até embaraçosas", consoante ensina *Borges da Rosa*.<sup>114</sup> Todavia, não é temerário dizer que o silêncio parcial do acusado, em situações que claramente demandam uma explicação deste, pode ser levado em consideração na avaliação da persuasão das provas aduzidas pela acusação, do que discorda *Câmara Leal*, para quem nunca o mutismo do réu terá qualquer interpretação contrária aos interesses da defesa.<sup>115</sup> Em verdade, funciona o silêncio parcial como um componente das declarações do acusado, cuja apreciação está sujeita, em confronto com a totalidade do que foi dito, à livre convicção judicial.<sup>116</sup>

O Supremo Tribunal Federal entendeu não recepcionada a segunda parte do art. 186 do Código de Processo Penal,<sup>117</sup> contudo, não fez distinção entre silêncio parcial e total. Ratificando o entendimento da Corte Suprema, manifesta-se *Carvalho*, embora

---

*selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000, p. 233.

<sup>113</sup> TORCA, op. cit. p. 298.

<sup>114</sup> ROSA, Inocencio Borges da. *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Barcellos, Bertaso e Cia, v. 1, 1942, p. 497-8.

<sup>115</sup> LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentários ao código de processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 1, 1942, p. 476.

<sup>116</sup> WESSELS, Johannes. *Schweigen und Leugnen im Strafverfahren*. *Juristische Schulung*, München, n. 5, p. 172, mai., 1966.

<sup>117</sup> Em sentido diverso: PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 34.

atribua ao princípio da ampla defesa o poder derogador, pois, para o autor, o art. 5º, LXIII da Constituição Federal refere-se exclusivamente ao interrogatório policial.<sup>118</sup> Sucede, entretanto, que o princípio da ampla ou da plena defesa existe desde 1891, data da primeira Constituição republicana, anteriormente à edição do Código de Processo Penal. Se em razão desse princípio se aponta a inconstitucionalidade do art. 186, não se trata de não-recepção do dispositivo do Código de Processo Penal pela Constituição vigente, mas, sim, de inconstitucionalidade constatada na origem.

Excluídas algumas raras hipóteses de silêncio parcial do réu intercalado entre as perguntas, o mutismo não pode ser considerado em seu desfavor, sob pena de violar a liberdade de declaração do acusado sobre a qual se assenta o princípio contra a auto-incriminação. Bento de Faria, desde 1942, defendia não ser possível deduzir nenhum elemento positivo de prova, nem ser admissível a aplicação de qualquer sanção em virtude do réu ter permanecido em silêncio.<sup>119</sup> O efetivo uso do direito de permanecer calado não gera presunções desfavoráveis àquele que o exerce.<sup>120</sup> Como já decidido pela Corte constitucional italiana, o acusado não pode ser considerado nem culpado, nem inocente, mas apenas acusado, de modo que nenhum efeito pode ser deduzido do exercício do direito de permanecer calado.<sup>121</sup>

O exercício do direito, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não autoriza aos órgãos estatais dispensarem tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental.<sup>122</sup> Quem invoca o direito de permanecer calado não pode ser preso ou ameaçado de prisão pelos agentes ou pelas autoridades do Estado por ter exercido esse direito. Além de não poder incidir restrições de ordem jurídica, o exercício do direito de permanecer calado não autoriza, em regra, infirmar-se conclusões desfavoráveis ao acusado que legitimamente fez uso do direito. Não se deve extrair do exercício do direito uma auto-incriminação,<sup>123</sup> tampouco tratar o acusado como se culpado fosse.

<sup>118</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 108.

<sup>119</sup> FARIA, Bento de. *Código de processo penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, v. 2, 1942, p. 247.

<sup>120</sup> HCML 79.244/DF.

<sup>121</sup> *Sentenza* n. 124 de 1972. TONINI, Paolo. *La prova penale*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1998, p. 20-1.

<sup>122</sup> HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, MSMC 23.576/DF (2) e HCML 80.530/PA.

<sup>123</sup> HC 75.616/SP.

## 4.2 MANIFESTAÇÕES NÃO-VERBAIS

Hodiernamente, em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, impera como critério para definir a incidência do princípio contra a auto-incriminação a distinção entre exigir-se uma atividade positiva de colaboração do acusado, hipótese em que poderia invocá-lo, e a mera sujeição passiva, para a qual se excluiria a prerrogativa.

Segundo a jurisprudência alemã, o acusado não está obrigado a responder as perguntas a si dirigidas, participar da reconstituição de fatos e, para a constatação da embriaguez, submeter-se ao exame do bafômetro (*Prüf Röhrchen*), levantar os braços ou andar em linha reta.<sup>124</sup> Decidiu-se não ser possível obrigar o acusado a submeter-se a testes, à reconstrução dos fatos, à prova grafotécnica ou à produção de semelhantes ações.<sup>125</sup>

Na Itália, o princípio contra a auto-incriminação opera para excluir a coercibilidade da aquisição de prova sempre que se requeira um fazer do acusado. Se não é exigida uma contribuição ativa, mas, sim, suportar a produção da prova, o princípio é inoperante.<sup>126</sup>

Os tribunais espanhóis possuem uma visão mais restritiva do princípio *nemo tenetur se detegere*. De acordo com a Corte Constitucional espanhola, não há nenhuma violação à garantia da não auto-incriminação: “a) no dever de se submeter a testes periciais (exame de dosagem alcoólica, por exemplo); b) no dever de exhibir documentos contáveis (sic) para o fisco; c) no dever de exhibir documentos do veículo”.<sup>127</sup> Isso pode ser visto através das seguintes decisões:

*“Las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y, entre ellas, las de espiración de aire a través de un alcoholímetro, no constituyen, en rigor, una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer*

<sup>124</sup> BOSCH, Nikolaus. *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 286.

<sup>125</sup> KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren – Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*. Aachen: Shaker, 1999, p. 57-8.

<sup>126</sup> FELICIONE, Paola. Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma. *L'indice Penale*, Padova, n. 2, p. 521-2, mag./ago., 1999.

<sup>127</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 392.

vulneración alguna de los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable” (Tribunal Constitucional Pleno S 161/1997 de 2 oct.).<sup>128</sup>

“La prueba de identidad de voces, por sus características, no supone una intervención corporal propiamente dicha, ya que para practicarla no es necesario realizar una invasión de derechos propios de la persona, como la intimidad personal o la integridad física. Desde el punto de vista de su agresividad corporal, se trata de una acción totalmente banal a la que el interesado puede prestarse sin que por ello se resientan sus derechos fundamentales. No obstante, al ser una aportación probatoria de carácter personal que pudiera afectar al derecho a no declarar o a no confesarse culpable, cabe analizar su naturaleza, para determinar si es una prueba de confesión o tiene una naturaleza distinta. Al igual que sucede con las pruebas de alcoholemia, cabe considerar que prestarse a facilitar la voz para que sea grabada y sometida a contraste con otras que constan incorporadas a sistemas magnéticos, para comprobar su autenticidad o identidad, no es igual que obligar al interesado a emitir una declaración reconociendo su culpabilidad, ya que se trata de prestar el consentimiento para que se haga a la persona objeto de ‘una especial modalidad de pericia’, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 CE” (Tribunal Supremo, 2ª Sala, 3 nov. 1997).<sup>129</sup>

Nos Estados Unidos, a compreensão do princípio contra a auto-incriminação é ainda mais limitada, porquanto sua incidência se restringe às situações em que envolve a produção de declarações orais. No julgamento *Schmerber v. California* (1966), a Suprema Corte, em decisão majoritária de cinco votos contra quatro, rejeitou o argumento de que não poderia o acusado fornecer uma amostra de sangue, a fim de comprovar a direção em estado de embriaguez, porquanto o privilégio tutela apenas contra ser compelido a testemunhar em seu próprio prejuízo ou de outra maneira fornecer à acusação prova testemunhal ou de natureza comunicativa.<sup>130</sup> Os votos minoritários defenderam a invocação do *privilege* para impedir o governo de forçar uma pessoa a

<sup>128</sup> FERNÁNDEZ, Ricardo Rodríguez. *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*. Granada: Comares, 1999, p. 568-9.

<sup>129</sup> FERNÁNDEZ, op. cit. p. 140-1.

<sup>130</sup> ISRAEL, Jerold H. LAFAVE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993, p. 236.

fornecer prova do seu próprio crime, não sendo possível dela exigir um ato voluntário, uma cooperação ativa para auto-incriminar-se.<sup>131</sup> Posteriormente, no julgamento de *Doe v. U.S.* (1988), a Suprema Corte asseriu caber o *privilege* apenas para proteger alguém de ser compelido a expressar os conteúdos de seu pensamento (*contents of his mind*).<sup>132</sup> Entende-se permitido ter acesso a provas oriundas do corpo do acusado desde que estejam regular e voluntariamente expostas ao público em geral, tais como as impressões digitais, manuscritos e amostras de voz.<sup>133</sup>

A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana já sedimentou o entendimento de que “*the privilege against self-incrimination offers no protection against requiring a suspect to appear in a lineup, to give a handwriting sample, or to speak for identification the words uttered by the offender at the scene of the crime*”.<sup>134</sup> No *leading case Holt v. U.S.* (1910), firmou-se a posição de que o *privilege* “*offers no protection against compulsion to submit to fingerprinting, photographing or measurements, to write or speak for identification, to appear in court, to stand, to assume a stance, to walk, or to make a particular gesture*”.<sup>135</sup> No julgamento de *United States v. Wade* (1967), o tribunal decidiu que ser compelido a ficar em linha usando uma certa vestimenta e dizendo “coloque o dinheiro na sacola” não viola o privilégio, porque não envolve a extração de prova testemunhal, mas apenas a exibição de características físicas.<sup>136</sup>

Diante do exposto, constata-se existir algumas variações na compreensão do princípio contra a auto-incriminação pelos tribunais estrangeiros. Na Alemanha e Itália, é feita a distinção entre um fazer ativo e um tolerar. Sempre que a produção de prova envolver a necessidade de uma ação do réu, faculta-se a ele recusar a cooperar. Caso a

<sup>131</sup> ISRAEL, LAFAVE, op. cit. p. 238.

<sup>132</sup> BLOOM, Robert M. BRODIN, Mark S. *Criminal procedure: examples and explanations*. 2ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1996, p. 352.

<sup>133</sup> UVILLER, H. Richard. Self-incrimination by inference: constitutional restrictions on the evidentiary use of a suspect's refusal to submit to a search. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 81, n. 1, p. 38, spring, 1990.

<sup>134</sup> Tradução livre: “o *privilege against self-incrimination* não oferece proteção contra a exigência para que um suspeito apareça em fila, dê uma amostra de escrito do próprio punho ou fale para identificar as palavras pronunciadas pelo ofensor na cena do crime”. ISRAEL, LAFAVE, op. cit. p. 215.

<sup>135</sup> Tradução livre: “não oferece proteção contra a compulsão em submeter à identificação digital, fotográfica e de medição, para escrever ou falar para ser identificado, para aparecer no tribunal, permanecer em pé, assumir uma postura, andar, ou fazer um gesto particular”. ISRAEL, LAFAVE, op. cit. p. 237.

<sup>136</sup> LUSHING, Peter. Testimonial immunity and the privilege against self-incrimination: a study in isomorphism. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, n. 73, p. 1700, spring, 1982 (nota de rodapé).

prova possa ser gerada sem uma atividade do acusado, que apenas suportará a ação de terceiros, não há espaço para a invocação do princípio. Na Alemanha, o estatuto processual prevê a possibilidade de extração de amostras de sangue do acusado em caso de se recusar a fornecê-las. Diversamente, na Itália, não há regulamentação específica e, por essa razão, a *Corte Costituzionale* considerou ilegítimo o exame hematológico coativo na ausência de uma específica norma que preveja as hipóteses e os modos nos quais tal ato pode ser exigido (*Sentenza* nº 238/96).<sup>137</sup>

Na Espanha, a visão do princípio *nemo tenetur se detegere* é um pouco mais limitada. Apesar de também vigorar a regra de que a invocação do princípio somente é possível nas hipóteses em que se exige uma conduta ativa do acusado, a jurisprudência excepcionou algumas hipóteses, tal como o teste do bafômetro, para excluí-las do alcance da proteção.

Por derradeiro, o princípio insculpido na 5ª Emenda da Constituição norte-americana sofre interpretação ainda mais restritiva se comparado com os demais Estados. A área de abrangência do *privilege against self-incrimination* cinge-se às declarações orais proferidas pelo acusado. Todos os demais comportamentos não são tutelados pelo *privilege*, à exceção da recusa em apresentar documentos, caso se refiram exclusivamente a dados pessoais do réu.<sup>138</sup> A negativa em colaborar na produção probatória importa ou na prática de crime de desobediência (*contempt of court*) ou na possibilidade de se utilizar a recusa como argumento da acusação durante o *trial*, sem prejuízo da execução coativa do ato quando viável.

No Brasil, o princípio contra a auto-incriminação não se reduz ao direito de permanecer calado, tampouco às manifestações orais. Sob outras formas de produção de prova, admitiu o Supremo Tribunal Federal a opção do acusado em fornecer ou não elementos a si desfavoráveis. Ao se recusar a participar da reconstituição de crime, reconheceu-se o exercício do princípio.<sup>139</sup> Em outro acórdão, afirmou sequer ser possível valer-se da condução coercitiva dos réus à diligência de reprodução simulada do delito,

---

<sup>137</sup> GIACCA, Mariuccia. In tema di prelievo ematico coatto: brevi note a margine della sentenza della Corte Cost. n. 238 del 1996. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 2, p. 603, apr./giu., 1997.

<sup>138</sup> ISRAEL, LAFAVE, op. cit. p. 230.

<sup>139</sup> HC 69.026/DF.

pois não podiam ser compelidos a colaborar na apuração da verdade contra eles.<sup>140</sup> A reconstrução poderia facilitar a defesa, mas também favorecer a acusação. Daí a faculdade do réu: participar ou não. Considerou-se essencial a voluntariedade do acusado na participação de ato provido de indiscutível eficácia probatória. Da mesma forma decidiu ser legítima a recusa do acusado em fornecer padrões gráficos do próprio punho para exames periciais, visando a instruir procedimento investigatório do crime de falsificação de documento.<sup>141</sup>

Nota-se que o Supremo Tribunal Federal entende tuteladas pelo princípio contra a auto-incriminação condutas não-verbais do acusado que importem em uma atividade. No tocante às demais provas relacionadas ao réu, mas cuja produção não dependa de sua participação ativa, senão o mero tolerar, o Supremo Tribunal Federal ainda não apreciou a matéria em confronto com o princípio *nemo tenetur se detegere*. Não obstante, o critério que melhor se aplica ao direito brasileiro, para fins de incidência do princípio, é aquele que distingue o fazer ativo do mero tolerar.

Não há consenso a respeito da validade do critério acima mencionado. *Kopf* sustenta ser imperfeito, porquanto, obedecidos alguns pressupostos, uma coação sobre uma omissão se equipara a uma coação sobre uma ação.<sup>142</sup> *Manuel da Costa Andrade*, com apoio na doutrina estrangeira, endossa a opinião e afirma que “não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta ativa, querida e livre, mas também quando contra a vontade, uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova”.<sup>143</sup>

A aparente fragilidade do critério explica-se por dois motivos: a correlação existente entre a inexigibilidade de um comportamento ativo com a impossibilidade material de se exigí-lo e a indevida correspondência entre as ações e omissões no Direito Penal com as ações e omissões no Processo Penal.

Quanto à primeira, é certo não ser possível substituir-se ao acusado e realizar

<sup>140</sup> RHC 64.354/SP.

<sup>141</sup> HC 77.135/SP.

<sup>142</sup> KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren – Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*. Aachen: Shaker, 1999, p. 165.

<sup>143</sup> ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 127-8.

a conduta que deixou de executar. Aquilo que não for possível fazer sem o auxílio ou a cooperação do réu não pode dele ser exigido. À primeira vista, conclui-se que o princípio *nemo tenetur se detegere*, baseado na distinção entre condutas ativas e omissivas e aplicável somente àquelas, antes de assegurar a liberdade de escolha da conduta processual do acusado, representa o óbvio: autoriza o não-fazer nas hipóteses em que o fazer depende exclusivamente da vontade do réu. Em outros termos, o princípio contra a auto-incriminação não consistiria em garantia, porque simplesmente convalidaria a natural inércia do acusado, no campo probatório, sem que houvesse outra maneira de compeli-lo a realizar o ato que omitiu. Como fazer o acusado expirar involuntariamente o ar dos pulmões para a realização do exame de alcoolemia? Como oferecer padrões gráficos ou vocálicos por interposta pessoa? A relação de causa e efeito aparenta ser evidente: uma vez que não é possível fazer expirar o ar, assegura-se o direito a não submeter-se ao teste; já que não é exequível fazer escrever sinais gráficos, garante-se a recusa em fornecê-los.

Essa cômoda solução merece ressalvas. A impossibilidade material de substituir-se ao acusado e desempenhar o ato que somente ele poderia realizar não se identifica completamente com o princípio contra a auto-incriminação. Apesar de não ser possível deslocar o acusado de sua inércia através de força exógena, é perfeitamente viável punir, ameaçar com sanções ou impor ônus em virtude da omissão. Quando o direito renuncia a prever conseqüências pelo comportamento omissivo, independentemente se materialmente possível ou não compelir à prática do ato, alberga o princípio contra a auto-incriminação. Essa situação se verifica no direito brasileiro, pois não se depreendem conseqüências prejudiciais ao acusado de sua recusa em cooperar na produção da prova, nas hipóteses em que não é possível compeli-lo a participar. Estando expressamente consagrado o princípio da presunção de inocência, não existe a possibilidade de se presumir desfavoravelmente ao acusado a recusa em colaborar. Logo, ainda que o ato omissivo não possa ser executado por outrem, a ausência de sanções pela inércia é que assegura o pleno respeito à liberdade de escolha da conduta processual. Faculta-se ao acusado decidir se realiza ou não o ato, sem nenhum elemento que o impulsione, estimule-o ou o ameace a agir, que não seja sua própria consciência.

Quanto à suposta correspondência entre ações e omissões no Direito e no Processo Penal, *Costa Andrade*, secundado por *Maria Elizabeth Queijo*,<sup>144</sup> *Ronald Torka*,<sup>145</sup> que faz constante referência ao § 13 do *StGB (Strafgesetzbuch)*, cuja redação é similar ao art. 13, § 2º do Código Penal brasileiro, e *Kopf*<sup>146</sup> empregam raciocínio analógico e transpõem conceitos de um ramo do Direito para o outro. Sustentam que, no Direito Penal o crime pode ser cometido por ação ou omissão, não há motivo para que, no Processo Penal, apenas de uma ação possa resultar elementos incriminadores.

Uma análise mais detida demonstra não haver como aplicar o mesmo raciocínio do Direito Penal, cujas condutas se dividem em ações e omissões, ao Processo Penal. Naquele, a conduta comissiva por omissão é penalmente punível nas hipóteses em que se exige do agente o dever de agir e desde que se produza um resultado naturalístico, sendo insuficiente o mero resultado normativo. Em processo penal, a omissão somente teria relevância se também se exigisse do acusado uma ação. Esta ação somente poderia ser uma atividade probatória, pois o princípio contra a auto-incriminação atua no campo da prova penal. Ocorre que o acusado nada precisa provar, porquanto o ônus da prova pertence à acusação. E se não é exigível um “dever de agir probatório” não é correto alegar que a omissão do acusado, ao contrário da omissão penalmente relevante, redunde em conseqüências jurídicas a si desfavoráveis. Não é por outra razão que os autores citados não apresentam um único exemplo em que, através de conduta omissiva, tenha o acusado produzido prova incriminatória, como resultado da violação de seu “dever de agir”.

No processo civil, quando se exige uma ação da parte e ela permanece inerte, o direito positivo oferece soluções, tal como a revelia e a presunção de veracidade das alegações do adversário, *verbi gratia*. No processo penal brasileiro, não há uma presunção de veracidade pela omissão e, em conseqüência, é incorreto afirmar que a conduta omissiva também possa gerar incriminação.

<sup>144</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2002, p. 305 (Tese, Doutorado em Processo Penal).

<sup>145</sup> TORKA, Ronald. *Nachtatverhalten und Nemo tenetur – eine Untersuchung über die Grenzen “zulässiger Verteidigung” und die Relevanz des Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000, p. 58.

<sup>146</sup> KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren – Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*. Aachen: Shaker, 1999, p. 165.

Em maior escala se diz que à acusação incumbe provar a tipicidade da conduta, ao passo que os fatos extintivos, modificativos e impeditivos, tais como as discriminantes e dirimentes, são encargos do acusado. Para aqueles que defendem incumbir ao órgão acusador a prova do crime, entendido este como a ação típica, ilícita e culpável,<sup>147</sup> não haveria propriamente uma distribuição do ônus da prova, pois competiria à acusação a prova integral da infração penal.

Em que pese a duplicidade de concepções, em ambas as hipóteses, se o réu se omite em provar não significa que se tenha incriminado por omissão, salvo se para ele fosse imposta a obrigação de produzir prova da inocência. O processo penal pátrio, a respeito da questão probatória, não gira em torno de obrigações e deveres, mas se situa no âmbito de ônus. A obrigação é uma prestação imposta por lei em benefício de determinada pessoa, cuja inadimplência se resolve, segundo o critério clássico, em uma via compulsiva ou em perdas e danos. O dever é uma prestação que se impõe a alguém em benefício da comunidade, aplicando-se sanções de caráter administrativo ou penal em caso de descumprimento. Por fim, o ônus processual é aquela contribuição que se reclama de uma parte com o objetivo de facilitar o esclarecimento dos fatos. À diferença da obrigação e do dever, nada mais é do que um imperativo do próprio interesse.<sup>148</sup>

Não se confunde o ônus com a obrigação de provar. Tanto no processo civil, quanto no penal, o ônus é faculdade, sem previsão de sanção, mas com a possibilidade de advir conseqüências à parte que não se encarregou da comprovação. Não existe dever jurídico de provar, há apenas o ônus, que é atenuado pela dispositividade do juiz sobre as provas.

Segundo Tonini, *“l'onere della prova costituisce una regola di giudizio, nel senso che individua la parte sulla quale ricadono le conseguenze del non aver convinto il giudice dell'esistenza del fatto affermato”*.<sup>149</sup> Como o juiz não pode abster-se de decidir e, para fazê-lo, necessita da comprovação das alegações das partes, em caso de insuficiência

---

<sup>147</sup> JARDIM, Afrânio Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 295, p. 73, jul./set., 1986. KARAM, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 35, p. 73, jul./set., 2001.

<sup>148</sup> COUTURE, Eduardo J. Sobre el precepto “nemo tenetur edere contra se”. *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, v. 1, p. 64, ene./jun., 1943.

<sup>149</sup> Tradução livre: “o ônus da prova constitui uma regra de juízo, no sentido de individualizar a parte sobre a qual recai as conseqüências de não haver convencido o juiz da existência do fato afirmado”. TONINI, Paolo. *La prova penale*, 2ª ed. Padova: Cedam, 1998, p. 21.

da prova produzida torna-se indispensável a fixação de regras que estabeleçam quem irá suportar os efeitos pelo descumprimento da tarefa de formação do convencimento judicial. Não deve o juiz preocupar-se com as regras legais da distribuição do ônus da prova, a não ser no momento de sentenciar. Aí então, verificando que determinado fato não foi provado, ele terá de imputar a alguém as conseqüências desfavoráveis da falta da prova daquele fato: eis aí para que servem as regras sobre a distribuição do ônus da prova.<sup>150</sup>

A inércia probatória do acusado não implica esteja ele se auto-incriminando, pois, ainda que, defendendo-se, nada consiga provar, a absolvição poderá ser reconhecida se a acusação também for incapaz de se desincumbir do ônus que possui. Caso contrário, deveríamos concluir, como era idéia corrente, que do silêncio podem ser extraídas inferências prejudiciais ao réu, porque é conduta omissiva que importa em auto-incriminação, o mesmo sendo válido para a revelia ou a fuga.

Constata-se, pois, não ser possível – ao menos não se imaginou hipótese – produzir prova incriminatória através de omissão, capaz de ser considerada na formação do convencimento judicial. A produção de prova é ato eminentemente comissivo, do que decorre a inaplicabilidade do princípio contra a auto-incriminação às condutas omissivas que consistem em mero tolerar do acusado.

Por prolepse, pode-se argumentar que mesmo a prova oriunda da busca e do reconhecimento pessoais, que pressupõe um tolerar pelo acusado, vista por outro lado, depende de uma conduta ativa de terceiros, em relação à qual seria cabível a invocação do princípio. No entanto, a auto-incriminação diz respeito exclusivamente ao acusado e ainda que as autoridades processantes se encarreguem de revistá-lo e identificá-lo, típicas condutas ativas, observa-se a inércia daquele que pode invocar o princípio. A prova a ser produzida independe de alguma atividade a ser exercitada pelo réu e, portanto, não é correto afirmar que sua intervenção na diligência probatória justifique a aplicação do princípio contra a auto-incriminação em face da conduta ativa desempenhada exclusivamente por terceiros. Somente por meio de conduta ativa pode ser produzida a prova penal pelo acusado e apenas quando há produção de prova existe espaço para a

<sup>150</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 35, p. 181, abr./jun., 1994.

tutela do princípio contra a auto-incriminação, especificamente na hipótese de participação positiva do réu.

Através de outras palavras, *Grünwald* compactua de entendimento similar, pois reserva a aplicação do princípio contra a auto-incriminação apenas aos casos de *vis compulsiva*.<sup>151</sup>

O acusado pode dar ensejo à produção de prova ou pela violência física, que exclui completamente a vontade, a chamada *vis absoluta*, que implica a ausência total de consentimento, ou pela violência moral, *vis compulsiva*, que atua sobre o seu ânimo, levando-o a uma declaração de vontade viciada. No primeiro caso, não há uma emissão volitiva do agente, como na hipótese de submeter-se à busca pessoal. A prova é produzida independentemente de seu consentimento. No segundo caso, há uma declaração volitiva, embora imperfeita, porque ela não aniquila o consentimento do acusado, apenas lhe rouba a liberdade. A prova somente será gerada com o consentimento do réu, o qual, se concedido, estará de certa forma viciado, porquanto o princípio contra a auto-incriminação permitiria que fosse recusado. Uma ordem judicial determinando a entrega de alguns documentos de caráter incriminatório pode ser descumprida por estar acobertada pelo princípio *nemo tenetur se detegere*. Caso os documentos sejam efetivamente entregues, poderá haver uma violação ao princípio, porquanto toda colaboração ativa para a descoberta da verdade há de passar pela liberdade esclarecida do réu, conforme salienta *Costa Andrade*.<sup>152</sup>

A distinção entre a possibilidade de emprego da *vis absoluta* e da *vis compulsiva* é semelhante à diferença que se estabelece entre as condutas ativa e omissiva. O princípio contra a auto-incriminação pressupõe a existência de vontade em decidir o que fazer ou não. Se falta o elemento volitivo – *vis absoluta* – sequer há que se falar em possibilidade de auto-incriminação, cujo conceito compreende uma decisão voluntária inerente ao indivíduo. A falta de emissão de vontade identifica-se com os atos que constituem mera tolerância, como sujeitar-se ao reconhecimento pessoal, em relação ao

<sup>151</sup> GRÜNWARD, Gerald. Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 9, p. 428, 1981.

<sup>152</sup> ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 87.

qual a tutela do princípio está excluída, porque nenhum espaço há para o elemento anímico.

Por outro lado, havendo o elemento volitivo – *vis compulsiva* –, há alguma liberdade de ação do acusado, que pode decidir fazer ou não. Essa circunstância enseja a invocação do princípio *nemo tenetur se detegere*, a fim de resguardar a liberdade de escolha da conduta processual que entender adequada. A exclusão da faculdade de escolher vicia a manifestação de vontade e provoca lesão ao princípio contra a auto-incriminação.

Em síntese, caso se consiga obter a prova contra a vontade do acusado é porque houve manifestação da *vis absoluta* e a conduta do réu consistiu em mero tolerar, sem ensejar alguma exteriorização volitiva. Caso a prova não seja produzida, é porque dependeria de uma conduta ativa voluntária do réu, que refutou a participação em sua produção, afastando, por conseguinte, a *vis compulsiva*.

Firmado o entendimento de que o princípio contra a auto-incriminação protege apenas as condutas ativas do acusado, passa-se ao segundo ponto, qual seja, distinguir ação de omissão. Em determinadas situações não há dúvida se o comportamento que se exige do acusado é ativo ou omissivo. Exemplo do primeiro é a exigência de apresentação de documentos que se encontram em seu poder; do segundo, a determinação para que se deixe revistar. Entre as nítidas áreas há uma parte fronteira turva, capaz de dar ensejo a variadas interpretações. Pode gerar dúvidas saber se constituição ou omissão submeter o acusado à identificação pela vítima, solicitando a ele que permaneça em determinada posição.

Não existem critérios infalíveis para diferenciar as modalidades de condutas praticadas pelo acusado. Somente a análise do caso concreto possibilitará saber se foi desempenhada uma atividade ou simplesmente se sujeitou a uma ação de terceiro. Quando se submete o acusado à revista corporal, o ato se realizará independentemente de sua vontade, bastando que permaneça inerte e tolere a diligência. Na hipótese, houve uma manifestação passiva do réu. Quando se exige do acusado forneça documentos incriminatórios, a prova dependerá da conduta ativa – entregar os documentos –, sendo tutelada pelo princípio *nemo tenetur se detegere*. Os documentos poderão até ser obtidos por outro modo, mas é pouco provável que se consiga obrigar o acusado a localizá-los,

valendo-se dos meios juridicamente permitidos, para posteriormente entregá-los. Quando se submete o acusado à identificação pela vítima, solicitando-lhe permaneça em determinada posição, por trás do “sujeitar-se ao reconhecimento” – conduta passiva – haverá uma conduta ativa – assumir determinada posição. Em relação a esta, o acusado não é obrigado a proceder conforme ordenado. Em caso de recusa em adotar certa posição, não haverá como substituir-se ao acusado para assumir a postura requerida e o emprego de coação para posicioná-lo adequadamente poderá frustrar a própria finalidade probatória que se pretende alcançar.

Em verdade, sempre que se consiga atingir a finalidade probatória mediante o emprego de *vis absoluta* haverá uma forma de conduta omissiva. Se a prova almejada não puder ser produzida mesmo com o emprego de coação física se tratará de comportamento ativo, a exemplo da expiração de ar no etilômetro ou do fornecimento de padrões vocálicos.

Conclui-se, portanto, ter o princípio contra a auto-incriminação o atributo de impedir que o acusado seja obrigado a produzir prova em seu desfavor, o que pressupõe um comportamento ativo. Não possui o princípio a extensão defendida por *Costa Andrade*, segundo o qual o acusado não pode funcionar como instrumento de sua condenação.<sup>153</sup> O princípio *nemo tenetur se detegere* não evita a produção de todas as provas que dependam da intervenção do acusado, senão somente aquelas que exigem uma participação ativa voluntária. Caso contrário, a interceptação telefônica, realizada sem conhecimento do réu, a busca e apreensão de documentos confeccionados pelo acusado, efetuadas contra sua vontade, e até os elementos probatórios obtidos em decorrência da prisão temporária deveriam ser alijados do processo penal, uma vez que se utilizou o imputado, direta ou indiretamente, como instrumento de sua condenação. Pressupor que nenhuma condenação possa ter o acusado por instrumento é conferir-lhe plena soberania sobre a produção e a utilização das provas, autorizando-o a excluir aquelas que a ele se relacionem. Tal premissa contraria toda a dogmática processual penal, haja vista as constantes e intensas interferências que deve suportar em sua esfera pessoal. Apesar de o processo penal trazer garantias contra as ingerências do Estado, a

---

<sup>153</sup> ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 127.

proteção conferida ao indivíduo não é e não pode ser absoluta, sob o risco de transformar a pesquisa da verdade e o exercício da potestade estatal em figuras cativas à vontade do réu.

## 5 A CRIAÇÃO DO PRINCÍPIO

O princípio contra a auto-incriminação é um princípio de justiça universalmente acolhido,<sup>154</sup> pois diversas são as convenções internacionais que o albergam. Ainda que não se trate de instituto presente em todos os ordenamentos jurídicos, a maioria dos Estados consente em aplicá-lo, porque são inerentes a todos os povos o instinto de autopreservação e a correlata opção por não produzir provas contra si mesmo.

Ele pertence àquelas regras gerais de direito a respeito das quais é difícil encontrar a origem precisa. Apregoa-se que algumas formas do direito deitam raízes na antigüidade, época em que se empregava o aforismo latino *nemo tenetur prodere seipsum*. Reputa-se à pena de *Saint John Chrysostom* ter proclamado pela primeira vez que nenhuma pessoa poderia ser compelida a descobrir-se em público (407 a.C.).<sup>155</sup> Ensina *Costa Andrade* que a lei talmúdica hebraica também dispunha sobre o brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare* (ou *prodere*),<sup>156</sup> o que é ratificado, em parte, por *Levy*, ao asseverar existir breves referências em vários pontos do Talmude e nos seus comentários.<sup>157</sup>

Como já se afirmou estar ligado o princípio contra a auto-incriminação ao instinto de preservação inerente ao homem, sua origem imemorial poderia ser atribuída a esse fato – ser tão antiga quanto a própria existência humana –, pois a perpetuação da espécie na Terra deveu-se à tendência natural de autoconservação.

Porém, mais razoável parece afirmar não ter o princípio propriamente uma origem (*Ursprung*). Consiste em uma invenção (*Erfindung*), em determinado momento histórico, quando os direitos individuais superiorizaram-se e o interesse social relativizou-se.

<sup>154</sup> CAPOTORTI, Enrico. Il contegno processuale dell'imputato. *Archivio Penale*, Roma, v. 3, n. 1-2, p. 227, gen./feb., 1947.

<sup>155</sup> "The saint's words proclaimed that no person should be compelled to betray himself in public" HELMHOLZ, R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, cap. 1, p. 1.

<sup>156</sup> ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 121.

<sup>157</sup> LEVY, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee paperback ed., 1999, p. 433.

O estabelecimento do princípio contra a auto-incriminação não se verificou na primeira invocação ou na mais rudimentar insurreição contra o desrespeito à liberdade de autodeterminação pelos órgãos de persecução penal, quando se exigia do acusado confessasse o próprio crime. É natural o réu opor-se à imputação, bradando por inocência e não manifestando interesse em colaborar com os acusadores, sem que desse comportamento se infira a existência da prerrogativa. Por muitos séculos houve instrumentos e meios para superar a falta de colaboração do acusado. Somente quando seu inconformismo em contribuir para a própria condenação passou a ser respeitado, como direito conferido à parte, mesmo que não agasalhado pela norma positiva, há a *Erfindung* do princípio contra a auto-incriminação.

Por possuir muitas formas de se exteriorizar, não poderia o princípio contra a auto-incriminação ter surgido de uma única vez, como que se esquecendo dos diferentes ritmos evolucionais dos direitos do acusado no processo. Cada momento da história, por uma razão ou outra, foi propício à ocorrência de determinada manifestação – verbal ou não-verbal – do princípio até culminar no período contemporâneo, no qual se percebe a cumulação dessas exteriorizações como antes nunca concebida. Além disso, seu desenvolvimento não se fez de forma linear e progressiva; avanços e retrocessos são constatados.

## 5.1 DIREITO ROMANO

Ao vir expresso em latim o aforismo *nemo tenetur se detegere*, remete-se à idéia de que o princípio contra a auto-incriminação teria sido criado no Direito Romano. A língua primitivamente falada no Lácio era de uso corrente entre os romanos e as consolidações sobre as quais se debruçam hoje os estudiosos, tais como as *Pandectae* e as *Institutae* de Justiniano foram escritas em latim. Por ser o Direito Romano evoluído para sua época e dotado de instituições jurídicas consistentes, cujo legado já se imortalizou, não é de se estranhar que não poucos autores a ele associem a origem do princípio. De acordo com *José de Souza Gama*, o princípio *nemo tenetur se accusare* secularmente inspirou o *common law* inglês, mas remonta ao Direito Romano: *nec enim aequum est*,

*dolum suum quemquam revelae.*<sup>158</sup> Mas as condições de desenvolvimento do processo penal romano não o tornava ambiente propício para o acolhimento do princípio contra a auto-incriminação.

O material que formava o processo penal romano está em grande parte destruído. Apenas se conhece o que serviu de base à obra justiniana nas *Institutae* e na compilação denominada *Digesto* ou *Pandectae*. Nesta se encontram os livros 47 e 48, dos cinquenta existentes, que se destinam à matéria penal e, por essa razão, são chamados de livros terríveis.<sup>159</sup> As informações sobre o surgimento, desenvolvimento e ocaso do processo são escassas.

A evolução jurídica romana através de um período superior a mil anos é outro motivo que dificulta consideravelmente tanto a investigação quanto a exposição. Dificilmente se poderão extrair conclusões de validade geral para explicar institutos jurídicos ou direitos que foram criados, resistiram, modificaram-se e se extinguiram durante tão longo transcurso de tempo, abrangente do Período da Realeza (754 a.C. a 510 a.C.), da República (510 a.C. a 27 a.C.), do Principado ou do Alto Império (27 a.C. a 284 d.C.) e da Monarquia Absoluta ou do Baixo Império (284 d.C. a 565 d.C.).<sup>160</sup>

*Helmholz* sustenta que o princípio contra a auto-incriminação era desconhecido em Roma.<sup>161</sup> *Kopf* afirma que “*der Grundsatz nemo tenetur sei im römischen Kriminalprozess nicht enthalten gewesen*”.<sup>162</sup> Como no processo penal romano a acusação era exercida pelo ofendido ou por terceira pessoa que não fosse órgão estatal da persecução penal – raciocina a autora – não se concedia a eles especial autorização para intervir na posição jurídica do acusado. Em consequência, não havia necessidade de proteção através do princípio contra a auto-incriminação.

Apesar de o processo acusatório não ter vigorado em toda a história do Direito Romano, a assertiva não é destituída de validade, porquanto fatores outros

<sup>158</sup> GAMA, José de Souza. *Confissão penal e direitos humanos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1984, p. 63.

<sup>159</sup> ASÚA, Luiz Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada S.A., tomo I, 1950, p. 247.

<sup>160</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 35.

<sup>161</sup> HELMHOLZ, R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p. 186.

<sup>162</sup> Tradução livre: “o princípio *nemo tenetur* não estaria contido no processo penal romano”. KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren – Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*. Aachen: Shaker, 1999, p. 10, (nota de rodapé).

justificavam a impossibilidade de tutela através do princípio contra a auto-incriminação. A investigação dos sucessivos períodos, a iniciar-se com a vingança privada, em que é possível observar manifestações relacionadas ao direito e ao processo penal, permite verificar como se situava o princípio no Direito Romano.

A vingança privada, fenômeno visível em várias sociedades e também presente em Roma, vai contra a idéia moderna de processo, preche em garantias e marcado pela possibilidade de contraposição da defesa à acusação. Inconcebível imaginar existir nessa fase histórica respeito aos direitos de defesa, entre os quais se inclui o princípio contra a auto-incriminação. A falta de sistematização dos procedimentos penais revela a inexistência de direitos processuais reiteradamente repetidos, consagrados e respeitados.

Em seguida à vingança privada, que admitia a composição entre as partes, o primórdio do processo penal romano é inaugurado pela *cognitio*, fundada na *inquisitio*. A *cognitio* foi a forma embrionária dos procedimentos penais em Roma e correspondia a um sistema inquisitorial primitivo, com poderes ilimitados ao rei e aos magistrados, cujo arbítrio revelava-se pela *coercitio*, meio típico e indireto para constranger à obediência as pessoas sujeitas às ordens judiciais. Não era necessária a existência de partes e se tornou possível impor-se uma pena mesmo na ausência de verdadeiro acusador. Mas o que de ordinário acontecia era a premiação daqueles que exerciam a acusação, como forma de se estimular o exercício da denúncia.<sup>163</sup>

O processo era caracterizado pela absoluta ausência de formalidades, usando-se da *coercitio* abusivamente. A inquirição do acusado era o ponto central do procedimento,<sup>164</sup> “*por cuanto ningún interrogado podía negarse a contestar al magistrado que le preguntaba*”.<sup>165</sup> Daí se infere a importância do saber do acusado na apuração da responsabilidade criminal. Segundo *Mommsen*, as perguntas eram unicamente formuladas pelo magistrado, que tinha um direito legalmente ilimitado de interrogar.<sup>166</sup>

<sup>163</sup> MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. 2ª ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 172.

<sup>164</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 114.

<sup>165</sup> MOMMSEN, op. cit. p. 172.

<sup>166</sup> MOMMSEN, op. cit. p. 261.

Houve uma pequena evolução para a *anquisitio*, “em que a coletividade, ela mesma, se fazia juiz dos próprios interesses, constituindo-se em órgão julgante, ou antes, ainda, delegando a repressão a agentes estatais, especialmente instituídos”.<sup>167</sup> A forma da citação era fixamente determinada, assim como os prazos processuais, e se admitia além da autodefesa a oposição contra a acusação por meio de terceira pessoa.<sup>168</sup> Mas “*el defensor, tal y como hoy existe, fue sin duda tan desconocido en el procedimiento en que intervenían el magistrado y los Comicios como lo fue en el que solamente intervenía el magistrado*”.<sup>169</sup>

Tanto pelo nome como pelo que realmente representava, a *anquisitio* correspondia à *quaestio* do procedimento em que somente intervinha o magistrado, mas dela se diferenciava, sobretudo porque, quando se tratava de resolução iminente, porém definitiva, era tomada pelos cidadãos reunidos para a instrução sumária e, não, exclusivamente pelo juiz. A semelhança entre ambas se situava no estabelecimento de procedimentos penais regulados por lei, cujas bases foram erigidas pela *anquisitio*.

Diferentemente do que aconteceu com o Direito Privado, considerado sempre, desde os tempos mais remotos, como um complexo técnico de princípios, institutos e atos em que se fundavam os aspectos sociais e individuais da experiência jurídica, essencializados na obrigatoriedade e na utilidade; e, por isso mesmo, via-se contemplado com a expressão *ius* (*ius Quiritium*, por exemplo), - o Direito Penal permaneceu sem maior consistência e autonomia por muito tempo, pelo menos até quando, à época do direito clássico, dos momentos finais da República.<sup>170</sup>

Somente nos últimos momentos do período republicano passou o Direito Penal e o respectivo processo a firmar-se no mundo jurídico romano, adquirindo estabilidade e autonomia, através da conversão para o procedimento acusatório.

Surgiu a *quaestio*, uma comissão de investigação que culminava com o *iudicium publicum legitimum*, inicialmente destinada a apurar infrações cometidas por funcionários públicos. O procedimento das *quaestiones* chegou a ser, com Caio Graco, procedimento penal que se estendeu a outras classes de delitos, preponderantemente de

<sup>167</sup> TUCCI, op. cit. p. 104.

<sup>168</sup> MOMMSEN, op. cit. p. 226.

<sup>169</sup> MOMMSEN, op. cit. p. 117.

<sup>170</sup> TUCCI, op. cit. p. 53.

índole política.<sup>171</sup> O procedimento das *quaestiones*, introduzido para julgamento dos delitos públicos, aplicou-se não só em Roma, que havia experimentado o influxo da superior civilização grega, mas também de uma maneira incompleta nas demais províncias italianas.<sup>172</sup>

Inúmeras leis estabeleceram as *quaestiones perpetuae*, sendo a primeira delas a *lex Calpurnia*, para julgamento dos governadores de províncias acusados de extorsão.<sup>173</sup> A mesma *lex* que instituía a *quaestio* definia o crime que lhe caberia julgar e a pena a ser infligida, nascendo o embrião do precioso princípio da reserva legal.<sup>174</sup> De caráter acusatório, compunha-se de um presidente e de cinqüenta jurados, incumbindo ao magistrado examinar a acusação, decidir sobre a competência, receber o juramento das partes, escolher os jurados, presidir as discussões e fazer executar a sentença. Nos tempos da República, o magistrado dispunha de poderes ilimitados para obrigar o acusado a depor, situação que se estendeu ao período do Principado,<sup>175</sup> muito embora, como ressalta *Buzzelli*, no início, o rito acusatório tenha manifestado total desconfiança com a contribuição cognoscitiva do réu.<sup>176</sup>

A negativa em prestar juramento se assimilou, em certos casos, à confissão.<sup>177</sup> No procedimento da *quaestio*, o acusado, se fosse contumaz, tinha os bens inscritos e, após um ano, confiscados. Quando se apresentava, passava a ser interrogado sobre a acusação, como formulada, após prestado o juramento. Se o magistrado fosse ele próprio testemunha do crime, não havia necessidade de outras provas,<sup>178</sup> à semelhança do não mais aplicável instituto da verdade sabida, peculiar ao Direito Administrativo.

O acusado somente era julgado se presente em corpo ao julgamento, de forma a atribuir importância fundamental à sua participação no processo, com a qual não se coaduna o direito ao silêncio e a intenção em não colaborar. A ausência corporal, que se

<sup>171</sup> ASÚA, Luiz Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada S.A., 1950, tomo I, p. 244-5.

<sup>172</sup> MOMMSEN, op. cit. p. 38.

<sup>173</sup> JOLOWICZ, H. F. *Historical introduction to the study of roman law*. 2ª ed. Cambridge: The University Press, 1952, p. 329.

<sup>174</sup> SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. As *quaestiones perpetuae*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 21, p. 68, jan./mar., 1998.

<sup>175</sup> ROSSETTO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 22.

<sup>176</sup> BUZZELLI, Silvia. Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 3, p. 889, lug./set., 1990.

<sup>177</sup> MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, tomo IV, p. 192 (nota de rodapé).

<sup>178</sup> JOLOWICZ, op. cit. p. 323.

assemelha à presença inerte e muda do acusado, não era aceita. O mesmo sucedia no processo civil romano, em que a *in ius advocatio* era feita oralmente ao réu pelo demandante para comparecer ao tribunal. Caso o réu não lhe obedecesse, o autor se munia de testemunhas e o agarrava e, se encontrasse resistência, podia empregar força e arrastá-lo pelo pescoço (*obtorto collo*). Apenas com as partes pessoalmente presentes é que se instaurava a lide.<sup>179</sup> Assim se iniciava o processo das *legis actiones*, o mais antigo procedimento civil romano.

Em caso de o acusado citado não comparecer, podia o magistrado empregar contra ele métodos coercitivos. Esses métodos não pertenciam propriamente ao procedimento penal, senão eram aplicação ao caso concreto da faculdade geral que os magistrados tinham para tratar os desobedientes, atitudes permitidas em todo tempo e das quais se fez uso segundo as circunstâncias.<sup>180</sup> O fato de negar-se a comparecer ao juízo criminal era um ato que se situava na esfera do direito penal, pois fora constituído delito autônomo, apenado com o seqüestro dos bens, justificado pelo crescente interesse fiscal do Estado.

Caso confessasse, encerrava-se o processo penal com a condenação. A confissão era a rainha das provas. Para se obtê-la, empregava-se a tortura, inicialmente restrita aos escravos. Apesar de os juristas romanos não desconhecem a possibilidade de que a confissão não fosse expressão da verdade ao ser arrancada pelo tormento, a regra era que conduzisse a uma sentença condenatória e a uma sentença condenatória executiva.<sup>181</sup>

Se a confissão não era obtida, prosseguia-se nos demais termos do processo. Passava-se às alocações das partes, usando da palavra, em primeiro lugar, o acusador, e, posteriormente, o acusado.<sup>182</sup> As perorações eram efetivadas, em princípio, pelos próprios interessados. Com o decorrer do tempo, permitiu-se delas cuidassem os patronos constituídos pelas partes.

<sup>179</sup> CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 112.

<sup>180</sup> MOMMSEN, op. cit. p. 215.

<sup>181</sup> MOMMSEN, op. cit. p. 279-80.

<sup>182</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 151.

A exigência de sujeição a juramento consistia em outro forte indicativo de que o acusado não poderia valer-se do princípio contra a auto-incriminação. Como afirma Malatesta,

“o juramento só se retém como forma protetora da verdade, senão enquanto julgado apto a exercer uma coação interna, obrigando a testemunha a dizer a verdade. O juramento está, por isso, em contradição com o direito do acusado de não depor ou simplesmente a não confessar sua culpa, pois o juramento é uma coação sobre seu espírito e toda a coação, interior ou exterior, forçando o acusado a confessar, é sempre ilegítima e, por isso, rejeitada”.<sup>183</sup>

Por outro lado, como não havia, inicialmente, o patrocínio da defesa por terceiros, a omissão em debater, fundada em um suposto direito de permanecer calado, representava risco quase certo de condenação, porquanto permaneciam incontestes os termos da acusação.

A defesa originária foi, sem dúvida, a autodefesa, sem assistência jurídica técnica. Posteriormente, surgiu o *patronus*, de uma maneira essencialmente idêntica como apareceu no procedimento civil. Durante o último século da República, a defesa penal desenvolveu-se desmesuradamente, alterando a natureza da instituição, e tornou-se comum a intervenção de vários defensores, que se lançavam a longas perorações, para um único acusado. No Principado, a lei e o costume fizeram a defesa recobrar seu caráter meramente forense, passando a ser exercida pelos *advocati*.<sup>184</sup>

A crise da República e o advento do Império Romano importaram na transformação do sistema processual penal.

“Assim é que, até quando da instauração do Principado, ao lado dos juízos *per quaestiones*, surgiram os *extra ordinem*, de caráter extraordinário, em princípio, e instituídos para a incriminação de fatos que não eram previstos como criminosos pelas leis concernentes àquelas, mas, dadas as exigências do novo regime e o desenvolvimento da vida econômica e social, passaram a ser considerados merecedores de reprimenda e sanção penal”.<sup>185</sup>

<sup>183</sup> MALATESTA, Nicola Framarino del. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996, p. 431.

<sup>184</sup> MOMMSEN, op. cit. p. 247.

<sup>185</sup> TUCCI, op. cit. p. 82.

Com o passar do tempo a repressão *extra ordinem* substituiu a *iudicia publica*, relativamente aos *criminae*.<sup>186</sup> Segundo Asúa, “*los órganos estatales conducen el proceso del principio al fin con la más amplia libertad de forma. Después, los delitos privados se someten a semejante procedimiento*”.<sup>187</sup>

O processo passou a ter caráter acentuadamente inquisitório. A respeito do processo extraordinário, houve a ampliação sucessiva dos poderes do juiz, a restrição cada vez maior da publicidade e o correlato alargamento das situações em que se procediam a torturas, à formalização das provas, com a fixação prévia dos respectivos valores, e à definição, assim antecipada, de seu resultado, bem como à exigência de sentença escrita e fundamentada.<sup>188</sup>

A ampliação do emprego da tortura, como meio de obtenção de confissões, é a antítese do princípio contra a auto-incriminação. Não apenas os réus a ela eram submetidos para que confessassem delitos, mas também as testemunhas reticentes ou falsas eram torturadas com o propósito de dizer a verdade.<sup>189</sup> A prisão e as multas eram medidas coercitivas postas à disposição do magistrado em caso de negar-se o acusado a confessar ou a declarar.<sup>190</sup>

Aos homens livres acusados passou-se a utilizar a tortura, não porque havia preceito legal autorizativo, mas, sim, em virtude da prática estabelecida pelos altos tribunais.<sup>191</sup> Durante a fundação do Principado não se permitiu a tortura, mas a prática reavivou-se no período das *quaestiones*, alternando-se nos dois séculos seguintes a permissão e a interrupção, segundo a tendência dos governantes. Esse bárbaro meio de prova consta de diferentes títulos do Digesto.<sup>192</sup>

<sup>186</sup> O Direito Romano conheceu o gênero *reatus*, com suas espécies *crimen e delictum*. Este era designação própria dos delitos privados (furto, injúria, dano), ao passo que aquele se referia às infrações públicas e extraordinárias (crimes praticados por funcionários públicos, contra os costumes, contra a vida). No primeiro, o processo penal romano era público e o Estado figurava como o titular do poder punitivo, no interesse da coletividade. No segundo, o processo era privado, em que o Estado se apresentava como árbitro entre litigantes particulares.

<sup>187</sup> ASÚA, Luiz Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada S.A., 1950, tomo I, p. 246.

<sup>188</sup> TUCCI, op. cit. p. 188.

<sup>189</sup> BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 58.

<sup>190</sup> MOMMSEN, op. cit. p. 262.

<sup>191</sup> MOMMSEN, op. cit. p. 263.

<sup>192</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959, p. 137.

Poucas informações existem acerca do processo penal pós-clássico. Mas se firmou o princípio de que o acusado não devia ser julgado na sua ausência, salvo em se tratando de crime apenado levemente.<sup>193</sup> Houve uma evolução, a mesma notada entre o processo das *legis actiones* para o processo *per formulas*. Este

“iniciava-se, como o processo das ações da lei, pela *in ius advocatio*, ainda a cargo do autor. Mas, praticamente, a violência fôra abolida: a resistência à intimação é um delito, punido com multa e sancionado com uma ação *in factum*. O processo podia também iniciar-se sem a *in ius advocatio*, desde que o réu promettesse solenemente, com a garantia de terceiros, ou de um juramento, comparecer diante do magistrado num dia determinado”.<sup>194</sup>

É perigoso afirmar não terem os romanos conhecido o princípio contra a auto-incriminação, ainda que em sua forma embrionária, porque poderia ter-se manifestado em determinado momento do longo período de vigência do Direito Romano, com seus peculiares institutos e procedimentos.

Entretanto, vários fatores podem levar a extrair-se essa conclusão. Em algumas fases da evolução do processo penal romano se admitiu o emprego da tortura para obrigar o acusado, e também as testemunhas, a prestar declarações. O juramento também era exigido e a defesa do acusado, durante longo tempo, foi exclusivamente por ele exercida. A presença física do réu constituía-se uma obrigação, do que derivava a possibilidade de se exigir a colaboração no esclarecimento dos fatos. Todas essas circunstâncias são fortes indícios de que não se conferia ao acusado uma liberdade de autodeterminação, a ponto de autorizá-lo a recolher-se no silêncio, de não participar de audiências e de ter plena liberdade em declarar o que melhor conviesse à defesa.

Séculos depois, em local que outrora compôs o Império Romano, *Beccaria* defendia o castigo do acusado que não respondesse as perguntas durante o interrogatório,<sup>195</sup> malgrado considerasse antinatural jurar de boa-fé para contribuir com sua própria destruição. Se o mais notório representante do liberalismo penal se opunha à plena liberdade de declaração do réu, não soa improvável asserir ser essa liberdade desconhecida do Direito Romano.

<sup>193</sup> TUCCI, op. cit. p. 190.

<sup>194</sup> CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 117.

<sup>195</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1997, p. 123.

*Bentham* sustentava ser o *privilege against self-incrimination* produto de irracional escolha, para a qual nenhuma justificacão convincente poderia ser aceita.<sup>196</sup> O privilégio negava ao tribunal a prova mais útil relacionada  conduta do acusado. Em idêntico sentido, *São Tomás de Aquino*, além de defender a punio com morte para os hereges, a fim de que salvassem a fé da corrupo, exigia respostas verdadeiras a questões incriminadoras.<sup>197</sup>

Séculos depois do ocaso do Império Romano, parecia não haver uma cultura que acatasse o princípio contra a auto-incriminao, cuja fundao  episódio recente. Quando se reconhece ao indivíduo a plena liberdade de declarao, a faculdade de se esquivar do juramento e um direito completo ao silêncio no processo penal, assegura-se a ele aquela área intocável da liberdade humana subtraída  interveno dos poderes estatais. Contudo, para que o princípio contra a auto-incriminao fosse reconhecido seria necessário um grau de civilidade que não existia no Direito Romano, sem desconhecer-lhe os grandiosos méritos, tampouco no direito posterior. A afirmativa pode parecer destituída de embasamento, mas deriva da análise da evoluo do processo penal romano, da confrontao com textos legais da idade contemporânea e da assertiva de *Helmholz*: “*Despite its reputation as a foundation stone of common law jurisprudence, and despite the existence of some form of a rule against compelling sworn testimony in every period covered, the privilege as we know it is actually the product of relatively recent choice*”.<sup>198</sup>

## 5.2 DIREITO CANÔNICO

O Direito Canônico também  apontado como sede do surgimento do princípio contra a auto-incriminao.<sup>199</sup>

A partir do século XIII, estabeleceu-se o sistema inquisitório em toda a

<sup>196</sup> HELMHOLZ, R. H. *et al.* *The privilege against self-incrimination: its origins and development.* Chicago: The University of Chicago Press, 1997, cap. 1, p. 3.

<sup>197</sup> LEVY, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination.* Chicago: Ivan R. Dee paperback ed., 1999, p. 21. TUCCI, op. cit. p. 392.

<sup>198</sup> Traduo livre: “Apesar de sua fama como uma pedra fundamental da jurisprudência do *common law* e apesar da existência de alguns tipos de normas contra a compulsão do testemunho juramentado em todo período coberto pelo privilégio, como o conhecemos atualmente  produto de escolha relativamente recente”. HELMHOLZ *et al.*, op. cit. p. 5.

<sup>199</sup> LEVY, op. cit. p. 329.

Europa continental, em decorrência do Concílio de Latrão, de 1215. O procedimento da Inquisição visava, inicialmente, a repreender com mais eficácia os excessos cometidos pelos membros do clero. Contudo, a forma inquisitória foi estendida ao procedimento comum por favorecer a luta contra os hereges, primeiramente abrangendo as ofensas à moral ou à religião. Em seguida, acabou por prevalecer sobre todos os delitos, devido ao inevitável favor que encontrava junto a governos absolutos.<sup>200</sup> Era o meio de se atingir os inimigos do poder constituído e, para tanto, o recurso à tortura e ao juramento se propagou rapidamente.

A Igreja Católica exercia grande influência junto aos governos e a intervenção das autoridades seculares no procedimento inquisitório eclesiástico e os numerosos exemplos de transformação das leis imperiais em leis canônicas e vice-versa demonstraram a permeabilidade dos textos jurídicos. Na França, o Papa Gregório IX transformou a legislação imperial em lei canônica, sendo o grande responsável pela integração do procedimento inquisitório no direito comum, com suas correlatas qualificações penais. O rei Luís IX, ao aceitar ser o braço secular da Igreja, passou a ter competência para infligir penas e colocou, a partir de 1229, sua organização a serviço do clero. Durante os últimos anos de Gregório IX, a Inquisição funcionou em pleno vigor na França, Itália, Alemanha, Países Baixos e no norte da Espanha.<sup>201</sup> Confiou-se aos bispos o dever de perseguir e punir a heresia e remeter o cidadão comum culpado ao braço secular, de que recebiam punição.

De acordo com *Mittermaier*, os canonistas tomavam a conversão do culpado como móvel principal e viam na confissão um sinal de arrependimento, de submissão à pena merecida, o que levava a ser sempre provocada.<sup>202</sup> Não se podia proferir sentença sem que o acusado confessasse, ou fosse o magistrado convencido, ao menos, pela afirmação de duas testemunhas (*confessus aut convictus*).<sup>203</sup>

Nos fins do século XV, passou a ser obrigatório o juramento do *inquisitus* de dizer a verdade quando interrogado sobre o crime. Em sociedades iliteratas e, em menor

---

<sup>200</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. In: *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 98.

<sup>201</sup> GIRARD, Charlotte. *Culpabilité et silence en droit comparé*. Paris: L'Harmattan, 1997, p. 31-3.

<sup>202</sup> MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 192.

<sup>203</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959, p. 73.

extensão, em sociedades em que substancial parte da população permanece iletrada, juramentos religiosos eram os meios primários de solenizar e preservar importantes declarações e transações.<sup>204</sup> Mas no Direito Canônico, o juramento era um meio de prova ao qual a Igreja conferia grande importância, pois envolvia a consciência de quem o prestava em face de Deus, valendo como meio de demonstração da verdade dos fatos alegados em juízo.<sup>205</sup> Nos tribunais eclesiásticos, o uso do juramento era medida comum e o acusado, obrigado a prestá-lo, sob pena de ser aprisionado ou de sujeitar-se à tortura. Prestado o juramento, estabelecia-se a obrigação moral não só de não mentir, mas de não calar a verdade, de forma a violar o pacto solene e adicionar novo delito à acusação. A concepção de que algumas partes da vida humana são inerentemente apropriadas ao confessorário e, não, ao conhecimento público<sup>206</sup> tinha pouca aplicação no processo penal.

No Direito Canônico, com o juramento se buscava a verdade e, com a tortura, pretendia-se alcançar uma verdade predeterminada, aquela construída pelo inquisidor. O juramento perdia sentido quando o acusado negava a acusação, pois a tortura era seu sucedâneo na mais completa atuação do interesse punitivo. A tortura, posto que presente no sistema acusatório, disseminou-se de tal forma no procedimento inquisitório a ponto de se pensar ter sido este o seu berço.

O recurso ao juramento contrapunha-se à liberdade de declaração. O emprego da tortura como meio de se extrair a verdade construída pelo inquisidor também não se compatibilizava com o respeito à autodeterminação do acusado.

A partir da análise das características do procedimento inquisitorial, não se pode atribuir ao Direito Canônico a originalidade da consagração do princípio contra a

---

<sup>204</sup> ALSCHULER, Albert W. *et al.* A peculiar privilege in historical perspective. In: HELMHOLZ, R. H. *et al.* *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, cap. 7, p. 187.

<sup>205</sup> BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 65.

<sup>206</sup> HELMHOLZ, R. H. *et al.* The privilege in the *Ius Commune*: the middle ages to the seventeenth century. In: HELMHOLZ, R. H. *et al.* *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, cap. 2, p. 27.

auto-incriminação, sobretudo porque “*it had never existed in any canon-law text*”,<sup>207</sup> apesar de reputado como uma máxima de direito canônico.<sup>208</sup>

O tenebroso quadro deixado pelo direito canônico perdurou até o final do século XVIII. Desse sistema aproveitaram-se as justiças laicas da Itália (processos *per denuntiationem et per inquisitionem*, no século XIV), Espanha (*Las Siete Partidas*, no reinado de D. Afonso, em 1263), Alemanha (Lei Imperial de 1503 ou *Constitutio Criminalis Carolina*) e França (*Ordonnance sur la Procédure Criminelle*, reinado de Luiz XIV, 1670).<sup>209</sup> Chegou a influenciar também outras legislações, mesmo após o ocaso do sistema inquisitório. O Código Penal Austríaco de 1803 previa penas corporais para o acusado que perseverasse obstinadamente em silêncio. A instrução ditada por Catarina II, em 1767, para o Código Russo, defendia o castigo daquele que, por obstinação ou capricho, recusava-se a responder as perguntas do juiz. O Código de Instrução Criminal da Prússia, em 1805, também autorizava medidas coercitivas, excetuada a tortura, para fazer o acusado confessar.<sup>210</sup> A tortura somente foi proscrita da Escócia em 1702, da Prússia em 1740 e 1754, da Rússia em 1768, da Suécia em 1772, da Áustria em 1776, da França em 1780 e da Suíça em 1798. No entanto, não foi acompanhada da proibição do uso de medidas de coação para compelir a declarar, persistindo a inflição de sanções penais pela desobediência em prestar declarações verídicas ou por prestá-las de maneira mendaz.<sup>211</sup>

Conquanto longo período tenha transcorrido, a legislação dos fins do século XVIII e do início do século XIX, influenciada pelo Direito Canônico, é indicativa da necessidade do contributo do acusado para a apuração da verdade no processo penal. Torna-se difícil crer na antecedente existência da ampla liberdade em não colaborar na própria incriminação, como se houvesse uma involução da consagração do *nemo tenetur se detegere* à fixação da obrigatoriedade em confessar.

<sup>207</sup> LEVY, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee paperback ed., 1999, p. 434.

<sup>208</sup> HELMHOLZ, R. H *et al.* op. cit. p. 26. “An established canonical principle held that ‘no one is compelled to bear witness against himself, because no one is bound to reveal his own shame’”.

<sup>209</sup> BARROS, op. cit. p. 66.

<sup>210</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 677 (nota de rodapé).

<sup>211</sup> WESSELS, Johannes. Schweigen und Leugnen im Strafverfahren. *Juristische Schulung*, München, n. 5, p. 170, mai., 1966.

Apesar de o posicionamento de *Tucci*, para quem as raízes do princípio remontam a vários séculos passados, com mais amplo desenvolvimento no *ius comune* e no processo penal canônico,<sup>212</sup> a faceta penal do *nemo tenetur se detegere*, na Europa continental, é mais recente.

A revigoração do sistema acusatório e a transformação da legislação penal, que, desde o início do século XIX e de forma cada vez mais rápida e acelerada durante todo o século, desvia-se do que podemos chamar utilidade social, sem mais visar ao que é socialmente útil, mas, pelo contrário, procura ajustar-se ao indivíduo,<sup>213</sup> são fatores condicionantes da criação e do desenvolvimento do princípio contra a auto-incriminação. A punição passa a ter menos caráter de defesa social e mais de controle e reforma psicológica e moral das atitudes e do comportamento dos indivíduos. Introduce-se a noção de periculosidade, a partir do que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade no âmbito de suas virtualidades e, não, apenas por seus atos.

Conclui acertadamente *Grevi* que

*“il disegno di ‘favorire ...ad ogni costo’, anche forzando l’intimità psichica dell’imputato, la scoperta della verità - disegno caratteristico del processo inquisitorio e, in genere, delle procedure ispirate ad ideologie autoritarie - risulta così definitivamente abbandonato in nome del rispetto dovuto alla libertà di autodeterminazione dell’imputato stesso, cui è riconosciuto il diritto di non collaborare al raggiungimento di tale obiettivo: e questo, per l’appunto, è un principio di civiltà tipico del processo accusatorio”*.<sup>214</sup>

Na Alemanha, a título de exemplo, o princípio contra a auto-incriminação teve o seu verdadeiro reconhecimento somente durante o século XIX, quando, sob a influência das idéias iluministas, iniciou-se o processo de introdução do princípio acusatório no processo penal.<sup>215</sup> O Código de Processo Penal de *Braunschweig*, de 1849, pela primeira vez estabeleceu não ser obrigado o suspeito a responder as questões a ele

<sup>212</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 392.

<sup>213</sup> FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 84.

<sup>214</sup> GREVI, Vittorio. Considerazioni preliminari sul diritto al silenzio dell’imputato nel ‘nuovo’ 3º comma dell’art. 78 C.P.P. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 4, p.1135-6, ott./dic., 1970.

<sup>215</sup> DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 186, jul./set., 1997.

dirigidas.<sup>216</sup> Todas as prescrições baseadas no emprego da coação para obter declarações e na instituição da obrigação de veracidade para o acusado foram erradicadas.<sup>217</sup>

O Estado, exercendo o monopólio judicial através do sistema acusatório, sobrelevou os direitos individuais, ao contrário do procedimento inquisitório, que sempre privilegiou o interesse punitivo. Com o sistema acusatório, passou-se a defender o réu da ingerência onipotente do Estado em sua liberdade; através do inquisitório, valorizava-se o interesse social de repressão das infrações penais.

O princípio contra a auto-incriminação só poderia desenvolver-se no processo acusatório, uma vez suprimida a tortura e a submissão a juramento. Parece não haver dúvida de que fora invocado nos julgamentos promovidas pela Igreja, como protesto contra os métodos manifestamente inquisitórios e injustos de interrogatório das pessoas acusadas de um crime. Mas por se constituir em infrutíferas irresignações em relação às quais as autoridades encarregadas da repressão penal pouca atenção dispensavam, não é exato dizer ter sido o Direito Canônico cenário inaugural ou de desenvolvimento do princípio contra a auto-incriminação.

### 5.3 COMMON LAW

Se o sistema acusatório, por excelência, é o berço do princípio contra a auto-incriminação, a Inglaterra, que em substituição ao procedimento inquisitório adotou o Júri, foi o lugar propício à sua criação, como anota *Ada Pellegrini Grinover*.<sup>218</sup> Surgiu no *common law*, através do desenvolvimento jurisprudencial, antes de aparecer nas legislações de outros Estados.

A feição inglesa do princípio contra a auto-incriminação é muito complexa, transbordando as fronteiras legais e refletindo os aspectos religiosos, políticos e constitucionais que assolaram a Inglaterra durante os séculos XVI e XVII: as lutas pela supremacia entre catolicismo e protestantismo, entre anglicanismo e puritanismo, entre

<sup>216</sup> AMBOS, Kai. O direito à não-auto-incriminação de testemunhas perante o tribunal penal internacional. *Revista de Estudos Criminais*, Rio Grande do Sul, v. 2, n. 8, p. 71, 2003.

<sup>217</sup> WESSELS, Johannes. Schweigen und Leugnen im Strafverfahren. *Juristische Schulung*, München, n. 5, p. 170, mai., 1966.

<sup>218</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. In: *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 103.

rei e parlamento, entre regras arbitrárias e limites constitucionais do governo, entre a supressão da heresia e da sedição e a liberdade de consciência e de imprensa.<sup>219</sup>

O princípio contra a auto-incriminação tem suas raízes na luta entre a Igreja e o Estado inglês e envolvia a proteção contra perseguições religiosas. Funcionava como “*a bulwark against oppressive state questioning*”.<sup>220</sup>

A criação e o desenvolvimento do direito ao silêncio se deram na Inglaterra e estiveram intimamente ligados com a grande divergência entre os sistemas processuais rivais, acusatório e inquisitório: os tribunais do *common law* e os tribunais eclesiásticos. Enquanto aqueles privilegiavam o método de confiar primariamente em provas independentes, estes tinham como componente essencial a confissão. Até o início do século XIII, ambos os sistemas valiam-se das ordálias, do juramento e dos duelos como métodos de obtenção de provas. Em 1215, entretanto, o IV Concílio de Latrão removeu os fundamentos divinos e barrou os clérigos de aplicar as ordálias, o que ocasionou a procura de novos métodos de esclarecimento dos fatos. Apesar de a divisão de competências entre os tribunais do *common law* e os eclesiásticos, que ficaram mais pronunciadas no início do século XIII, estes continuaram a imiscuir-se, com grande interferência, na vida do cidadão comum, uma vez que as ofensas à religião se misturavam aos delitos ordinários.

Depois de ter o Concílio de Latrão abolido as ordálias e os juízos de Deus, o sistema probatório foi substituído, nos povos do continente europeu, pelo sistema da prova legal, em que a confissão figurava como a rainha das provas, enquanto na Inglaterra brotou o júri. Mediante a *Court of High Commission*, tribunal eclesiástico orientado pelo Direito Canônico e encarregado de punir os hereges, e a *Court of the Star Chamber*,<sup>221</sup> fortemente influenciada por aquela, embora aplicasse o *common law*, impôs-se o juramento e o testemunho forçado, em audiências secretas, não se permitindo ao acusado ter conhecimento da imputação ou ser representado ou assistido por defensor. A

<sup>219</sup> LEVY, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee paperback ed., 1999, p. 42.

<sup>220</sup> Tradução livre: “um anteparo contra interrogatórios estatais opressivos”. LEO, Richard A. The impact of miranda revisited. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 86, n. 3, p. 629, Spring, 1996.

<sup>221</sup> Explica O'REILLY a origem do nome *Court of the Star Chamber*: a sala em que se realizavam as sessões era uma câmara com estrelas pintadas no teto (*a chamber with stars painted on the ceiling*).

*Court of Star Chamber* poderia avocar o julgamento de qualquer caso criminal ocorrido em qualquer lugar do país.<sup>222</sup> O direito inglês se enfraqueceu no século XVI, ao adotar parte dos institutos da família dos direitos do continente europeu, pelo triunfo da jurisdição da Coroa e a decadência do *common law*.<sup>223</sup>

Os primeiros tribunais eclesiásticos e, subseqüentemente, *the Court of the Star Chamber and High Commission* eram dotados de poderes para submeter cidadãos ingleses ao juramento e ao interrogatório inquisitorial. Posto que estivessem, freqüentemente, submetidos a juramento sem conhecer a identidade de seus acusadores ou as provas coligidas contra eles, determinava-se fossem respondidas as perguntas de maneira verdadeira, sob pena de multa ou de punição por perjúrio.<sup>224</sup> O juramento *ex officio* compelia a declarações auto-increpantes. Em 1637, *John Lilburne*, que havia sido preso por importar e editar livros considerados heréticos, recusou-se a prestar juramento e a responder as perguntas perante a *Court of the Star Chamber*. Foi açoitado publicamente e exposto no pelourinho, para depois ser preso. Anos mais tarde, *the House of Lords* anulou a sentença e concedeu-lhe indenização. A recusa de *John Lilburne* em responder as perguntas tornou-se a representação da idéia de que ninguém pode ser compelido a testemunhar contra si mesmo, um direito que os cidadãos começaram a reivindicar, com êxito, em julgamentos criminais.<sup>225</sup>

No século XVII, o combate entre o juramento e o direito ao silêncio tornou-se a luta entre o Parlamento e os tribunais de *common law* contra a Coroa. A revolução que teria conduzido a Inglaterra para a família dos direitos romanistas não se realizou. Em 1641, o Parlamento aboliu a *Star Chamber* e a *High Commission* e impediu o uso de juramento nos julgamentos criminais. Eliminaram-se os mecanismos inquisitoriais da Coroa e os tribunais do *common law* começaram a dominar o sistema criminal inglês, sem as constantes intromissões indesejáveis da jurisdição real. O privilégio contra a auto-incriminação foi solenemente afirmado no Estatuto de Carlos I, em 1641, embora já

---

O'REILLY, Gregory W. England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 85, p. 413. fall. 1994.

<sup>222</sup> SUANNES, Adauto Alonso S. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 268.

<sup>223</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo - direito comparado*. 2ª ed. Lisboa: Meridiano, 1978, p. 347.

<sup>224</sup> LEVY, op. cit. p. 232.

<sup>225</sup> LEO, op. cit. p. 629.

invocado, e simplesmente invocado, no século XVI em oposição ao instituto do juramento.<sup>226</sup>

Para *Levy e Wingmore*, o princípio contra a auto-incriminação firmou-se a partir de 1640. No final do século XVII, o *privilege against self-incrimination* tornou-se um direito reconhecido no *common law* e, aproximadamente, um século e meio mais tarde foi elevado a status constitucional nos Estados Unidos, no *Bill of Rights* de 1791.

Por outro lado, *Langbein* defende ter-se desenvolvido muito depois das tímidas manifestações iniciais contra o sistema inquisitório.<sup>227</sup> Para ele, o princípio contra a auto-incriminação, entendido como o direito de o acusado não falar, somente tem valor se pressupõe um efetivo direito de ter outrem para falar por ele.<sup>228</sup> Por essa razão, o direito ao silêncio somente medrou e ganhou importância real quando houve a integração dos advogados no sistema criminal, primeiramente, no direito inglês.

Nos procedimentos criminais dos séculos XVII e XVIII, a responsabilidade de preparar as desculpas ou defesas pertencia aos próprios acusados, conforme elucida *Girard*: “*en effet, si la personne se montrait incapable de prouver son innocence, elle était aussitôt soumise à un interrogatoire dont le but déclaré était d’obtenir d’elle un aveu d’herésie*”.<sup>229</sup>

Cabia ao acusado elaborar sua própria defesa e a opção pelo silêncio comprometia-a integralmente. Faltava ainda um elemento que lhe permitisse calar. Segundo *Langbein*, o privilégio contra a auto-incriminação desenvolveu-se em virtude do trabalho do defensor.<sup>230</sup> Enquanto não era admitida a intervenção do defensor, a recusa do acusado em responder a imputação contra si dirigida importava em uma atitude suicida. Sem defensor, as funções defensivas e testemunhais eram fundidas inextricavelmente e o silêncio do acusado implicava o fracasso de toda a defesa. Somente com a ascendência da assistência do defensor, pôde-se falar na existência de um princípio

<sup>226</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. In: *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 103.

<sup>227</sup> LANGBEIN, John H. The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 92, p. 1083, mar., 1994.

<sup>228</sup> LANGBEIN, op. cit. p. 1085.

<sup>229</sup> Tradução livre: “com efeito, se a pessoa se mostrava incapaz de provar sua inocência, ela era imediatamente submetida a um interrogatório, cujo objetivo declarado era obter dela uma confissão por heresia”. GIRARD, Charlotte. *Culpabilité et silence en droit comparé*. Paris: L’Harmattan, 1997, p. 35.

<sup>230</sup> LANGBEIN, op. cit. p. 1047.

contra a auto-incriminação no *common law*. A assistência do defensor desembaraçou as funções defensivas e testemunhal que se encontravam em mãos do acusado e pôde suprimir esta última, de modo a possibilitar o silêncio, não mais sinônimo de ausência de defesa.

O processo penal deitava sobre um princípio fundamental decorrente da proibição da assistência de defensor: *accused speaks*.<sup>231</sup> Ou seja, para suprir a ausência do advogado, incumbia ao acusado levar a cabo a própria defesa. O motivo da proibição da assistência de defensor resumia-se ao fato de imaginarem o tribunal funcionando como o patrono do réu, suprindo as deficiências da defesa (*the court as counsel*).

Contudo, a proibição de ser assistido ou representado por defensor foi sendo relaxada em estágios, durante o período compreendido entre os anos 1696 e 1836, inicialmente em referência às acusações por *treason* (infração grave), posteriormente, por *felony* (infração de média gravidade). Relativamente a *misdemeanor*, de eminente caráter civil, a proibição de defensor a ela não se estendia, assim como nas causas cíveis era permitido às partes fazerem-se representar por advogados. Em 1696, o *Treason Act* previu a entrega ao acusado da cópia da acusação cinco dias antes do indiciamento; permitiu-lhe aconselhar-se com defensor e valer-se da completa assistência durante o julgamento. Essas disposições limitavam-se aos processos por *treasons*, cuja ocorrência era extremamente rara. Isso se explicava pelo fato de esses crimes, que envolviam traição à Coroa, causarem prevenção nos julgadores, pagos por aquela, dificultando aos juízes exercerem seus papéis de fiscalizadores da atividade defensiva. Em 1730, ampliou-se a participação da defesa técnica nos procedimentos criminais, não como resultado de mudança legislativa, mas através do exercício da discricção judicial.<sup>232</sup> Informa Girard que a atuação do advogado começou a adquirir contornos de efetiva defesa a partir de 1780 e lembra que não havia direito ao silêncio quantitativamente significativo até o fim do século XVIII, porquanto o acusado era ainda pressionado a falar em seu benefício.<sup>233</sup> Os juízes permitiam ao acusado inquirir as testemunhas, mas não lhe deferiam o direito de dirigir-se ao júri até à legislação autorizadora de 1836. Somente a partir desse marco, o processo penal inglês transformou-se do *accused speaks* para o moderno *testing the*

<sup>231</sup> LANGBEIN, op. cit. p. 1049.

<sup>232</sup> LANGBEIN, op. cit. p. 1068.

<sup>233</sup> GIRARD, op. cit. p. 70.

*prosecution* (ônus da prova para a acusação) e pôde, enfim, o direito ao silêncio deslancar como garantia assegurada ao acusado em todos os procedimentos criminais. Posteriormente, o mesmo se verificou em relação aos demais Estados europeus, passando o silêncio a ser concedido ao acusado quando cessadas as modalidades inquisitoriais de investigação e permitida a ingerência do defensor no processo.

A tese de que o princípio *nemo tenetur se detegere* teve seu berço e desenvolvimento no direito inglês encontra ressonância no idioma pelo qual é conhecido. Na Inglaterra, o latim foi adotado durante vários séculos. A designação de muitos institutos jurídicos ingleses, tais como *habeas corpus*, *mandamus*, *stare decisis*, foi feita em latim, porque era a língua oficial até o século XV ou XVI. Basta recordar que em 1215 foi outorgada por João Sem-Terra a *Magna Charta Libertarum*, escrita em latim bárbaro, o que impediu o conhecimento de seu conteúdo pelos cidadãos ingleses.

Rememorando um pouco os fatos, somente em 1693, no fim do século XVII, é o latim abandonado, por uma universidade pioneira, como exclusiva língua de ensino e se começa, pela primeira vez, a ensinar na língua nacional. Isto se dá na Alemanha, em *Halle*, a primeira universidade que lança mão da língua vernácula para a cultura superior. Até aquela época a universidade estava inteiramente voltada para o conhecimento que a língua latina conservava e para os clássicos antigos, o que comprova a presença do latim no *common law*.

O idioma através do qual se tornou notório o princípio contra a auto-incriminação não indica que tenha sido formulado o aforismo pelos romanos. É perfeitamente possível que tenham sido os ingleses os criadores do brocardo. Mas ainda que não o sejam e hajam importado de outro tempo o *nemo tenetur se detegere*, é permitido afirmar que o inconformismo em contribuir para a própria condenação passou a ser respeitado, primeiramente, no *common law*, como direito conferido ao réu.

Se por um lado está sujeito a controvérsias indicar a criação inglesa do princípio, torna-se fácil constatar a proveniência norte-americana do *privilege against self-incrimination*, herdado dos britânicos e inscrito na Constituição de 1791.

Antes da constitucionalização do princípio, o *right against self-incrimination* era de existência incerta na América. Em diversas colônias, como nas *Carolinas*, parecia ser desconhecido ou, para ser mais preciso, nada a respeito de sua existência podia ser

determinado a partir de documentos legislativos e judiciais.<sup>234</sup> Em outras colônias, como em *Maryland*, o direito era conhecido por alguns acusados, mas recebia injusto tratamento pelas autoridades, especialmente perante cortes administrativas e arbitrais. De qualquer modo, não obstante a previsão em leis de organização judiciária, como as de *Jersey* ou *Connecticut*, o princípio era inconsistentemente observado, algumas vezes flagrantemente violado, como em *Massachusetts* ou *Virginia*. No geral, entretanto, a despeito do silêncio das fontes, das violações, dos lapsos e das inconsistências, houve considerável progresso no curso do século seguinte ao estabelecimento do direito.<sup>235</sup>

Hoje, as *miranda warnings*, relacionados ao *privilege against self-incrimination*, são as mais famosas palavras escritas pela Suprema Corte Americana. No julgamento *Miranda v. Arizona* (1966), criaram-se padrões objetivos e escritos de confiabilidade do comportamento policial durante a prisão e o interrogatório. Mas, também, elaborou-se um simbólico papel para comunicar a existência de limites morais e constitucionais nos métodos cujo emprego é permitido à autoridade policial.<sup>236</sup>

#### 5.4 DIREITO BRASILEIRO

O princípio contra a auto-incriminação, relacionado que é ao direito de defesa, não poderia deixar de ser acolhido no ordenamento jurídico brasileiro. O direito positivo nacional, em face da gama de manifestações do princípio, apresenta em cada momento de sua história preceitos por meio dos quais se verifica que a auto-incriminação involuntária não é tema exclusivo da legislação estrangeira.

O status constitucional do princípio contra a auto-incriminação foi adquirido em data relativamente recente, ao ser insculpido o direito de permanecer calado na Constituição Federal de 1988. Em verdade, a consagração explícita ocorreu em data próxima, porque, a exemplo da Constituição italiana, que compreende o princípio contra a auto-incriminação na garantia genérica do direito de defesa, a mesma inferência poderia ser feita em relação a textos constitucionais anteriores.

<sup>234</sup> LEVY, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee paperback ed., 1999, p. 367.

<sup>235</sup> LEVY, op. cit. p. 367.

<sup>236</sup> LEO, Richard A. The impact of miranda revisited. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 86, n. 3, p. 679, spring, 1996.

A Emenda Constitucional de 1969, sem alterar a redação da *Charta Magna* de 1967, não previu no Título II – Da Declaração de Direitos – Capítulo IV – Dos Direitos e Garantias Individuais – o direito ao silêncio, não obstante tenham sido arrolados nos §§ dos art. 150 e 153, respectivamente, inúmeros direitos e garantias relacionados ao processo penal. De igual forma, a Constituição de 1946, mesmo prevendo no Título IV, Capítulo II, art. 141 a 144, os direitos e garantias individuais, omitiu-se quanto ao direito ao silêncio ou quanto a alguma outra manifestação do princípio *nemo tenetur se detegere*, sendo secundada pela Constituição de 1937, cujo rol de direitos e garantias individuais foi estatuído nos art. 122 e 123. Idêntica opção política se revela na Constituição de 1934, porquanto o Capítulo II, que cuida dos direitos e das garantias individuais, em nenhum momento fez alusão ao direito de permanecer calado. O mesmo se diz em relação à Constituição de 1891 (Título IV, Seção II – Declaração de Direitos). Por derradeiro, a Constituição do Império, em título único, abrangente das disposições gerais e das garantias dos direitos civis e políticos, não trouxe nova disposição sobre a matéria, efetivamente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, em âmbito constitucional, pela Constituição Federal de 1988.<sup>237</sup>

A legislação infraconstitucional, porém, já conhecia o princípio, previsto nas normas anteriores à Constituição em vigor. Não apenas na legislação penal deve-se procurar sinais da positivação do princípio no direito brasileiro. Em face da unidade do ordenamento jurídico, com repercussões recíprocas entre os vários ramos do Direito, não seria estranho encontrar na legislação civil formas embrionárias do princípio contra a auto-incriminação.

À época em que o Brasil foi descoberto, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, cujo Livro V regulava o direito e processo penal, notando-se neste decisiva influência do direito canônico e de seu procedimento inquisitório. Em 1521, no reinado de D. Manuel, o Venturoso, nova codificação se empreendeu, com o nome de Ordenações Manuelinas, que também tinha, no Livro V, a disciplina do direito e processo penal.<sup>238</sup>

<sup>237</sup> CAMPANHOLE, Adriano. CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituição do Brasil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, *passim*, 1992.

<sup>238</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. 1, p. 89-90.

Posteriormente, foram compiladas as Ordenações Filipinas, de acordo com o espírito e o método das Ordenações Manuelinas, que apresentavam eminente cunho medieval, com predominância das disposições de origem eclesiástica. É bem verdade que já estava superada a Idade Média, não se podendo mais falar na existência de uma Inquisição, pois prevalecia a Justiça do Rei. Todavia, é bem de se ver, a Justiça Canônica havia deixado indeléveis marcas na legislação portuguesa que, até pelo confronto de datas, marcou definitivamente as Ordenações do Reino.<sup>239</sup> Dominava o sistema da prova legal, cabendo ao juiz decidir de acordo com o alegado e provado, não obstante outra coisa lhe ditasse a consciência. “A confissão era considerada como meio de prova, juntamente com os instrumentos, as testemunhas e os tormentos, que eram perguntas feitas pelo juiz ao acusado a fim de obrigá-lo, através da tortura, a dizer a ‘verdade’, ou seja, a admitir sua culpa”.<sup>240</sup> O interrogatório era caracterizado pelas técnicas cavilosas, perguntas sugestivas e métodos violentos, estes últimos empregados quando a confissão não era obtida pelas primeiras.<sup>241</sup> À época, como emerge óbvia a conclusão, o princípio contra a auto-incriminação, diante da adoção da tortura e da superlativização da confissão não encontrou ambiente propício para desenvolver-se.

Com a fundação do Império, abre-se um período de reação às leis opressoras e monstruosas da monarquia portuguesa e do qual o Código de Processo Criminal, de 1832, constitui o diploma legal culminante e mais expressivo, síntese que é dos anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e nação.<sup>242</sup> O Código de Processo Criminal, de 29/11/1832, alterado pela Lei n. 261, de 3/12/1841, que foi regulada pelo Decreto n. 120, de 31/12/1842, modificação de franco conservadorismo, apresentou nítido caráter liberal em contraste com a legislação até então vigente, as Ordenações Filipinas, que refletiam o direito medieval.

Conferiu-se ao interrogatório o caráter de peça de defesa, não obstante ainda ressentir-se do caráter inquisitório a instrução criminal. Esclarece *Pierangelli* que o

<sup>239</sup> BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 27.

<sup>240</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 137.

<sup>241</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959, p. 138.

<sup>242</sup> MARQUES, op. cit. p. 96.

Código do Processo Criminal do Império não foi influenciado pelo Código Napoleônico. Seu caráter liberal deve-se aos pensamentos iluministas da época, que se fizeram sentir no texto legislativo.<sup>243</sup>

O art. 94 fazia alusão à liberdade de declaração do acusado, ao prescrever que “a confissão do réu em Juízo competente, **sendo livre**, coincidindo com as circunstâncias do facto, prova o delicto”. Para ter valor, a confissão teria que ser feita livremente. Não se impunha ao acusado o juramento, restrito que era às testemunhas, que deviam “ser juramentadas conforme a Religião de cada uma, excepto se forem de tal seita, que proíba o juramento” (art. 86).

No ano de 1850, o Regulamento 737 disciplinou o depoimento da parte nos art. 206 a 208. Estabeleceu que “para que a parte seja obrigada a depor he essencial: que os artigos sejam claros, precisos, não contradictórios, não criminosos, não diffamatorios, e nem meramente negativos” (art. 208, § 1º). Pela primeira vez, facultou-se à parte silenciar se houvesse risco de prestar depoimento de conteúdo incriminatório. Se a legislação criminal pretérita garantira o respeito à liberdade de declaração do acusado, foi o diploma processual civil que trouxe inovação ao prever a possibilidade de permanecer calada à parte cujo depoimento lhe pusesse em risco de incriminação.

Na mesma época da edição do Código Penal de 1890, criou-se a Justiça Federal brasileira. A Exposição de Motivos do Min. Campos Sales ao Decreto n. 848, de 11/10/1890, que organizou a Justiça Federal, é sintomática a respeito do interrogatório como defesa:

“No sistema adotado para os processos criminaes, quer se trate da formação da culpa, quer se trate do julgamento, o acusado tem o direito de responder laconicamente - sim ou não, e o juiz tem o dever de respeitar o seu laconismo. É a instalação definitiva do regime estabelecido pelas práticas dos tribunais ingleses e americanos: aí está consagrado na sua maior pureza o princípio da inviolabilidade do direito de defesa”.

Respeitava-se a liberdade de declaração do acusado, que não podia sofrer nenhuma espécie de coação, malgrado não houvesse previsão do direito de permanecer

---

<sup>243</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal - evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 99.

em silêncio. Esse diploma legal diz muito mais daquilo que enseja o anúncio da sua ementa, pois se tratou de verdadeiro corpo de normas de eminente caráter processual.

“Com a proclamação da República e de acordo com a Constituição de 1891, os Estados passaram a ter suas próprias constituições e leis, inclusive as de caráter processual, mas poucos se utilizaram dessa faculdade de legislar”.<sup>244</sup>

Minas Gerais foi um dos poucos Estados a elaborar um Código de Processo Penal próprio, no qual o interrogatório era disciplinado como meio de defesa, na lição de *Oliveira Júnior*: “O Código de Processo Penal mineiro restringia ainda mais a extensão do interrogatório, pois além das perguntas inerentes à identidade do acusado, permitia apenas que a este se indagasse se quer fazer alguma alegação oral ou por escrito a bem de sua defesa”.<sup>245</sup>

A confissão, para que tivesse valor de prova, deveria ser livre, espontânea e expressa (art. 230, 2) e era vedado às autoridades ou às partes procurarem por qualquer meio obtê-la do réu, a fim de preservar sua espontaneidade.

O Código de Processo Civil de Minas Gerais, datado de 1922, também assegurou o direito ao silêncio a quem corresse o risco de auto-incriminação. O art. 278, 2 estabelecia que a parte, apesar de ser obrigada a depor, poderia eximir-se caso os fatos fossem criminosos, difamatórios ou meramente negativos, à semelhança do Regulamento 737 de 1850.

A Constituição Federal de 1934 pôs fim ao sistema pluralista, ao estabelecer que competia, exclusivamente, à União legislar sobre direito processual, o que provocou a reunificação da legislação instrumental.

O Código de Processo Civil de 1939, não obstante tenha regulamentado distintamente a recusa em depor da testemunha, conferiu-lhe o direito de não prestar depoimento sobre questões a que não pudesse responder sem desonra própria, ou de seu cônjuge, ou parente em grau sucessível, ou amigo íntimo, ou sem expô-la a perigo de demanda ou de dano patrimonial imediato. Malgrado houvesse a tutela contra a auto-incriminação implícita nos amplos termos da recusa em prestar depoimento, exigia-se

---

<sup>244</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 38.

<sup>245</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, Agostinho. *O Ministério Público e o processo penal*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1950, p. 18.

fossem declarados os motivos da recusa (art. 242), o que, de certa forma, reduzia a proteção legal.

Decretou-se o Código de Processo Penal durante o governo de Getúlio Vargas, em 3 de outubro de 1941, cuja vigência se deu em 1º de janeiro de 1942, permanecendo em vigor até os dias atuais. O Código deixou antever laivos de autoritarismo, mas sem se esquecer do direito de defesa. Adotou-se o sistema francês, inscrito no Código de 1808, em que o interrogatório é feito antes das arguições e depoimentos, mais como um ato de instrução do que de defesa.<sup>246</sup> Além de assegurar a liberdade de declaração, dispensar o juramento do acusado e relativizar o valor probatório da confissão, admitiu o exercício do direito ao silêncio, porém, presumindo prejuízo ao réu que dele fizesse uso, não obstante, pela primeira vez, tenha sido incorporado ao processo penal brasileiro. Inicialmente, o Código de Processo Penal vigente assegurou a desnecessidade de o acusado responder às perguntas que lhe fossem formuladas durante o interrogatório. Contudo, acrescentou poder o silêncio ser interpretado em prejuízo da própria defesa, retirando com uma mão o direito conferido pela outra.

A consagração do direito ao silêncio, na legislação processual penal, foi posterior ao reconhecimento da liberdade conferida ao acusado de não confessar-se culpado e à supressão do juramento, assim como à previsão de tutela para as testemunhas em âmbito cível.

Posteriormente, promulgou-se a Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, que, inspirada nos ares liberais que antecederam os trabalhos legislativos da Assembléia Constituinte, apresentou, insculpidos no art. 5º, inúmeros direitos e garantias fundamentais, muitos deles de aplicação no âmbito do processo penal, entre os quais o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII).

Em seguida, entrou em vigor no Brasil o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O primeiro deles previu em seu art. 14, 3, “g” o direito conferido a toda pessoa acusada de um delito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.<sup>247</sup> A segunda

<sup>246</sup> FRANCO, Ary Azevedo. Código de processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed., v. I, 1954, p. 254.

<sup>247</sup> GUERRA, Gema Galgani. *Textos positivos de direito internacional público*. Belo Horizonte: Átomo e Cosmos Ltda, 1995, p. 218.

trouxe o princípio em semelhante redação: “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada” (art. 8º, 2, “g”). Também frisou que “a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza”.<sup>248</sup>

*Steiner* assevera que “tal dispositivo convencional há de levar o intérprete a reexaminar as questões referentes à colheita de provas pela autoridade policial, provas estas cuja produção dependa da participação do acusado, como, a exemplo, a colheita de material grafotécnico para perícia, a reconstituição do crime etc”.<sup>249</sup> Para a autora, “a previsão convencional torna ilegítima a exigência de participação do acusado na colheita de qualquer prova que venha a depor contra ele”.<sup>250</sup>

Todas as garantias da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos integram, hoje, o sistema jurídico brasileiro, por força do art. 5º, § 2º, sem ter o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior,<sup>251</sup> ao contrário do pensamento de *Fernandes, Gomes Filho e Grinover*.<sup>252</sup>

Em 1º de julho de 2002, entrou em vigor o tratado que autoriza a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI). O Congresso Nacional aprovou o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002 e o mencionado Ato Internacional passou a vigorar, para o Brasil, em 1º de setembro de 2002, nos termos de seu art. 126. Através do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, foi promulgado o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional pelo Presidente da República.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional divide o procedimento em investigação e fase de julgamento. Na primeira, uma pessoa não pode ser compelida a se

<sup>248</sup> GUERRA, op. cit. p. 248.

<sup>249</sup> STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 107-8.

<sup>250</sup> STEINER, op. cit. p. 108.

<sup>251</sup> ADIn 1480 MC/DF.

<sup>252</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 70. Luiz Flávio Gomes também pondera ter a norma internacional em questão o mesmo *status* da norma constitucional, porque se trata de mera explicitação ou repetição desta última. Em contrapartida, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera os tratados e convenções internacionais no mesmo patamar da lei ordinária federal. GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil (particular enfoque da convenção americana sobre direitos humanos). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 710, p. 30, dez., 1994.

auto-incriminar ou a confessar sua culpa (art. 55, 1, "a") e tem o direito de permanecer em silêncio, sem que isso seja levado em consideração na determinação de sua culpabilidade ou inocência (art. 55, 2, "b"). Na segunda, o princípio contra a auto-incriminação é explicitamente reservado ao réu (art. 67, 1 "g"), sem nenhuma referência às testemunhas. Porém, as Regras de Procedimento e de Prova do Tribunal Penal Internacional conferem à testemunha o direito de não ter o seu depoimento usado contra si, caso surja alguma prova auto-incepante, tornando-o confidencial e inacessível pelo público ou qualquer Estado, sem, contudo, permitir-lhe usufruir do silêncio (art. 74, 3). Se no curso do processo surgir uma declaração auto-incriminatória, o tribunal suspenderá a tomada do depoimento e oferecerá à testemunha a oportunidade de ser assessorada por advogado, caso assim solicite (art. 74, 10). Nota-se a influência do *common law*, em que a testemunha é obrigada a depor e o *privilege against self-incrimination* se convola em mera imunidade processual. Ao contrário dos países de *civil law*, em que a proteção da testemunha impede a tomada de seu depoimento e, portanto, é conferida anteriormente (*ex ante*), no Tribunal Penal Internacional a tutela é posterior à produção da prova (*ex post*), ao se proibir sua valoração contrariamente a quem prestou o depoimento.

De acordo com o direito positivo brasileiro, a confissão não pode mais ser imposta como obrigação do acusado, proscreeu-se o juramento do réu e o direito de permanecer calado foi explicitamente acolhido. Entretanto, o mesmo não pode ser dito em relação às modalidades não-verbais do princípio contra a auto-incriminação. A consagração dessas manifestações no direito brasileiro é fruto, exclusivamente, de recente labor jurisprudencial, sem haver dispositivos legais que regulamentem especificamente a matéria.

## 5.5 CONSTITUIÇÃO DE 1988

A inserção do direito de permanecer calado no texto constitucional não se verificou de maneira incontroversa. Nos trabalhos da Assembléia Constituinte não foi objeto da primeira emenda ao projeto de Constituição a inserção do princípio contra a auto-incriminação ou de alguma de suas espécies. Foi apresentada, então, uma emenda substitutiva pelo senador José Richa, na qual o direito de permanecer calado foi previsto,

pela primeira vez, no projeto de texto constitucional (art. 4º, § 18). No mesmo parágrafo se estabeleceram as hipóteses de admissibilidade da prisão e a necessidade de sua comunicação à autoridade judiciária, garantias desmembradas nos incisos LXI e LXII, do art. 5º da atual Constituição.<sup>253</sup>

Apresentou-se emenda substitutiva pelo deputado Cunha Bueno, dando nova redação ao dispositivo *in verbis*: “o preso tem direito à assistência do advogado de sua escolha, antes de ser inquirido. Presume-se não incriminatório o silêncio do acusado perante a autoridade policial”. No entanto, a emenda foi rejeitada em sua integralidade, entre outras coisas, por instituir a forma demárquica de Governo representativo, em contrariedade à filosofia do substitutivo fundada na forma de Governo Democrático.

Rejeitaram-se as emendas propostas pelos Deputados Lúcio Alcântara e Nilson Gibson que dispunham sobre a informação dos direitos ao preso e sobre a assistência de advogado, sem, contudo, fazer menção a quais direitos haveriam de ser comunicados.

O substitutivo do relator da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher disciplinou pormenorizadamente o princípio contra a auto-incriminação, no inciso que cuidava da Segurança Jurídica: “ninguém será obrigado a dar testemunho contra sua própria pessoa; o silêncio do indiciado ou acusado não será incriminatório. É vedada a realização de inquirições ou de interrogatórios sem a presença de advogado e, na ausência deste, de representante do Ministério Público” (art. 3º, XIX, “m”).

Posteriormente, a Comissão de Sistematização apenas frisou a vedação de se realizar inquirições ou interrogatórios sem a presença de advogado, o qual, mais tarde, caso ausente, poderia ser substituído por representante da Defensoria Pública.

Embora a emenda tentasse sintetizar os dispositivos do projeto originário, foi além ao manter muitas minúcias e detalhes que melhor figurariam na lei ordinária. Por essa razão, retornou-se ao projeto original, com a previsão do direito de permanecer calado.

---

<sup>253</sup> As informações acerca do processo legislativo da Assembléia Constituinte foram obtidas junto ao Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, em Brasília, em 24/6/02.

Houve emenda rejeitada, oferecida pelo deputado Siqueira Campos, que substituiu o direito de permanecer calado pelo direito de silenciar. Procurou-se, sem sucesso, inserir a proibição do interrogatório à noite. De igual modo, tentou-se prescrever ser nula toda admissão de culpa obtida pela autoridade policial na ausência do advogado do preso.

Não obstante as emendas propostas, o texto final, desmembrado das hipóteses de admissibilidade da prisão e da necessidade de comunicação à autoridade judiciária, inseridas em incisos autônomos (LXI e LXII), estabeleceu que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (art. 5º, LXIII). A emenda foi aprovada por 424 parlamentares, rejeitadas por outros quatro, havendo três abstenções.<sup>254</sup>

Nota-se que a intenção do legislador era conferir proteção exclusivamente ao preso. Por vezes se utilizou, inadvertidamente, a expressão acusado, mas sempre em referência à fase extrajudicial da persecução penal. Como se verá, a *mens legis* prevaleceu no âmbito do Supremo Tribunal Federal e o direito de permanecer calado adquiriu conotação mais extensa.

O princípio contra a auto-incriminação foi positivado em âmbito constitucional após o longo período de governos militares, como uma reação ao excesso de inquirições forçadas. Em âmbito constitucional e infraconstitucional, firmou-se o irrestrito direito ao silêncio como garantia inerente aos acusados em processo criminal.

Estando consagrado o direito de permanecer calado, é “*naturale ed obbligato il ricorso alla verifica costituzionale tutte le volte che, in astratto o nell'applicazione pratica, una norma incriminatrice contraddica il divieto di imporre una autodenuncia di un progresso reato*”.<sup>255</sup> A partir de então, toda a legislação processual penal anterior e posterior à Constituição Federal de 1988 deve ser submetida a juízo de apreciação constitucional, para evitar que normas hierarquicamente inferiores retirem ou reduzam a eficácia do princípio contra a auto-incriminação.

<sup>254</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Sexta-feira, 5 de fevereiro de 1988, p. 6983.

<sup>255</sup> Tradução livre: “natural e obrigatório o recurso à verificação constitucional toda vez que, em abstrato ou na aplicação prática, uma norma incriminatória contradiga a proibição de impor uma autodenúncia por um crime pretérito”. ZANOTTI, Marco. Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 1, p. 208, gen./mar., 1989.

Do direito ao silêncio mitigado ao pleno. A instituição do pleno direito ao silêncio afastou as presunções e indícios desfavoráveis à defesa e acrescentou ao interrogatório maiores características defensivas, porque não há mais o ônus, nem o dever de o preso ou o acusado fornecerem elementos de prova que os prejudiquem. O direito ao silêncio tornou-se “o selo que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa e que assegura a liberdade de consciência do acusado”.<sup>256</sup>

## 5.6 DIREITO FUTURO

No período mais recente, o princípio contra a auto-incriminação adquiriu foros de maior importância ao ser invocado por ocasião das intervenções corporais levadas a cabo para a produção de provas técnicas.

A recusa do acusado em sujeitar-se aos exames técnicos sugere a aplicação moderna do princípio contra a auto-incriminação.<sup>257</sup> A extração de pêlos, sangue, sêmen e saliva humanos para a identificação da autoria de crimes cada vez mais se aperfeiçoa, indo do exame de alcoolemia ao teste de DNA.

O recurso ao teste de DNA é relativamente recente. Foi utilizado pela primeira vez na cidade de *Narborough* (Reino Unido), com pouco mais de seis mil habitantes. Na manhã de 22 de novembro de 1983, foi encontrado o corpo de uma jovem de 15 anos de idade, que fora estrangulada e posteriormente violentada. Extraíu-se sêmen do corpo da vítima e revelou-se que o ofensor teria sangue tipo A positivo, encontrado em 10% da população. As investigações se iniciaram, mas não obtiveram sucesso. Em 31 de julho de 1986, outra jovem foi localizada morta nas mesmas condições e o sêmen colhido revelou possuir o agente sangue tipo A positivo. Na Universidade de *Leicester*, a dez quilômetros da cena do crime, o Dr. *Alec Jeffreys* havia descoberto acidentalmente uma técnica que seria popularmente conhecida como DNA *fingerprint*.

Um suspeito foi detido e confessou apenas a prática do segundo homicídio.

---

<sup>256</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 73.

<sup>257</sup> KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren – Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*. Aachen: Shaker, 1999, p. 170.

Posteriormente, graças à prova de DNA, foi exonerado da acusação e se descobriu que a confissão fora extorquida. Como imaginavam tratar-se de homicídios em série, para evitá-los, convocaram-se os homens com idade de 13 a 33 anos, que moravam na região, a fornecer uma amostra de sangue e saliva. Mais de 5000 homens atenderam a convocação e o teste de DNA se realizou apenas sobre aqueles que possuíam sangue tipo A. Os resultados nada revelaram. Contudo, dada a baixa densidade populacional e a notoriedade das investigações, uma testemunha comunicou à autoridade policial ter ouvido em um *pub* a conversa de alguns homens, segundo os quais *Colin Pitchfork* teria solicitado a um deles que fizesse o teste em seu nome, pois teria “assuntos não resolvidos com a polícia”. O novo suspeito foi detido e confessou a prática do crime. Em seguida, submeteu-se ao teste de DNA, que confirmou a confissão, culminando na condenação em 22 de janeiro de 1988.<sup>258</sup>

Essa foi a primeira vez em que o exame de DNA teve aplicação forense através de perícia criminal. Ao mesmo tempo em que as novas técnicas de investigação foram empregadas surgiram os esperados protestos contra os exames sobre material orgânico humano, alguns deles embasados na violação do princípio contra a auto-incriminação, segundo o qual é ilegítima a exigência de participação do acusado na colheita de qualquer prova que venha a depor contra ele.

Inúmeros são os projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional abrangentes do código genético. Realização de exames de DNA para apuração de infrações penais, presunção de paternidade para quem recusa a submeter-se ao teste, formação de banco nacional de dados genéticos, restrições e proibições à divulgação de informações e criminalização de condutas resultantes de discriminação genética. Até a presente data o único diploma legislativo federal sobre o tema é a Lei nº 8.974/95, que estabelece normas de uso das técnicas de engenharia genética e de liberação no ambiente de organismos geneticamente modificados. Apesar de a escassez de leis vigentes, a diversidade de propostas discutidas no Congresso Nacional reflete a relevância do tema na atualidade. Indica ser o conhecimento genético uma realidade que toca pontos importantes da vida em sociedade e demonstra haver muito ainda a se discutir para a

---

<sup>258</sup> GUTIÉRREZ, Jaime Robledo. El A.D.N. y su importancia en la investigación criminalística. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, n. 18, p. 87-9, nov., 2000.

construção do direito futuro, especialmente a respeito do princípio contra a auto-incriminação, a fim de averiguar se constitui impedimento à utilização da técnica no processo penal.

## 6 BENEFICIÁRIOS

Observa-se uma evolução acerca dos beneficiários do direito de permanecer calado. Inicialmente o Supremo Tribunal Federal fazia referência a indiciado ou a acusado.<sup>259</sup> À medida que os casos concretos surgiam, formava-se nova orientação jurisprudencial até se chegar ao momento presente, em que qualquer pessoa que deva prestar depoimento pode beneficiar-se do direito de permanecer calado.<sup>260</sup> Constata-se nos primeiros acórdãos, embora restrito o rol dos beneficiários do direito em questão, a limitação decorria apenas das circunstâncias que envolviam os fatos.

A Constituição Federal de 1988, que se distingue das antecessoras pelo maior relevo que deu aos temas processuais penais, previu o direito de permanecer calado ao “preso”, porque este se encontra em uma situação processual mais comprometedora. A razão de ser está incutida na maior proteção de que necessita o preso em relação ao acusado, que está inserido em um contexto mais garantista. O “preso” a que alude não é o acusado que, condenado à pena privativa de liberdade, cumpre-a em estabelecimento penitenciário, ao contrário do pensamento de *Ives Gandra*.<sup>261</sup> A referência é ao preso provisório, mais comumente aquele detido em flagrante delito, consoante se depreende da interpretação sistemática e finalística dos dispositivos constitucionais em torno do art. 5º, LXIII, sem excluir, contudo, aquele condenado definitivamente que pode arriscar-se a se incriminar involuntariamente. O dispositivo anterior (inciso LXII) diz respeito à comunicação da prisão ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. A prescrição posterior (inciso LXIV) assegura ao preso a identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial. E o próprio inciso LXIII, ao prever a assistência da família e de advogado, ao lado do direito de permanecer calado, pressupõe momento antecedente à condenação definitiva.

O dispositivo constitucional, norma auto-aplicável, a teor do art. 5º, § 1º, faz menção ao termo “preso”, porque em alusão ao interrogatório policial, sabendo-se que a

<sup>259</sup> HC 68.742/DF e HC 69.026/DF.

<sup>260</sup> MSMC 23.491/DF, MSMC 23.576/DF, MSPR 23.576/DF, MSMC 24.118/DF, HC 75.257/RJ, HCML 78.814/PR, HCML 79.244/DF, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, HCML 80.427/PE, HCML 80.530/PA e HCML 81.400/DF.

<sup>261</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* *Crimes contra a ordem tributária*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 42.

palavra “acusado” reserva-se à fase processual. Prova disso é o inciso LXIV, pois, ao lado do termo “preso”, é feita menção explícita à expressão “interrogatório policial”, não deixando dúvidas referir-se à fase extrajudicial. Segundo *Grinover*, “aludindo ao direito ao silêncio e à assistência do advogado para o preso, a Lei Maior denota simplesmente sua preocupação inicial com a pessoa capturada: a esta, mesmo fora e antes do interrogatório, são asseguradas as mencionadas garantias”.<sup>262</sup>

O preceito constitucional não alcança apenas o preso, desde que se adote interpretação extensiva, juridicamente possível, como anota *João Gualberto Garcez Ramos*, sobretudo porque se trata de norma constitucional instituidora de direito individual.<sup>263</sup> A aplicação da norma constitucional ao processo, se vedada, acarretaria a incongruente situação de se conceder direitos e prerrogativas àquele de quem se suspeita da autoria da infração penal e retirá-las, em seguida, quando houvesse acusação formalizada na denúncia ou na queixa. Se assim o fosse, não apenas o direito ao silêncio, mas a assistência da família e de advogado se restringiriam à fase extrajudicial, o que se afigura ilógico. Em verdade, o interrogatório policial, disciplinado nos moldes do interrogatório judicial, conforme determina o art. 6º, V do Código de Processo Penal, passou a conter regra aplicável à inquirição em juízo, em autêntica inversão de situações. Da interpretação extensiva, aliada à interpretação lógica, conclui-se que direitos e garantias concedidos no primeiro momento da persecução penal, antes de serem retirados com o término da fase extrajudicial, são mantidos em juízo.

Polêmica maior haveria se o texto constitucional empregasse o termo “acusado”, ao invés de “preso”, porque não seriam poucos os autores que sustentariam a aplicação do direito ao silêncio exclusivamente em sede judicial... Essa era a situação encontrada no direito alemão e norte-americano. O direito ao silêncio era previsto para os acusados, em juízo, e havia muitos questionamentos sobre a extensão ao âmbito policial. Atualmente, depois de incontáveis discussões, a jurisprudência de ambos os Estados estabeleceu não haver dúvidas quanto à aplicação do direito à fase extrajudicial.

---

<sup>262</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 73.

<sup>263</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 304.

A despeito de existir prisão civil para o devedor de prestação alimentícia e para o depositário infiel, não podem eles, dotados do atributo de presos, invocar validamente o princípio, desde que não haja risco de serem processados criminalmente. Não é pelo fato da prisão que se confere a tutela, mas devido ao risco de auto-incriminação. Além disso, situando-se a prisão civil fora do campo criminal e não tendo a legislação processual civil dado asilo ao princípio *nemo tenetur se detegere*, conforme se verá no capítulo seguinte, a proteção contra produzir prova desfavorável a si próprio não alcança o depositário infiel e o devedor de prestação alimentícia.

Como o Supremo Tribunal Federal, não poucas vezes, frisou o entendimento de que o direito de permanecer calado não se limita ao acusado ou ao indiciado,<sup>264</sup> a testemunha suspeita também goza do benefício, posto que o direito brasileiro apresente lacuna nessa regulamentação.

Disciplina mais completa é trazida pelo ordenamento processual alemão, como demonstra Rogall. O § 55, I do Código de Processo Penal tedesco baseia-se no princípio *nemo tenetur se ipsum prodere* e destina-se a proteger a testemunha do risco de auto-incriminação ou de incriminação de um familiar.<sup>265</sup> A existência e a necessidade da disposição fundam-se na idéia de que o direito de recusar-se a prestar declarações auto-incriminatórias ou contra familiares independe do papel processual do declarante.

No direito alemão, distingui-se o direito de recusar testemunho (*Zeugnisverweigerungsrecht*) e o direito de recusar informação (*Auskunftsverweigerungsrecht*). O § 52 do Código de Processo Penal alemão prevê a recusa da testemunha em prestar depoimento incriminatório (*Zeugnisverweigerungsrecht*) contra o acusado, desde que seja ele noivo, cônjuge, mesmo se já dissolvido o matrimônio, ascendente e descendente legítimo ou afim, colateral até o terceiro grau, se legítimo o parentesco, ou até segundo grau, se afim, não abrangendo a concubina ou o amásio, abarcando também a recusa em divulgar segredos profissionais. O § 55, I dispõe sobre o direito da testemunha de recusar informação (*Auskunftsverweigerungsrecht*),

---

<sup>264</sup> MSMC 23.491/DF, MSMC 23.576/DF, MSPR 23.576/DF, MSMC 24.118/DF, HC 75.257/RJ, HCML 78.814/PR, HCML 79.244/DF, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, HCML 80.427/PE, HCML 80.530/PA e HCML 81.400/DF.

<sup>265</sup> ROGALL, Klaus. Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozess. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 19, p. 952, 1996.

desde que possa ocasionar-lhe perigo de sofrer persecução criminal ou a algum dos parentes acima citados, sendo indispensável, ainda, a informação de que dispõe desse direito (§ 55, II). O princípio contra a auto-incriminação exsurge neste dispositivo, ao passo que aquele protege a família e a confiança nas profissões. Na proteção da família, o § 52 destina-se à tutela específica do acusado, ao passo que, no § 55, também se resguarda o parente da testemunha estranho ao processo.

Além disso, o *Auskunftsverweigerungsrecht* refere-se às perguntas individualmente, persistindo a obrigação em responder se não há risco de auto-incriminação ou prejuízo à família. Mas pode chegar ao ponto de se tornar praticamente um *Zeugnisverweigerungsrecht*, quando as respostas a todas as perguntas contiverem o risco de incriminação. Nesse caso, conclui-se ser até mesmo impróprio considerar como testemunha alguém que mais adequadamente deveria classificar-se como réu, pois o conflito de interesses se verifica em relação a cada uma das perguntas, recomendando-se, portanto, a invocação do *Schweigerecht* (direito ao silêncio).<sup>266</sup>

O direito alemão não chega ao ponto de dar à testemunha o direito de objetar contra qualquer declaração que contenha conseqüências sociais gravosas, mas somente contra afirmações com base nas quais poderá ser processada criminalmente.<sup>267</sup> O § 55 do *StPO* contribui para assegurar a proteção do direito a não auto-incriminar-se no processo, desde o momento em que os órgãos encarregados da persecução penal adotam medidas dirigidas, inequivocamente, a proceder penalmente contra o indivíduo,<sup>268</sup> independentemente se está ou não revestido da condição de acusado.

No direito italiano, o art. 60 do *Codice di Procedura Penale* é mais explícito, pois dispõe sobre a assunção da qualidade de acusado, restrita ao aspecto formal, que se estende à fase das *indagini preliminari*. A proteção do princípio *nemo tenetur se detegere*

<sup>266</sup> KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren – Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*. Aachen: Shaker, 1999, p. 161, (nota de rodapé).

<sup>267</sup> AMBOS, Kai. O direito à não-auto-incriminação de testemunhas perante o tribunal penal internacional. *Revista de Estudos Criminais*, Rio Grande do Sul, v. 2, n. 8, p. 73, 2003.

<sup>268</sup> KIRSCH, Stefan. Derecho a no autoinculparse? In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 248.

também vale para as testemunhas, pois há dispositivo expresso (art. 198, *comma* 2)<sup>269</sup> e, em conseqüência, a proteção não é menor ou insuficiente.

Para se aferir quando goza o indivíduo do direito de permanecer calado, importante constatar o momento em que alguém assume a qualidade de acusado, sob o ponto de vista material, independentemente se formalizada ou não a imputação. A advertência sobre a possibilidade de exercício do direito feita a um sujeito que não é ouvido na qualidade de acusado representa uma forma de tutela antecipada do princípio contra a auto-incriminação.

Para os fins de aplicação do princípio contra a auto-incriminação, deve-se recorrer ao ensinamento de *Weiss*, que diferencia a acusação material ou objetiva da acusação formal ou subjetiva. Na primeira, existem indícios incriminadores contra o indivíduo, posto que não formalizada a acusação. Na segunda, há imputação formalizada através da denúncia ou queixa. Notícia o autor ter a Corte Européia dos Direitos Humanos dado flexível interpretação à “acusação penal”, decidindo que se deve considerar a imputação material e, não, a formal.<sup>270</sup>

O princípio contra a auto-incriminação incide nas hipóteses em que há acusação formal ou material contra o indivíduo. A vinculação do princípio contra a auto-incriminação com a acusação material evita a manipulação processual do papel dos sujeitos processuais, obrigando-se o suspeito ou indiciado a prestar depoimento como se testemunha fosse. Diversos episódios nesse sentido ocorreram durante os trabalhos das Comissões Parlamentares de Inquérito do Congresso Nacional, em que, inicialmente, todas as pessoas eram inquiridas na condição de testemunha, conquanto houvesse contra elas fortes indícios da prática de infrações penais. Sendo inconciliáveis a obrigação de veracidade da testemunha e o direito ao silêncio do acusado, sempre que houver indícios da prática de infração penal (acusação material) aquela cede em face deste.

O Código de Processo Penal, ao lado de prever uma tímida proteção da família, quando estabelece uma recusa condicionada da testemunha em prestar depoimento contra o acusado se com ele tiver relação de ascendência, descendência,

---

<sup>269</sup> “*Il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale*”.

<sup>270</sup> WEISS, Wolfgang. Haben juristische Personen ein Aussageverweigerungsrecht? *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 6, p. 290, 1998.

afinidade em linha reta, for cônjuge, ainda que desquitado, irmão, pai, mãe ou filho adotivo (art. 206), também assegura a proteção do sigilo profissional (art. 207). E só.

“Em matéria de direito ao silêncio, nossas leis de processo mostram um nível de desenvolvimento ainda rudimentar. O Código de Processo Civil, é verdade, libera a testemunha de depor de fatos ‘a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo’ (art. 406, II). A norma é quase uma transposição literal do art. 144 do Código Civil e tem relação homóloga com o art. 207 do Código de Processo Penal”.<sup>271</sup>

Na disciplina da prova testemunhal, o código nada menciona a respeito da tutela contra a própria incriminação. Por seu turno, o Código de Processo Civil prescreve não ser obrigação da testemunha depor sobre fatos que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau e a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo (art. 406).

Há uma certa incongruência entre o direito processual penal e o direito processual civil na disciplina do princípio, porquanto o primeiro, que deveria mais tutelar a testemunha contra a auto-incriminação involuntária, cede lugar ao segundo, que isoladamente faz referência ao *nemo tenetur se detegere*.

O direito da testemunha é mais limitado do que o do acusado, pois sua obrigação de veracidade vai de encontro ao princípio contra a auto-incriminação. Enquanto o réu pode recusar-se a responder todas as perguntas, a testemunha deve restringir seu silêncio às questões que envolvam auto-incriminação, porquanto, para as demais, está obrigada a dizer a verdade, sob pena de cometer ilícito penal.

Por isso, de *lege ferenda* recomenda-se a previsão às testemunhas do direito de recusar a prestar depoimento, sem as restrições estatuídas no art. 206 do Código de Processo Penal, assim como do direito de recusar a prestar informações, sempre que houver risco de incriminação contra si ou seus parentes. É preciso estender o direito ao silêncio em relação a declarações incriminatórias de familiares, porquanto não há sentido em se liberar as testemunhas da obrigação de depor somente quando figure no processo o acusado como parente. O Código Penal contém diversas disposições que conferem

<sup>271</sup> VILLELA, João Baptista. Falar a verdade, calar a verdade e faltar à verdade. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 15, p. 291, ago., 1994.

tratamento diferenciado às relações familiares envolvidas no cometimento de um delito, a exemplo das escusas absolutórias insculpidas no art. 181, I e II e no art. 348, § 2º. Não se justifica que a recusa em prestar depoimento apenas se torne possível se o parente prejudicado figure no processo como réu. Corre-se o risco de que terceira pessoa, parente da testemunha, seja mencionada em seu depoimento e contra ela se instaure processo criminal, porque não há previsão do direito de recusar a depor contra quem não ocupa a posição de acusado.

O princípio contra a auto-incriminação, além de ser destinado às pessoas físicas contra as quais haja indícios da prática de infrações penais, por não excepcionar acusados, aplica-se à pessoa jurídica, não obstante renomados autores se oponham ao reconhecimento da responsabilidade penal dos entes abstratos.<sup>272</sup> Caso figure a pessoa jurídica como ré no processo penal (Lei nº 9.605/98), será capaz de produzir provas incriminatórias, tais como a exibição de documentos, e, por conseguinte, não é preciso dizer que todas as garantias processuais são aplicadas a ela, destacando-se o direito ao silêncio.<sup>273</sup>

Em sentido oposto, manifestou-se a Suprema Corte Americana que, dando literal interpretação ao dispositivo constitucional, estabeleceu ser o privilégio restrito à pessoa física, uma vez que a linguagem empregada na 5ª Emenda é “*no person*”, de modo a excluir os entes abstratos.<sup>274</sup> O mesmo entendimento não é compartilhado na Inglaterra, no Canadá e na Nova Zelândia, países em que a jurisprudência disponibiliza o privilégio a entidades artificiais e a pessoas naturais, desde que não haja norma legal em contrário.<sup>275</sup>

Assim como o princípio não depende da habilidade em falar, porque o direito de permanecer calado se estende além do testemunho oral, a qualidade do sujeito que

---

<sup>272</sup> LUISI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. SALES, Sheila Jorge Selim de. Anotações sobre o princípio *societas delinquere non potest* no direito penal moderno: um retrocesso praticado em nome da política criminal? In: *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Coord: Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 99 e 200.

<sup>273</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. Coord: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 1999, p. 49.

<sup>274</sup> BERGER, Mark. Burdening the fifth amendment: toward a presumptive barrier theory. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Chicago, v. 70, n. 1, p. 29, summer, 1979.

<sup>275</sup> HOWARTH, William. Self-monitoring, self-policing, self-incrimination and pollution law. *The Modern Law Review*, Oxford, v. 60, p. 224, mar., 1997.

pode exercê-lo – o preso – é compatível com os entes abstratos, conforme a interpretação ampla que se deve conferir ao dispositivo constitucional. Uma vez que o princípio não se limita ao “preso”, abrangendo o acusado, no sentido material, quem detiver essa qualidade, pessoa física ou jurídica, fará jus à invocação do direito de permanecer calado.

A todas as pessoas passíveis de sofrer persecução penal estende-se o direito. O raciocínio é singelo: a pessoa jurídica merece a mesma proteção da pessoa física, porque pode encontrar-se em semelhante situação de perigo.

Contra isso se opõe *Weiss*, ao defender não ser ilimitada a aplicação do princípio. Para o autor, a formação e a atuação da pessoa jurídica são expressões do livre desdobramento da pessoa física. A proteção da pessoa jurídica justifica-se pela proteção dos indivíduos que a integram. Para as pessoas jurídicas de direito público, que não seriam expressão da pessoa física, pois a criação se daria por lei ou por autorização legal, e, não, por conformação de vontades individuais, não teria aplicação a tutela do princípio *nemo tenetur se detegere*.<sup>276</sup>

Porém, a vingar a tese sustentada, estar-se-ia apegando às condições pessoais do ente público ou privado para restringir a aplicação do princípio. O gozo da proteção não decorre dos atributos da pessoa, mas da situação experimentada, caso contrário, não haveria como equiparar a pessoa física à jurídica para igualmente se beneficiarem da tutela contra a auto-incriminação.

---

<sup>276</sup> WEISS, Wolfgang. Haben juristische Personen ein Aussageverweigerungsrecht? *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 6, p. 293, 1998.

## 7 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA

No Direito Comparado, o retrospecto histórico demonstra que o direito a não auto-incriminar-se excluía de sua proteção as partes e testemunhas em processos cíveis e de *equity*, como também as testemunhas perante procedimentos extrajudiciais governamentais, tais como as investigações legislativas. Restringia-se apenas às “*parties and witnesses in criminal cases, presumably to all stages of proceedings from arrest and examination to indictment and trial*”.<sup>277</sup>

No *Arkansas*, em 1853, pela primeira vez, destinou-se o privilégio para a testemunha em uma causa criminal e, em *Indiana*, no ano de 1860, declarou-se que seria aplicado também em *civil cases*.<sup>278</sup> Deve-se entender que a aplicação em *civil cases* seria no sentido de invocar o privilégio nesse tipo de causa para não incorrer em responsabilidade criminal, porque nunca seria utilizado para proteger uma testemunha da responsabilidade civil e de ofensas matrimoniais perpetradas, atinentes à jurisdição cível.<sup>279</sup> No julgamento *Brown v. Walker* decidiu-se que o *privilege against self-incrimination* não protege contra “*non-penal consequences such as disgrace, loss of employment, or betrayal of a trust*”,<sup>280</sup> tampouco contra ser compelido a fornecer informação que tenda a trazer “*disgrace him or bring him into disrepute*”.<sup>281</sup>

Posteriormente, a Suprema Corte decidiu ser invocável o privilégio em procedimentos civis ou criminais, administrativos ou judiciais, investigatórios ou

<sup>277</sup> Tradução livre: “às partes e testemunhas em causas criminais, presumivelmente em todas as fases do procedimento, desde a prisão e interrogatório até o indiciamento e julgamento”. LEVY, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee paperback ed., 1999, p. 425.

<sup>278</sup> McNAUGHTON, John T. The privilege against self-incrimination: its constitutional affectation, *raison d'être* and miscellaneous implications. *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Northwestern, v. 51, n. 2, p. 140, jul./aug., 1960.

<sup>279</sup> ROSEN, Lionel. The privilege against self-incrimination as to adultery should it be abolished? *The Modern Law Review*, Oxford, v. 23, p. 282, may, 1960.

<sup>280</sup> Tradução livre: “o privilégio não protege contra conseqüências não penais, tal como desonra, perda de emprego ou traição da confiança”. LUSHING, Peter. Testimonial immunity and the privilege against self-incrimination: a study in isomorphism. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, n. 73, p. 1698, spring, 1982.

<sup>281</sup> Tradução livre: “desonra a ele ou render-lhe descrédito”. ISRAEL, Jerold H. LAFAVE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993, p. 234.

arbitrais, em resposta a qualquer pergunta que razoavelmente acredite necessitar de uma resposta auto-increpante.<sup>282</sup>

*“The right applied to all stages of all equity and common-law proceedings and to all witnesses as well as to the parties. It could be invoked by a criminal suspect at his preliminary examination before a justice of the peace; by a person testifying at a grand jury investigation into crime; by anyone giving evidence in a suit between private parties; and, above all perhaps, by the subject of an inquisitorial proceeding before any governmental or nonjudicial tribunal, such as a legislative comitee or the governor and council, seeking to discover criminal culpability. If one’s disclosures could make him vulnerable to legal peril, he could invoke his right to silence”.*<sup>283</sup>

Mais recentemente, no julgamento *Malloy v. Hogan* (1964), a Suprema Corte entendeu aplicar-se o *privilege against self incrimination* às esferas federal e estadual.<sup>284</sup>

Na Alemanha a situação não é diferente, pois o princípio protege o acusado contra a obrigação em colaborar para a própria incriminação, independentemente se a prova é produzida em processo civil ou administrativo.<sup>285</sup>

No direito pátrio, a legislação processual penal tem aplicação em todo o território brasileiro, igualmente na jurisdição federal e estadual, sendo comum a disciplina do princípio *nemo tenetur se detegere*. Visa ele a repelir a responsabilidade criminal, exclusivamente. O Supremo Tribunal Federal afirmara que o princípio contra a auto-incriminação podia ser exercido em investigações criminais ou em procedimentos penais,<sup>286</sup> de forma a limitar sua área de incidência. A afirmação, porém, não excluiu a interpretação mais ampla posteriormente adotada. Da esfera penal expandiu-se a

<sup>282</sup> CARR, Jayne A. FLAUM, Joel M. Public service: self-incrimination vs. the public’s right to an accounting. *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Chicago, v. 63, n. 3, p. 325, winter, 1972.

<sup>283</sup> Tradução livre: “O direito aplicado em todas as fases de todos os procedimentos da *equity* e do *common law* e para todas as testemunhas como também para as partes. Poderia ser invocado por um suspeito criminal no interrogatório preliminar perante um juiz de paz; por uma pessoa testemunhando em investigação de crime no grande Júri; por qualquer um fornecendo provas em um processo entre partes privadas; e, sobretudo talvez por um sujeito perante um procedimento inquisitorial diante de algum tribunal governamental ou não-judicial, tal como um comitê legislativo ou do governo ou conselho, procurando desvendar a culpabilidade criminal. Se uma dessas exposições puder torná-lo vulnerável a perigo legal, ele poderia invocar seu direito ao silêncio”. LEVY, op. cit. p. 406.

<sup>284</sup> LAFAVE, SCOTT JR, op. cit. p. 175.

<sup>285</sup> HELLMANN, Uwe. Entscheidung: Strafrecht. Steuerrecht – Anmerkung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 12, p. 617, 2002.

<sup>286</sup> HC 79.244/DF.

possibilidade de invocação do princípio contra a auto-incriminação para outros ramos do Direito, nos quais houvesse a necessidade de se prestar depoimento. Na realidade, dos acórdãos e decisões monocráticas se infere a aplicação do princípio contra a auto-incriminação apenas na esfera criminal. Ou melhor, a invocação do princípio pode dar-se em qualquer procedimento que se desenvolva perante os três Poderes do Estado, a fim de evitar, a quem reclama o direito, a produção de prova desfavorável a ser utilizada, exclusivamente, na esfera criminal.<sup>287</sup> Significa proteger o indivíduo em face da possibilidade de sofrer persecução penal, presente ou futura, na qual desempenharia o papel de suspeito, indiciado ou acusado, e, não, que possa ser invocado apenas no curso de investigação ou de processo criminais.

A questão não se resume a saber se o princípio é invocado no processo penal ou em outros procedimentos de natureza distinta, mas, sim, se o prejuízo derivado da declaração teria ou não natureza penal. De acordo com Tonini, “*il presupposto è la semplice probabilità che dalla risposta su di un determinato fatto possa derivare la responsabilità penale del dichiarante; non è sufficiente che possa derivare una responsabilità soltanto di tipo civilistico od amministrativo*”.<sup>288</sup> Aplica-se o princípio em casos cíveis ou administrativos, desde que haja possibilidade de responsabilização criminal. Caso contrário, o acusado ver-se-ia obrigado – pela distinta distribuição do ônus da prova e pelo dever de lealdade peculiares ao processo civil – a fornecer explicações passíveis de serem utilizadas em seu prejuízo no campo penal.

O Supremo Tribunal Federal, ao se pronunciar sobre a impossibilidade de coagir o requerido a submeter-se a exame de DNA, para fins de constatação da paternidade, deixou clara a não-incidência do princípio contra a auto-incriminação na espécie, restrito que é à produção de efeitos na seara criminal.<sup>289</sup>

Além disso, vigora a proteção somente nos procedimentos públicos oficiais, como na Alemanha, em que doutrina e jurisprudência excluem da tutela situações

<sup>287</sup> MSPR 23.576/DF, HCML 78.814/PR, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, HCML 79.244/DF, HC 79.244/DF, HCML 80.427/PE e HCML 80.530/PA.

<sup>288</sup> Tradução livre: “o presuposto é a simples probabilidade que da resposta sobre um determinado fato possa derivar a responsabilidade penal do declarante; não é suficiente que possa derivar uma responsabilidade somente de tipo civilista ou administrativa”. TONINI, Paolo. *La prova penale*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1998, p. 56.

<sup>289</sup> HC 71.373/RS.

semelhantes ao interrogatório (*vernehmungsähnliche Lage*). A proteção do direito de permanecer calado aplica-se exclusivamente na relação entre o indiciado ou o acusado e a autoridade policial ou judiciária, com a intenção de reforçar a liberdade moral e de impedir alguma restrição a ela. O raio de incidência do princípio em questão diz respeito às relações do autor do fato diretamente com os órgãos da persecução penal.<sup>290</sup> Como os direitos e garantias atinentes ao processo penal visam a limitar a atuação estatal e conferir mais ampla proteção ao indivíduo, é pressuposto de sua aplicação a existência de contato entre este e os representantes do Estado. Logo, onde não houver um procedimento oficial ou uma autoridade, mas mera relação privada ou contato com o particular, não será invocável o princípio contra a auto-incriminação.

São abrangidas pelo princípio todas as infrações penais, indistintamente. A gravidade do delito cometido, considerando-se a pena cominada, não é parâmetro utilizável para restringir a área de abrangência. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a necessidade de advertir o acusado de seu direito de permanecer calado no procedimento dos Juizados Especiais Criminais.<sup>291</sup> Na ocasião, o acusado compareceu em juízo para a audiência preliminar prevista no art. 72 da Lei nº 9.099/95, tendo confessado a prática delitativa sem nenhuma advertência de seu direito de permanecer calado, motivo por que se determinou o desentranhamento do respectivo termo.

O procedimento da Lei nº 9.099/95 engloba as infrações penais de menor potencial ofensivo, nas quais se compreendem os crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos<sup>292</sup> e as contravenções. Conclui-se ser aplicável o princípio contra a auto-incriminação às duas espécies de infração penal.

Conclusiva a assertiva de *Costa Andrade*: “Há-de, por último, sublinhar-se que, (...) o princípio *nemo tenetur se detegere* não comporta descontinuidades, sequer graduações, em função das sucessivas fases do processo ou da intervenção das diferentes

<sup>290</sup> CERVINI, Raúl. GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*. São Paulo: RT, 1997, p. 97.

<sup>291</sup> HC 82.463/MG.

<sup>292</sup> A Lei nº 10.259/02 ampliou o limite máximo das penas dos crimes sujeitos ao procedimento do Juizado Especial Criminal para dois anos. Nesse sentido: PÊCEGO, Antônio José F. de S. O real alcance do novo conceito de crime de menor potencial ofensivo – breves considerações. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, n. 29, p. 9, set., 2002.

instâncias formais”,<sup>293</sup> ao que se acrescenta, ou em função da espécie de infração penal que se apura.

## 7.1 O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E OS DEMAIS RAMOS DO DIREITO

Sedimentado o entendimento de que o princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém está obrigado a descobrir-se, é representado na esfera penal pelo princípio contra a auto-incriminação, necessário averiguar se aquele apresenta maior alcance. Constitui uma questão de regulamentação legal expandir sua aplicação aos demais ramos do Direito. Uma vez que está ligado ao campo probatório, a análise do princípio *nemo tenetur se detegere* consistirá em descobrir se em outros ramos também pode o acusado negar-se a produzir prova contrária a seu interesse.

### 7.1.1 Direito processual civil

O princípio *nemo tenetur se detegere* se apresenta como uma fórmula individualista que informa toda uma concepção geral do processo e que tem em vista, preferencialmente, os interesses privados.<sup>294</sup> O direito processual civil brasileiro segue uma orientação voltada para elidir a aplicação do princípio, porque se atribuem às partes o ônus de esclarecer e informar, devendo produzir as provas necessárias à demonstração das alegações, sob pena de suportarem os efeitos por não terem se desincumbido suficientemente da atividade probatória, revelando uma tendência em priorizar os interesses da coletividade.

Em diversas passagens do Código de Processo Civil há disposições que determinam ao litigante favorecer a prova de seu oponente, quando é chamado a assumir posições. Primeiramente, o art. 339 do diploma processual estabelece que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Dispositivo similar não existe no Código de Processo Penal, porquanto o pronome

<sup>293</sup> ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 131.

<sup>294</sup> COUTURE, Eduardo J. Sobre el precepto “nemo tenetur edere contra se”. *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, v. 1, p. 58, ene./jun., 1943.

indefinido não se conciliaria com o acusado, a quem se reconhece o direito de não contribuir com as autoridades perseguidoras para o esclarecimento dos fatos. Em seguida, o art. 340 dispõe competir à parte comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; e praticar o ato que lhe for determinado.

O descumprimento dessas atividades não acarreta sanções à parte, porquanto o processo civil se estrutura em torno de ônus, podendo, quando muito, sofrer os efeitos de uma sentença desfavorável. Se por acaso for intimada para prestar depoimento pessoal e não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão (art. 343, § 2º). O ônus da parte não é apenas o de depor, mas o de responder a todas as perguntas formuladas pelo juiz, com clareza e lealdade.<sup>295</sup> Assim, pode o magistrado, conforme as circunstâncias, considerar como recusa de depoimento pessoal o depoimento prestado com omissões ou evasivas, para o que se aplicaria a pena de confesso.

Para a realização da prova pericial, pode o perito obter informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte. Quando o exame tiver por objeto a autenticidade da letra e firma, poderá requerer ao juiz que a pessoa a quem se atribui a autoria do documento lance em folha de papel por cópia, ou sob ditado, dizeres diferentes, para fins de comparação. E a parte deverá submeter-se à inspeção judicial reputada necessária. Entretanto, caso a parte se recuse sem justo motivo, não é possível constrangê-la pela força a submeter-se à inspeção. Segundo *Barbosa Moreira*, configura-se “resistência injustificada ao andamento do processo”, com as conseqüências previstas a cargo do litigante de má-fé, sem prejuízo de outras sanções legalmente previstas, inclusive penais. Além disso, poderá o juiz tomar a recusa injustificada como elemento de convicção acerca do fato sobre o qual pretendia esclarecer-se: a atitude da parte faz supor que, no seu entendimento, o resultado da inspeção lhe seria desfavorável; tecnicamente, no entanto, não há confissão, nem sequer ficta.<sup>296</sup>

---

<sup>295</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1, p. 430.

<sup>296</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 74.

Por derradeiro, confere-se ao juiz a prerrogativa de determinar à parte que exhiba documento ou coisa que se ache em seu poder. Do dever que incumbe às partes e aos terceiros de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade decorre para o juiz o poder de determinar a exibição de documento ou coisa, sempre que o exame desses bens for útil ou necessário para a instrução do processo.<sup>297</sup> A recusa ilegítima ou a indiferença quanto à determinação judicial autoriza o magistrado a admitir como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar (art. 359). Em algumas circunstâncias considera-se justificável a recusa em exhibir o documento, havendo previsão da escusa, inclusive, se a publicidade representar perigo de ação penal (art. 363, III). Mas, em regra, a parte está obrigada a favorecer a prova de seu adversário, não tendo aplicação o princípio *nemo tenetur se detegere*.

O Código de Processo Civil não é completamente infenso ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Desde que a produção de provas repercuta na constatação da responsabilidade penal, confere-se à parte a recusa em depor sobre fatos criminosos que lhe forem imputados (art. 347, I), regra que não persiste quanto às ações de filiação, de separação judicial e de anulação de casamento, assim como em não apresentar documento cuja publicidade represente risco de ação penal. Semelhante regra é disposta à testemunha, a quem se faculta depor acerca de fatos que lhe acarretem grave dano (art. 406, I), mas a identidade entre os dispositivos não é total.

“É compreensível que a lei regule em termos diversos a recusa da parte e a recusa da testemunha ao depoimento: para esta, basta a possibilidade de ‘grave dano’, inclusive de ordem material, não só à própria testemunha, mas ao cônjuge ou a parente, enquanto para a parte é necessário que se trate de ‘fatos criminosos ou torpes’, a ela mesma imputados. Já se observou que, na matéria, os litigantes devem sujeitar-se a riscos maiores que os suportados por pessoa estranha ao litígio”.<sup>298</sup>

Apesar dos maiores encargos atribuídos às partes, não se disciplinou de maneira diferenciada as situações destas e da testemunha, como ocorre no *common law*. Enquanto o *privilege against self-incrimination* pode ser invocado pelo acusado, à testemunha se atribui imunidade, que a obriga a prestar depoimento, embora o conteúdo

<sup>297</sup> THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 437.

<sup>298</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e direito à preservação da intimidade. In: *Temas de direito processual (segunda série)*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 13.

do que declarar não seja usado em seu desfavor. A testemunha renuncia ao silêncio em face da promessa formal de impunidade pelo fato objeto da declaração ou de não-utilização, contra ela própria, das declarações prestadas, no intuito de se evitar a auto-incriminação involuntária.<sup>299</sup>

No processo civil brasileiro, tanto a parte quanto a testemunha têm a faculdade de recusar a prestar depoimento. Contudo, essa regra é excepcionada em relação à parte, exclusivamente, nas ações de filiação, de separação judicial e de anulação de casamento (art. 347, parágrafo único). Diferentemente do que estabelece a Constituição, o Código de Processo Civil não admite que a parte se recuse a prestar depoimento nas hipóteses acima mencionadas, mesmo que haja risco de auto-incriminação, o que não implica, necessariamente, esteja o dispositivo legal em contraste com a *Charta Magna*.

Como o direito brasileiro não é afeito à imunidade testemunhal freqüentemente adotada nos países do *common law*, não havendo regulamentação a respeito, a ressalva de que eventual conteúdo incriminatório do depoimento não poderá ser utilizado em futuro processo criminal é solução imprópria para compatibilizar a lei ordinária à Constituição.

A resposta adequada é reconhecer a vigência do dispositivo, persistindo o ônus em depor sobre fatos criminosos nas ações de filiação, de separação judicial e de anulação de casamento. Existirá sempre a possibilidade de recusar o depoimento, porque a Constituição assegura o direito de permanecer calado sempre que haja risco de auto-incriminação, devendo a parte sopesar os interesses em jogo para decidir-se acerca da conveniência de falar ou calar-se. Mas caso se esquive de depor, a recusa poderá ser tomada como confissão, porque o princípio contra a auto-incriminação, apesar de afastar as conseqüências criminais que se originariam da prova não produzida, não opera efeitos sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo civil.

---

<sup>299</sup> CALAMANDREI, Iolanda. La collaborazione processuale di imputati e testimoni nei sistemi di common law. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 1, p. 243, gen./mar., 1986.

## 7.1.2 Direito administrativo

Também se optou por proscreever, quase em sua totalidade, o princípio *nemo tenetur se detegere* do direito administrativo.

A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, impõe como dever do administrado prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos (art. 4º, IV). Consagra-se a obrigação de colaborar na apuração de infração administrativa, sem excluir a possibilidade de negar informações se houver risco de responsabilização penal.

A Lei nº 8.112/90 dispõe sobre o Regime Jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. No título que trata do processo administrativo disciplinar, há a previsão do interrogatório do servidor público, sem nenhuma referência ao direito de permanecer calado.

Constitui infração administrativa gravíssima, sancionada com multa e com suspensão do direito de dirigir, “deixar o condutor envolvido em acidente com vítima de identificar-se ao policial e de lhe prestar informações necessárias à confecção do boletim de ocorrência” (art. 176 da Lei nº 9.503/97).

O art. 96 da Lei nº 6.815/80 impõe ao estrangeiro, sempre que lhe for exigido por qualquer autoridade ou seu agente, o dever de exhibir documento comprobatório de sua estada legal no território nacional. Caso não o exhiba, incidirá nas sanções do art. 125, IV, que comina multa de duas a dez vezes o Maior Valor de Referência. Cuida-se de infração administrativa, sem repercussão na esfera penal, motivo por que não se pode arguir o princípio contra a auto-incriminação para excluir a sanção.

Nota-se que as infrações administrativas fundadas na obrigação de informar, desde que não envolvam risco de incriminação, não têm a ilicitude excluída pelo exercício regular do direito de não contribuir para o próprio prejuízo. É obstada a entrada do princípio *nemo tenetur se detegere* no direito administrativo brasileiro através da previsão de contribuições cognoscitivas do administrado e de infrações por violação a esse dever de contribuir.

No entanto, existe exceção à regra e a comparação com o direito alemão serve de subsídio para diferenciar o tratamento dessa hipótese excepcional.

Na Alemanha, solicitam-se aos requerentes de asilo declarações de como ingressaram no país, constituindo crime atravessar as fronteiras tedescas sem passaporte ou permissão de residência. Diante da ausência de lei específica excluindo a ilicitude da conduta, a solução encontrada foi não considerar delito o ingresso irregular, constatado pela declaração no processo de requisição de asilo. Quem cumpre um dever legal não pode ser punido por seu cumprimento. Embora o posicionamento jurisprudencial não seja tecnicamente correto, politicamente aparenta consistir-se na decisão mais acertada.

No Brasil a situação mereceu tratamento diferenciado em se tratando de refugiado, haja vista as disposições da Lei nº 9.474/97. De acordo com o art. 10, a solicitação de refúgio apresentada às autoridades competentes, acompanhada do termo de declaração que deverá conter as circunstâncias relativas à entrada no Brasil e as razões que o fizeram deixar o país de origem, suspenderá qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular, instaurado contra o peticionário e pessoas de seu grupo familiar que o acompanhem. O § 1º prevê o arquivamento do procedimento se a condição de refugiado for reconhecida, desde que demonstrado ter a infração correspondente decorrido dos mesmos fatos que justificaram o dito reconhecimento.

Assim, há solução legal expressa para o estrangeiro que, ingressando ilegalmente no país, solicita refúgio. A exigência de declarar ter entrado irregularmente no Brasil, mesmo que constitua auto-incriminação, não lhe ocasiona prejuízo, porquanto os procedimentos administrativo ou criminal instaurados serão suspensos e arquivados. Por suprimir até os efeitos administrativos da entrada irregular, a Lei nº 9.474/97 é um raro exemplo de admissão da incidência do princípio *nemo tenetur se detegere* no direito administrativo.

### **7.1.3 Direito tributário**

A prática de ilícitos contra a ordem tributária se perfaz através de condutas relacionadas a irregularidades na escrituração fiscal. Omissões, falsificações, utilização de documentos falsos, inserção de dados inexatos são condutas praticadas pelo contribuinte e cuja comprovação da materialidade depende da apresentação de documentos.

O art. 195 do Código Tributário Nacional dispõe, para os efeitos da legislação tributária, não ter aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação deste em exibi-los.

A Constituição Federal, em seu art. 145, § 1º, faculta à Administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Se é concedido o direito de instituir e arrecadar tributos, também se devem fornecer os meios de fiscalização aptos à consecução da finalidade. No exercício dessa identificação não se concede carta branca à fiscalização, pois, como não poderia deixar de ser, haverá de ater-se aos limites do indispensável para a atividade tributária. Na medida em que o Fisco extravasa o âmbito das operações e situações que ensejam fatos geradores de cada tributo de sua competência é lícito ao contribuinte opor-se à atividade fiscalizadora, sem que tal comportamento represente embaraço à Fazenda e acarrete multa ou requisição e auxílio de força pública (art. 200 CTN).<sup>300</sup>

Por vezes, ao invés de fiscalizar, a Administração transfere ao contribuinte a obrigação em fornecer os dados necessários à identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas desempenhadas. Chega-se mesmo a tipificar penalmente a omissão do contribuinte por não prestar a contento as informações requeridas (art. 1º, I da Lei nº 8.137/90). A fiscalização atua em um segundo momento, porquanto é exercida após fornecidos os dados pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Nesse contexto, insere-se o princípio *nemo tenetur se detegere* e se discute se é legítima a recusa do contribuinte em prestar informações à Administração tributária.

Apesar de o Código Tributário Nacional arrolar pessoas responsáveis pela prestação de informações ao Fisco (art. 197), em nenhuma parte do Capítulo que trata da Fiscalização (Capítulo I do Título IV, art. 194 a 200), é feita alusão ao sujeito passivo da obrigação, cujo tratamento está disposto em título e capítulo anteriores. Para essas pessoas, que são detentoras de informações sobre bens, negócios e atividades do sujeito passivo, se houver descumprimento da ordem legal de autoridade administrativa,

---

<sup>300</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* *Crimes contra a ordem tributária*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 207.

ressalvada a prerrogativa constante do seu parágrafo único – segredo profissional –, poderão cometer os delitos de desobediência ou prevaricação, conforme o caso, e não o ilícito previsto no art. 1º, I da Lei nº 8.137/90.<sup>301</sup>

Para o sujeito passivo, a situação é distinta. O crédito tributário nasce no momento da ocorrência do fato gerador, devendo o contribuinte, ou prestar informações à autoridade fiscal de que praticou o fato gerador do tributo, para que se opere o lançamento, a teor do art. 147 do Código Tributário Nacional, ou pagar a exação sem a formalização da dívida pela autoridade fiscal e segundo o seu próprio acerto e liquidação, como estabelecido no art. 150 do mesmo diploma legal.

Na primeira hipótese, em que se impõe ao contribuinte a obrigação em prestar informações à autoridade fiscal, a opção da legislação foi por não conferir eficácia ao princípio *nemo tenetur se detegere* no campo tributário. Isso não significa que o contribuinte possa ser compelido a apresentar provas ou a prestar declarações para o lançamento regular dos tributos, tampouco que sua inércia deixará inoperante as autoridades fazendárias. A Administração dispõe de outros meios para efetuar o lançamento e a inércia do contribuinte, além de não impedir a constituição do crédito tributário, acarreta-lhe a inflicção de sanção pelo descumprimento de obrigação acessória relativamente à penalidade pecuniária. Caso o princípio *nemo tenetur se detegere* tivesse aplicação no direito tributário, não se poderia impor sanção ao contribuinte omissor por não colaborar para a formulação do correto lançamento.

A afirmação é correta se a omissão em declarar não deriva do intuito de se livrar de persecução penal, mas, sim, de evitar a incidência de tributos ou de obrigações acessórias. Somente quando se tratar da prática de fato punível haverá ensejo para a invocação do princípio *nemo tenetur se detegere*. A obrigação de informar ao Fisco, estatuída em leis complementar e ordinária, cessa no momento em que se inicia o risco de auto-incriminação, cuja proteção é constitucionalmente assegurada pelo direito de permanecer calado. Será então possível permanecer calado ou inerte, deixando a incumbência de provar ao órgão acusador. O contribuinte não pode ser punido

---

<sup>301</sup> MARINO, Pedro Luiz Amaral. O dever de informar e o direito ao silêncio: o direito ao silêncio (art. CF, art. 5º, LXIII); o dever de informar (CTN, art. 197) e o direito de não se auto-incriminar. Inadmissibilidade de discriminação contra o contribuinte. In: *Direito penal tributário contemporâneo – estudos de especialistas*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 116.

criminalmente por não declarar os rendimentos decorrentes do tráfico ilícito de entorpecentes, cuja revelação importaria na confissão da prática delitativa. Deverá responder pelo crime assemelhado aos hediondos, descumprirá a obrigação acessória, mas não poderá ser processado e condenado pela infração descrita no art. 1º, I da Lei nº 8.137/90, porquanto sua omissão encontra resguardo no direito de permanecer calado. Necessário ainda afirmar que a omissão penalmente relevante visa a suprimir ou a reduzir o tributo. Se a recusa em informar não se justifica por esses motivos, mas para livrar-se de possível incriminação penal, com maior razão se justifica a invocação do princípio *nemo tenetur se detegere*. Entretanto, caso preste declarações falsas ou, por outra forma, procure obstruir ativamente a fiscalização pela Administração quanto à proveniência dos rendimentos ilícitos não poderá beneficiar-se do princípio contra a auto-incriminação.<sup>302</sup>

O dever de informar precede a configuração do crime contra a ordem tributária e, por essa razão, é exigível nas hipóteses em que não há risco de incriminação. Mas cometido o delito, seu autor não tem o dever de prestar informação nenhuma, útil para a comprovação de sua prática, que configure auto-incriminação.<sup>303</sup> Caso contrário, como conclui *Hugo de Brito Machado*, o contribuinte seria tratado diferentemente dos autores de quaisquer crimes, por mais hediondos que sejam seus cometimentos, pois, para estes, estaria assegurado o direito ao silêncio, vale dizer, o direito de não se auto-incriminarem.<sup>304</sup>

Ao art. 195 do Código Tributário Nacional deve-se dar interpretação conforme com a Constituição, para restringir seu alcance à exibição de livros, arquivos e documentos para fins tributários, excetuada a hipótese em que resulte concomitantemente risco de persecução penal. O exame de documentos e livros para efeitos de legislação tributária, se, simultaneamente, ocasionar risco de incriminação, não fica impedido. Contudo, não se pode impor ao contribuinte a obrigação em exibi-los, consoante prescreve a última parte do dispositivo legal. Isso porque não poderia a lei infraconstitucional excepcionar o princípio constitucionalmente previsto. Caso contrário,

<sup>302</sup> Vide capítulo 9.

<sup>303</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* *Crimes contra a ordem tributária*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 127.

<sup>304</sup> MACHADO, Hugo de Brito. O direito ao silêncio e o dever de informar. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 21, p. 413, 1ª quinzena de nov., 1993. MACHADO, Hugo de Brito. Crimes

como bem alvitrado por *Cerneckiaro*, a Constituição seria cativa à lei ordinária ou à complementar, em autêntico absurdo jurídico.<sup>305</sup> E conclui o autor: “Se a omissão não envolve crime, decorrem duas sanções: administrativa e penal. Em havendo crime, cuja descoberta, ou confirmação envolvam as respostas, o contribuinte, silenciando, exerce regularmente o direito constitucional de calar-se”.<sup>306</sup> Quando muito, haverá para o contribuinte um motivo de ordem moral para prestar informações, embora seja duvidoso que o exame de consciência possa pesar mais do que a condenação, a ponto de se auto-incriminar, como defende *Cassone*.<sup>307</sup>

Portanto, a autoridade fazendária poderá exigir do contribuinte, mediante notificação, preste todas as informações úteis à atividade fiscalizadora. Por sua vez, ele tem o direito de se eximir de prestá-las, na hipótese de as informações requeridas serem incriminatórias, acarretando-lhe responsabilização penal, de modo a restar o auto-lançamento como solução. Recorrer-se-á ao arbitramento, previsto no art. 148 do Código Tributário Nacional, que pode ser mais oneroso ao contribuinte em termos patrimoniais. Mas para a Fazenda Pública, a negativa em informar não importa em prejuízo.<sup>308</sup> É até possível que alguma obrigação acessória seja descumprida diante da recusa em prestar informações, mas a solução não será diferente: converter-se-á em obrigação principal, sem chance de compelir o contribuinte a cumprir a acessória, auto-incriminando-se. Caberá ao Fisco encontrar, por meios próprios, os elementos necessários à configuração da obrigação tributária a respeito da qual careça de informações que poderiam ser ofertadas pelo sujeito passivo, sem dele exigir prestações positivas capazes de acarretar-lhe prejuízo, sobretudo se houver processo penal já instaurado e em curso.

A Lei nº 8.212/91, em específica disciplina, apresentou solução para a inércia do contribuinte. Atribuiu ao sujeito passivo de contribuições sociais o dever de exhibir os livros e documentos relacionados com os tributos e autorizou os órgãos da Administração

---

contra a ordem tributária – aspectos práticos e aplicação da lei. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo, n. 83, p. 7, out., 1999.

<sup>305</sup> CERNECCHIARO, Luiz Vicente. Omitir informações. *Correio Braziliense*. Brasília, Suplemento Direito e Justiça, p. 3, 29 jul. 1996.

<sup>306</sup> CERNECCHIARO, op. cit. p. 3.

<sup>307</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* *Crimes contra a ordem tributária*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 336-7.

<sup>308</sup> SALOMÃO, Heloisa Estellita. O direito humano de não cooperar na própria incriminação, a proteção ao domicílio e a fiscalização tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, p. 135, abr./jun., 1999.

a inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário (art. 33, § 2º e 3º).

Nos Estados Unidos, a orientação é semelhante, como decidiu a Suprema Corte, em *Mathis v. U.S.* (1968):

*“The government contended that the Miranda warnings were not required because the questions were asked as ‘part of a routine tax investigation where no criminal proceedings might even be brought’, but the Court ruled otherwise because there is always the possibility that criminal prosecution will result”.*<sup>309</sup>

Por seu turno, o *Bundesgerichtshof* decidiu não haver obrigação de declarar apenas sobre aquilo que está sendo objeto de ação penal, persistindo o dever de informar quanto às demais circunstâncias.<sup>310</sup> Parte-se de uma leitura restritiva do direito a não auto-incriminar-se que prende sua operatividade apenas à esfera processual.<sup>311</sup> Semelhantemente, o *Bundesverfassungsgericht* assinalou que uma informação prestada na raiz de um dever de declarar não pode empregar-se contra a vontade do acusado em eventual processo penal que se inicie contra ele.<sup>312</sup> Entre desobrigar o acusado de prestar declaração ou exigir-lhe informações que não serão utilizadas em processo penal, os tribunais germânicos optaram pela segunda alternativa, o que, como se verá adiante, é passível de críticas.

#### 7.1.4 Direito comercial

O Código Civil estatui, em seu art. 1191, *caput* a faculdade de se ordenar judicialmente a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou

<sup>309</sup> Tradução livre: “O governo sustentava que as advertências Miranda não eram necessárias porque as questões foram respondidas como ‘parte de uma rotineira investigação de tributos em que nenhum procedimento criminal poderia mesmo ser provocado’, mas o tribunal decidiu de outra maneira porque sempre há a possibilidade de resultar em persecução criminal”. ISRAEL, Jerold H. LAFAVE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993, p. 205.

<sup>310</sup> HELLMANN, Uwe. Entscheidung: Strafrecht. Steuerrecht – Anmerkung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 12, p. 618, 2002.

<sup>311</sup> PERINI, Andrea. Ai margini dell’esigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 2, p. 572, apr./giu., 1999.

<sup>312</sup> KIRSCH, Stefan. Derecho a no autoinculparse? In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 251.

gestão à conta de outrem, ou em caso de falência. Também estabelece no § 1º que o juiz ou tribunal que conhecer de medida cautelar ou de ação pode, a requerimento ou de ofício, ordenar que os livros de qualquer das partes, ou de ambas, sejam examinados na presença do empresário ou da sociedade empresária a que pertencerem, ou de pessoas por estes nomeadas, para deles se extrair o que interessar à questão.

A regra se entrelaça com aquela insculpida no art. 381 do Código de Processo Civil, segundo a qual o juiz pode ordenar, a requerimento da parte, a exibição integral dos livros comerciais e dos documentos do arquivo na liquidação de sociedade, na sucessão por morte de sócio e quando e como determinar a lei.

A recusa em exhibir os livros acarretará, no caso do art. 1191, *caput*, a apreensão judicial e, no do seu § 1º, ter-se-á como verdadeiro o alegado pela parte contrária para se provar pelos livros (art. 1192). No entanto, o parágrafo único do art. 1192 atenua a regulamentação e dispõe que a confissão resultante da recusa pode ser elidida por prova documental em contrário.

De igual modo, a declaração de falência impõe ao falido a obrigação de prestar, verbalmente ou por escrito, as informações reclamadas pelo juiz, síndico, representante do Ministério Público e credores, sobre circunstâncias e fatos que interessem à falência, sob pena de prisão de até 60 dias (art. 34, VI c/c art. 35 do Decreto-lei nº 7.661/45). Não obstante a prisão do falido ter sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal,<sup>313</sup> a previsão contida na Lei de Falências deixava clara a opção pela rejeição do princípio *nemo tenetur se detegere* em âmbito comercial.

Constata-se haver, na esfera comercial, a obrigação de provar das partes, com o que não se compatibiliza o princípio *nemo tenetur se detegere*. Ada Pellegrini Grinover noticia existir uma tendência de ampliação para a exibição e mesmo a devassa, não só nos livros comerciais, como em toda a correspondência e documentação do arquivo do comerciante.<sup>314</sup>

Posto que haja a obrigação de esclarecimento do comerciante, caso as informações prestadas impliquem sua responsabilidade criminal, é pertinente a invocação do princípio contra a auto-incriminação. A título de exemplo, pode-se citar o art. 188, VII

<sup>313</sup> RHC 76.741/MG.

<sup>314</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1982, p. 249.

do Decreto-lei nº 7.661/45. Constitui crime falimentar, punido com reclusão de 1 a 4 anos, omitir o devedor, na escrituração obrigatória ou não, de lançamento que dela devia constar, ou lançamento falso ou diverso do que nela devia ser feito. Se o lançamento for omitido para não revelar uma eventual responsabilidade criminal do devedor, não deverá ser condenado pela prática do fato punível acima referido, porquanto a Constituição faculta ao indivíduo o direito de não auto-incriminar-se.

No direito alemão, o § 100 da Lei de Falências impõe ao falido a obrigação de prestar informações sobre a prática de ilícito penal. O *Bundesverfassungsgericht*, em decisão reputada salomônica,<sup>315</sup> reconheceu a obrigatoriedade em informar o cometimento de delitos, mas considerou as informações inúteis para os fins de persecução penal.<sup>316</sup>

A exemplo do decidido em sede tributária acerca das informações exigidas do contribuinte, seria melhor adotar outra solução, pois dificilmente o órgão acusador, de posse da confissão da prática de ilícito penal pelo falido ou pelo sujeito passivo da obrigação tributária, omitir-se-ia em instaurar ação penal, mesmo que não pudesse valer-se da prova inservível. Firmada a culpabilidade do acusado de antemão, o manejo da ação penal ocorreria com a esperança de que provas outras pudessem suprir a impossibilidade de valoração da confissão feita em âmbito falimentar ou tributário.

Além disso, preferível seria evitar esse malabarismo psicológico de excluir a convicção da culpabilidade, formada através da prova inservível, e facultar ao falido e ao contribuinte a recusa em fornecer todos os elementos que importem na responsabilidade criminal. Permaneceria, assim, preservada a estrutura do princípio contra a auto-incriminação no direito pátrio, em que a proteção do acusado é conferida anteriormente à prestação de alguma declaração (*ex ante*), impedindo a própria produção da prova. A proibição de valoração da prova contrariamente a quem a produziu é usual no *common law*, em que se defere às testemunhas imunidade processual pelos depoimentos prestados, persistindo a obrigação em depor mesmo com o risco de auto-incriminação.

<sup>315</sup> ROXIN, Claus. Involuntary self-incrimination and the right to privacy in criminal proceedings. *Israel Law Review*, Jerusalem, v. 31, p. 82, winter-summer, 1997.

<sup>316</sup> KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren – Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*. Aachen: Shaker, 1999, p. 46.

## 8 O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO PROCESSO CIVIL E PENAL

O princípio *nemo tenetur se detegere* é expressamente assegurado no direito processual penal brasileiro, na forma do direito de permanecer calado, ao contrário do que ocorre no processo civil, em que o mutismo do réu pode ser entendido como recusa de depor, para a qual se aplica a pena de confissão, a teor do disposto no art. 345 c/c art. 343, § 2º, ambos do Código de Processo Civil.

Que o princípio só se aplica na seara penal, com o intuito de evitar a produção de prova utilizável em eventual persecução criminal, não há dúvida. O Supremo Tribunal Federal assim se manifestou não poucas vezes e a expressão “auto-incriminação” é sintomática da delimitação de sua área de incidência. Indaga-se por que o princípio *nemo tenetur se detegere* (ninguém está obrigado a descobrir-se) não é acolhido pelo direito processual civil positivo brasileiro, seguindo uma tendência verificada em ordenamentos jurídicos estrangeiros.<sup>317</sup> A questão não é saber se podem o acusado ou o requerido permanecer em silêncio, porquanto é incontroverso não haver nenhuma norma que os compila a falar na área penal ou cível. A temática também não gira em torno de verificar se ambos estão obrigados a organizar para o adversário o material que falta para obter êxito no processo, porquanto, afora a liberdade de escolha da conduta processual, a concepção do princípio não se reflete nesse sentido. O cerne da matéria em exame é descobrir porque a inércia em sede penal não repercute desfavoravelmente ao acusado, enquanto o requerido, na esfera cível, sofre a pena de confissão ou suporta outros ônus. Por que uma questão envolvendo o adultério, quando discutida na área cível – separação judicial motivada por infidelidade – não permite ao cônjuge recusar-se a depor (art. 347, parágrafo único do Código de Processo Civil), mas quando debatida em sede penal – adultério (art. 240 do Código Penal) – confere ao acusado a possibilidade de silenciar-se? Por que o acusado, tendo feito uso do direito ao silêncio e sido absolvido criminalmente por insuficiência de provas, não goza da mesma prerrogativa na ação indenizatória para

---

<sup>317</sup> KATZENMEIER, Christian. Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 11, p. 540, 2002.

apurar sua responsabilidade civil, se é analisado o mesmo fato? Qual a razão para que o réu condenado por violação de segredo profissional (art. 154 do Código Penal) ao pagamento de multa arbitrada no mínimo legal (R\$80,00) possa invocar o princípio *nemo tenetur se detegere*, sem que a mesma prerrogativa seja conferida na ação de reparação do dano em que se fixa a indenização no montante de R\$8.000,00?

Muito se procurou explicar a razão da distinção, com argumentos inconsistentes e através de visão epidérmica. Até explicações teológicas, empregadas na interpretação da lei talmúdica, foram utilizadas para restringir o princípio *nemo tenetur se detegere* às causas penais. Já se afirmou que, porque a vida de um homem não pertence a si próprio, mas a Deus, sua admissão de culpa não possuía efeito legal. Ele não podia entregar o que não era seu. Seu dinheiro, entretanto, pertencia-lhe,<sup>318</sup> a demonstrar que nas causas cíveis de conteúdo patrimonial não há restrição a que a parte se descubra.

Por vezes, explica-se a distinção de tratamento com base nas próprias divergências existentes entre o processo penal e o civil. Para *Amodio* a diferença se explica “*non solo in rapporto alle fasi, all’oggetto dell’accertamento ed alla natura dell’organo giudicante, ma anche in relazione alla diversa struttura (potere degli organi e posizioni delle parti) del processo penale rispetto al processo civile*”.<sup>319</sup>

A indisponibilidade dos direitos debatidos no processo penal e, ao contrário, a disponibilidade daqueles discutidos no processo civil não servem de fundamento à diferenciação. Nem todos os direitos em jogo na seara civil são disponíveis, embora muitos o sejam em virtude do exclusivo caráter patrimonial. Mas em se tratando de ações de estado, no Direito de Família, por exemplo, a indisponibilidade é a regra e o próprio Código de Processo Civil, decisiva e terminantemente, estabelece não ser possível renunciá-los através da confissão (art. 351).

Assim como no direito processual civil existem direitos indisponíveis, no processo penal a disponibilidade se constata na Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), em que, não obstante se garanta ao acusado o direito ao silêncio, há a

<sup>318</sup> LEVY, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee paperback ed., 1999, p. 439.

<sup>319</sup> Tradução livre: “não apenas em referência às fases, ao objeto da investigação e à natureza do órgão julgante, mas também em relação às diversas estruturas (poder dos órgãos e posições das partes) do processo penal com respeito ao processo civil”. AMODIO, Ennio. *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 3, p. 415, 1974.

faculdade em renunciar e transacionar. De igual modo, o direito à queixa e à representação são disponíveis, pois fica a cargo do ofendido decidir-se pelo início da persecução penal, podendo até ser objeto de transação.

A indisponibilidade do direito é uma questão legislativa que não interfere na seleção da área de incidência do princípio. Propala-se a indisponibilidade dos interesses da Administração Pública federal, mas a Lei nº 9.649/97 autoriza ao Advogado-Geral da União e aos dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais a realização de acordos ou transações, em juízo, nas causas de valor até R\$50.000,00, a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos de valor igual ou inferior a R\$1.000,00.

O caráter público ou privado dos ramos do Direito não se presta, também, a solucionar a questão. Ambos integram o Direito Público, ainda que direitos exclusivamente privados se discutam no processo civil, pois regulam o exercício de parte de uma das funções soberanas do Estado, que é a jurisdição.<sup>320</sup> Outrossim, os interesses sujeitos à influência do julgamento nem sempre se cingem à esfera particular dos litigantes: podem tocar a amplas coletividades, quando não à sociedade como um todo.<sup>321</sup>

O vetusto binômio verdade material e verdade formal não se afigura como critério válido para justificar a exclusiva incidência do princípio *nemo tenetur se detegere* no processo penal. Bastaria infirmar a dicotomia entre as verdades e asseverar que, seja no processo penal, seja no processo civil, a verdade a ser alcançada é a processualmente válida,<sup>322</sup> para, desde logo, abandonar uma possível explicação fundada no caráter material ou formal daquelas. Com apoio em *Barbosa Moreira*, a verdade seria uma só e interessaria a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes deva) renunciar – na área civil e na penal – à sua reconstituição completa em atenção a outros valores de

<sup>320</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1997, p. 7.

<sup>321</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, p. 151, out./dez., 1996.

<sup>322</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 114.

igual dignidade,<sup>323</sup> evitando buscá-la a qualquer preço.<sup>324</sup>

Porém, mesmo mantendo a dúplici categorização da verdade, não haveria explicação razoável para o tratamento diferenciado do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Através do processo, civil ou penal, indistintamente, se pretende obter uma reconstrução fatural o mais possível próxima da realidade. “Em qualquer processo constitui pressuposto de boa decisão, em linha de princípio, o melhor conhecimento possível dos fatos relevantes, embora razões de política legislativa nos imponham, aqui e ali, a renúncia ao integral esgotamento das fontes de informação”.<sup>325</sup>

O art. 130 do Código de Processo Civil habilita o juiz a determinar, de ofício, a produção de provas. Disposição semelhante há no Código de Processo Penal, prevista no art. 156. A inércia do órgão judicial em matéria de instrução probatória, enquanto vale como regra no mundo do *common law*, no Brasil contraria frontalmente os dispositivos acima mencionados. Se fosse adotado o modelo anglo-americano, o juiz estaria praticamente proibido de tomar iniciativa na produção de provas e seria afastada a obrigatoriedade do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios. Não poderia mais o magistrado, conforme enumera René Ariel Dotti “proceder, em qualquer tempo, a novo interrogatório (art. 196), ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes (art. 209), reinquirir testemunhas e o ofendido (par. ún., art. 502)”.<sup>326</sup>

No processo civil e penal vigora o princípio da livre apreciação das provas (art. 131 do Código de Processo Civil e art. 157 do Código de Processo Penal) e, em consequência, o juiz não necessita estar apegados às ficções jurídicas, podendo sempre investigar. Se houvesse na seara cível uma disposição legal que atribuísse à confissão valor suficiente à procedência do pedido, poderia falar-se em diferença entre os processos civil e penal. Mas regra não há.

Imaginar a identidade do processo civil com a verdade formal, no sentido de

<sup>323</sup> MOREIRA, op. cit. p. 152.

<sup>324</sup> LENCKNER, Theodor. Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, n. 8, p. 321, 25 feb., 1965.

<sup>325</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e processo penal: mão e contramão? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 94, p. 18, abr./jun., 1999.

<sup>326</sup> DOTTI, René Ariel. Temas de processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 748, p. 473, fev., 1998.

que o juiz não pode suprir a inatividade da parte e deve ater-se às provas trazidas por ela aos autos, é pressupor que ocupa cômoda posição, desvalorizar o esclarecimento dos fatos e autorizar a conclusão de que, sendo inúteis quaisquer esforços para reconstituir os acontecimentos, dispensáveis maiores indagações acerca dos eventos. Por outro lado, conceber apenas no processo penal se confere ao magistrado faculdades para livremente apurar os fatos, sem se fiar em presunções, nem condicionar sua convicção a regras limitadoras do poder de investigar, é igualmente inadequado.

Acentua Bettiol não ser lícito "*concludere che tra i due processi ci sia ontologicamente una differenziazione radicale per ciò che concerne la prova dei fatti. Mutano le tecniche concrete che hanno una spiegazione di carattere storico, ma l'intento è lo stesso: occorre fare uno sforzo per ricercare la verità.*"<sup>327</sup>

A real distinção entre a verdade material e a formal não se fundamenta no estado ou grau de convicção atingido pelo juiz, nem na profundidade do esclarecimento dos fatos, que seriam mais intensos no processo penal. Se assim fosse, bastaria ao magistrado não se acomodar e se irresignar com o material probatório até então coletado no processo civil para converter a verdade formal em material. A verdade material não significa que se trate de uma verdade mais completa em comparação à formal, mas, sim, que são disponibilizados mais instrumentos para se alcançá-la. A verdadeira diferença tem como fulcro a maior disponibilidade de meios para conseguir o esclarecimento dos fatos. A divergência entre as verdades formal e material se agudizam ou se amenizam em conformidade com a regulamentação trazida pelo direito positivo no tocante às possibilidades conferidas ao magistrado de melhor elucidação dos fatos. Os conceitos de verdade material e formal não envolvem aspectos teleológicos, como fins que se almejam, mas possuem conotação instrumental, enquanto meios para se alcançar os fins.

A Constituição Federal traz várias derrogações e limitações de direitos fundamentais em decorrência da necessidade de se produzir a prova penal, exclusivamente. Disso decorre que, no âmbito criminal, maiores são as faculdades dispostas ao juiz, como destinatário da prova, para se chegar à verdade. Enquanto a busca

---

<sup>327</sup> Tradução livre: "não é lícito concluir que entre os dois processos haja ontologicamente uma diferenciação radical para isto que concerne à prova dos fatos. Mudam as técnicas concretas que têm uma explicação de caráter histórico, mas o objetivo é o mesmo: fazer um esforço para procurar a verdade". BETTIOL, Giuseppe. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Padova: Cedam, 1966, p. 202.

pessoal, a apreensão de documentos no domicílio do acusado, a interceptação telefônica e de dados de informática são comumente adotadas no processo penal, medidas de equivalente quilate são estranhas ao processo civil. Na seara penal, para a conveniência da instrução criminal, com o intuito de possibilitar a inserção de provas no processo, e por ser imprescindível às investigações do inquérito policial, admite-se até a privação da liberdade mediante a decretação das prisões preventiva e temporária. Na esfera cível, as únicas modalidades de prisão existentes, para o depositário infiel e o devedor de alimentos, não possuem nenhuma conotação probatória, porquanto visam a compelir o indivíduo ao cumprimento de obrigação.

A menor gama de recursos na investigação dos fatos no processo civil, o que externaria a verdade formal, impõe-se “como forma de favorecer o encerramento de litígios e abreviar o restabelecimento da paz social”.<sup>328</sup> Isso é da própria estrutura do processo civil, em que até direitos indisponíveis podem ser transacionados (art. 447, parágrafo único). Ao revés, no campo penal, ainda que acusação se convença da inocência do réu, não se permite transacionar a ação penal pública incondicionada, podendo o juiz ditar sentença condenatória a despeito do comum entendimento das partes.

A dicotomia verdade material-verdade formal não é causa da distinção existente entre o processo penal e civil para os efeitos de aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere*. Antes, é um efeito das particularidades de cada ramo do Direito instrumental, assim como o princípio em comento. Por razões que talvez sejam comuns, no processo civil vigora o princípio da verdade formal, ao passo que no processo penal vige o da verdade material, não servindo a diferenciação para explicar por que o princípio *nemo tenetur se detegere* aplica-se a este e se exclui daquele.

Como o princípio *nemo tenetur se detegere* se aplica no campo da prova, a solução poderia ser de ordem probatória, situando-se na quantidade de elementos necessários ao julgamento de procedência do pedido. “*La quantità di prova, che è necessaria a convincere il giudice, è diversa nel processo civile ed in quello penale*”,<sup>329</sup> porém não é fundamento justificador da exclusão da incidência do princípio *nemo tenetur*

<sup>328</sup> BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 31.

<sup>329</sup> TONINI, Paolo. *La prova penale*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1998, p. 24.

*se detegere* em âmbito cível. No processo civil, o *quantum* de prova é idêntico para as partes, posto que o ônus se distribua desigualmente entre elas. O autor deve provar o fato constitutivo do direito, nos termos do art. 333, I do Código de Processo Civil, a fim de afastar a dúvida do julgador. A insuficiência ou a contrariedade de provas equivale à falta, para efeitos de julgamento, e culminará na improcedência do pedido. O mesmo peso de provas exige-se do réu ao opor o fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor (art. 333, II do Código de Processo Civil). A insuficiência das provas importa na própria ausência de elementos para autorizar o juiz a decidir em favor do requerido.

Em processo penal, a questão se situa em outra esfera. É indúvidoso caber ao acusador o ônus de provar a culpabilidade do acusado. Em havendo dúvida, aplica-se o vetusto brocardo *in dubio pro reo*, consoante dispõe o art. 386, VI do Código de Processo Penal. A peculiaridade do processo penal reside no fato de que, quando ao acusado incumbe provar algo a si favorável, a insuficiência de provas, capaz de gerar dúvida no juiz, leva-o a decidir em seu benefício.

“O demandado que opõe uma exceção à ação contrária tem obrigação de produzir uma prova completa de sua exceção ou ao menos de uma prova superior à da ação de que quer defender-se. Ao acusado, ao contrário, que expõe desde logo uma justificativa ou uma desculpa, não incumbe a obrigação da prova completa, basta-lhe que sua asserção seja crível, mesmo quando a prova da defesa seja inferior à da acusação e chega-se somente a tornar crível a justificação ou desculpa apresentada, só por isso ele triunfa”.<sup>330</sup>

A legítima defesa, o erro de proibição, a prescrição, entre outros, considerados como fatos extintivos ou impeditivos do direito do acusador, segundo a nomenclatura do processo civil, não precisam ser provados inequivocamente, porquanto a dúvida acerca da real caracterização de uma excludente ou dirimente resolve-se em prol do acusado ou, ao menos, deveria resolver-se.

---

<sup>330</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996, p. 138.

Além disso, “*si la preuve est à la charge du demandeur, il est certain que ce fardeau est plus lourd pour l'accusateur pénal que pour le demandeur civil, en raison de l'existence d'une présomption légale d'innocence*”.<sup>331</sup>

Entretanto, a exigência de mais robusta prova no processo penal, comprovada pela possibilidade de ser o acusado absolvido criminalmente por insuficiência de provas, mas condenado civilmente à reparação do dano, antes de servir de fundamento à diferenciação, deveria prestar-se para afastar a incidência do princípio contra a auto-incriminação justamente na seara em que mais seria útil a colaboração cognoscitiva do réu.

*Barbosa Moreira* indica ser artificial supor a maior gravidade do processo penal em relação ao civil, tendo em vista decisões que afetarão apenas o patrimônio ou a liberdade pessoal. No âmbito civil se trata com freqüência de problemas relativos a aspectos íntimos e relevantíssimos da vida das pessoas, como ocorre, por exemplo, nos assuntos de família; e no penal pode igualmente estar em jogo apenas o patrimônio, como acontece quando a infração é punível com multa.<sup>332</sup>

O direito ao silêncio aplica-se a toda e qualquer infração, da mais singela à mais repercutente, independentemente da sanção prevista no preceito secundário da norma. Algumas infrações são punidas, exclusivamente, com penas pecuniárias ou com sanções privativas de liberdade, cujos reduzidos lindes permitem, obedecidas certas condições, a substituição pela multa ou por pena restritiva de direitos, de forma a evitar o cárcere. A inflicção da sanção pecuniária bem se identifica com as conseqüências patrimoniais de perda do processo civil, motivo pelo qual, segundo o renomado autor, não se poderia utilizar o receio aos graves resultados do processo penal como fundamento da distinção.

A isso se acrescentaria o disposto no art. 202 da Lei nº 7.210/84, de acordo com o qual “cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia

<sup>331</sup> Tradução livre: “se a prova está a cargo do autor, é certo que esse ônus é mais pesado para o acusador penal do que para o demandante civil, em razão da existência de uma presunção legal de inocência”. BOULOC, Bernard. LEVASSEUR, Georges. STEFANI, Gaston. *Procédure pénale*. 16ª ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 26.

<sup>332</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, p. 151, out./dez., 1996.

ou referência à condenação, salvo para instruir o processo pela prática da nova infração penal ou outros casos expressos em lei". Paga a sanção pecuniária e extinta a punibilidade, nenhuma mácula constará dos documentos públicos referentes ao sentenciado, de modo a afastar o efeito estigmatizante da condenação criminal.

Entretanto, assenta-se sobre a gravidade das conseqüências cíveis e penais a justificativa para excluir a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere* do processo civil.

No século XVIII, havia na Inglaterra 313 ou 315 condutas capazes de levar alguém à forca, ao cadafalso, 315 casos punidos com a morte. Isso tornava o código penal, a lei penal, o sistema penal inglês do século XVIII um dos mais selvagens e sangrentos que a história das civilizações conheceu, situação profundamente modificada no começo do século XIX.<sup>333</sup> A situação não era diferente em outros Estados. No Brasil, as primeiras ordenações, as Afonsinas, não se preocuparam com a proporcionalidade entre delitos e penas, porém mais em conter os homens por meio do terror e do sangue. O crime de feitiçaria e encantos, o trato ilícito do Cristão com Judia ou Moura e o furto do valor de marco de prata eram igualmente punidos com pena de morte.<sup>334</sup> Diante de um quadro pintado com esses tons, em que toda condenação resultaria em morte, não seria razoável exigir-se de alguém pudesse contribuir para o próprio óbito. O princípio contra a auto-incriminação, caso existente à época, deveria ser aplicado indistintamente a todos os delitos, como um freio à prepotência estatal, tendo em vista as graves conseqüências decorrentes de toda condenação penal.

Atualmente existem delitos em que as sanções ainda são extremamente rigorosas, sem correspondência em outro ramo do Direito. A condenação a pena privativa de liberdade de longa duração, a imposição de medida de segurança de prazo indeterminado e até mesmo a pena de morte são conseqüências do injusto penal culpável de severa gravidade.

Associa-se a isso o caráter intervencionista do processo penal, incomparavelmente mais ingerente do que o processo civil, podendo provocar lesões na

<sup>333</sup> FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 80.

<sup>334</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959, p. 111.

esfera jurídica do indivíduo infinitamente superiores.<sup>335</sup> Derrogações da privacidade, invasões de domicílio, restrição da liberdade, interceptação de comunicações, condução coercitiva – que no cível se resolve na revelia – são exemplos das restrições aos direitos fundamentais. De acordo com Amelung, “*die Zulassung des direkten beweissichernden Zugriffs auf die Rechtsphäre des Bürgers erscheint insoweit als ein Specificum des Strafprozesses*”.<sup>336</sup>

No direito processual penal não se conferem muitos poderes ao indivíduo para apurar a responsabilidade criminal do acusado. Em regra, não compete à vítima promover a ação penal, encarregar-se da colheita de provas ou deduzir alegações contra o acusado, pois essa é a atribuição de um órgão estatal. Mesmo na ação penal de iniciativa privada a investigação inicial poderá ser desenvolvida pela autoridade policial, havendo requerimento da parte interessada, e a queixa, aditada pelo Ministério Público. No processo civil, exige-se a participação mais efetiva do requerente e a colaboração do requerido apenas indiretamente, isto é, por meio de uma piora de suas chances no processo em caso de recusa em colaborar. Não se determina a busca e apreensão se possui um documento e não é apresentado. Prefere-se presumir verdadeiro o alegado pela outra parte. É possível, através da alternância das cargas processuais, chegar a uma decisão favorável ao requerente, mesmo na ausência do objeto de prova. A finalidade do processo penal, a infligência de pena pela prática delitativa, é tão importante que o Estado utiliza seu poder para obter provas e executar a sentença de forma que o particular não consegue equiparar a atuação na esfera cível.

Por isso, no direito processual civil, impõe-se às partes atuem com lealdade. O princípio da lealdade processual estabelece o dever de a parte expor os fatos em juízo conforme com a verdade, sob pena de condenação em litigância de má-fé pelos danos causados. Em processo penal, não impende sobre o acusado um dever de colaboração, nem sequer um dever de verdade.<sup>337</sup>

*“En el proceso civil se ha llegado a hablar de los efectos probatorios de la actitud de las partes en el proceso o de deberes*

<sup>335</sup> AMELUNG, Knut. Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 15/16, p. 742, 1987.

<sup>336</sup> Tradução livre: “a admissão de acesso direto assecuratório da prova à esfera jurídica dos cidadãos aparece quanto a isso como uma especificidade do processo penal”. AMELUNG, op. cit. p. 743.

<sup>337</sup> ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 121.

*de las partes de lealtad y probidad o de buena fe, pero ni los efectos ni los supuestos deberes pueden referirse al proceso penal y al acusado, al que por el contrario debe reconocérsele el derecho incluso a mentir, sin que del ejercicio de ese derecho pueda extraerse consecuencia perjudicial alguna”.*<sup>338</sup>

Contidos os excessos atinentes ao direito de mentir, não vigora para o réu, no processo penal, o dever de lealdade. Na seara cível ambos os litigantes são convocados a colaborar no descobrimento da verdade, não importando os interesses que os movem. A eles é defeso omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa, alterar a verdade dos fatos e opor resistência injustificada ao andamento do processo (art. 17). No processo penal, observadas as limitações impostas pelo direito penal, não detém o acusado a obrigação de verdade e pode opor-se, ainda que sem justificativa, ao andamento do processo, não participando de atos que careçam de sua presença, sem que nenhum ônus a ele seja imposto. Por conseguinte, pode o acusado invocar o princípio *nemo tenetur se detegere* sem nenhum prejuízo para a sua defesa.

O maior intervencionismo na esfera do indivíduo e severidade das sanções criminais demonstram haver distinção entre o processo penal e civil e explicam a restrição do princípio *nemo tenetur se detegere* àquele. Contudo, não há dúvida de que existem infrações penais para as quais a punição se assemelha às conseqüências de uma ação cível, em relação às quais o tratamento díspare é de difícil justificação.

A humanização do Direito Penal e a racionalização das penas contribuiu para que as conseqüências da sentença condenatória não se resumissem sempre ao cadafalso. Essa evolução não foi acompanhada pela dogmática processual penal no tocante à aplicação do princípio contra a auto-incriminação, que continuou a incidir sempre que houver o risco de sofrer imputação pela prática de qualquer infração.

Se o direito processual civil de diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros é propenso a restringir ou a excluir a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*,<sup>339</sup> o processo penal mostra-se arredio a essa tendência, mesmo diante da humanização das

---

<sup>338</sup> AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997, p. 157-8.

<sup>339</sup> KATZENMEIER, Christian. Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 11, p. 540, 2002. COUTURE, Eduardo J. Sobre el precepto “nemo tenetur edere contra se”. *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, v. 1, p. 55-6, ene./jun., 1943.

penas. *Amodio*, como voz solitária, defende a extinção do direito ao silêncio, por não se justificar na dogmática processual moderna:

*“La presenza del giudice, la garanzia della pubblicità, la piena integrazione del diritto di difesa, escludono la ragion d'essere di un diritto al silenzio che si giustifica essenzialmente come rifiuto della condizione innaturale di un dialogo tra accusatore e imputato in assenza di un organo imparziale”.*<sup>340</sup>

Na realidade, não seriam a presença do juiz imparcial, a garantia da ampla defesa, a publicidade do julgamento e a fundamentação das decisões os motivos para reduzir ou eliminar a incidência do princípio contra a auto-incriminação. A se condescender com a derrogação do princípio, que sua aplicação seja restrita àqueles fatos puníveis que gerem sanções graves ao acusado, normalmente esclarecidos por investigações bastante invasivas. Dessa forma, seriam excluídas as infrações de menor potencial ofensivo e todas aquelas cuja condenação, mediante juízo de probabilidade, pudesse resultar em sanção pecuniária ou restritiva de direitos, cujos efeitos são bastantes similares aos das ações cíveis, para as quais se exige das partes o dever de lealdade. Não representaria um golpe maior ao instinto de autopreservação do que o já desferido nas partes que litigam sobre as regras do Código de Processo Civil.

No momento, a proposta não se viabiliza em face da conformação do direito de permanecer calado como cláusula pétrea. Mas em data futura, sobrevivendo um Poder Constituinte originário, é recomendável dispensar às conseqüências brandas de uma sentença penal o mesmo tratamento conferido às decisões cíveis que gerem efeitos similares, para manter a coerência da dogmática processual.

---

<sup>340</sup> Tradução livre: “A presença do juiz, a garantia da publicidade, a plena integração do direito de defesa, excluem a razão de ser de um direito ao silêncio que se justifica essencialmente como recusa da condição não natural de um diálogo entre acusador e acusado em ausência de um órgão imparcial”. AMODIO, Ennio. *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 3, p. 414, 1974.

## 9 ASPECTOS PENAIS DO PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO

Constitui um impulso natural do acusado e, portanto, justificável, tentar preservar sua liberdade e alijar qualquer acusação que contra si pese. Para possibilitar a ele o exercício desse impulso natural ressurre o princípio contra a auto-incriminação, correlacionado ao direito de defesa.

Por ter aplicação no campo probatório do direito processual, o princípio contra a auto-incriminação deveria limitar seu alcance ao processo penal. Não obstante, possui aspectos materiais que revelam a estreita relação com o direito penal. Conquanto o princípio contra a auto-incriminação não traduza proteção de direito material, mas, sim, de direito processual, isso não significa que não possa manter vínculo com a norma material ou até mesmo preencher o seu conteúdo.

Na suposta identificação com o direito de mentir, na tipificação de infrações penais, como causa de exclusão do crime e na dosagem da pena, notam-se os pontos de contato do princípio contra a auto-incriminação com o direito penal.

### 9.1 DIREITO DE MENTIR?

A questão da obrigação de veracidade do acusado no processo penal teve no procedimento inquisitório um significado essencial.<sup>341</sup> Atualmente, sob a égide do sistema acusatório, o direito brasileiro não obriga o réu a prestar declarações verídicas por ocasião do interrogatório, não lhe sendo deferido o compromisso de falar a verdade. Possui liberdade em suas declarações e, por essa razão, há quem defenda o direito de mentir como manifestação inerente à autodefesa.<sup>342</sup> Se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, estabeleceu-se o princípio de que tudo que não for proibido é permitido, ou seja, em não sendo vedado ao acusado prestar declarações mendazes, atribui-se-lhe o direito de falsear a verdade.

<sup>341</sup> WESSELS, Johannes. Schweigen und Leugnen im Strafverfahren. *Juristische Schulung*, München, n. 5, p. 173, mai., 1966.

<sup>342</sup> FLORIDIA, Giuseppe. False dichiarazioni dell'imputato sulla incensuratezza e jus mentiendi. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 4, p. 1332, ott./dic., 1976.

Existe uma grande disparidade entre admitir possa o acusado, no exercício da autodefesa, apresentar os fatos de forma a não produzir uma auto-incriminação, ainda que não condizentes com a realidade, e a consagração do direito de mentir em nosso ordenamento. Apesar de sutil a diferença, os distintos e consideráveis resultados práticos levam a se estabelecerem os limites entre um e outro, que, é certo, são limites do próprio princípio contra a auto-incriminação.

O direito de defesa exige uma atuação restrita à lei. Não são admissíveis comportamentos informados pela intenção de embaraçar ou impedir a tonalização da verdade real, bem como ações que colimem fornecer falsa prova, *id est*, a prova de fatos irreais,<sup>343</sup> malgrado não se possa impor uma conduta em conformidade com preceitos morais e éticos.

A mentira, não obstante moralmente inaceitável,<sup>344</sup> é conduta juridicamente tolerada, uma vez que não há previsão legal de sanção para aquele que mente. Dizer que o acusado pode mentir não é tomar partido em favor da inverdade ou negar que não se trata de uma falta moral; é crer na possibilidade de defender a consciência contra ataques externos, forjando-a indevassável àqueles que pretendem averiguar os fatos. É assegurar a autodeterminação do acusado, autodeterminação que somente pode ser restringida nas hipóteses legais.

Os que argumentam ser um direito mentir, por não consistir em conduta tipificada penalmente, obram em erro. A tentativa de suicídio não é punível, nem por isso tem alguém o direito de se suicidar, pois a vida é um bem indisponível. A atipicidade desta e de outras condutas decorre de opções de Política Criminal - prenhe em conotação moral - a fim de duplamente atender aos interesses da defesa e do Estado na persecução penal.

Para Tornaghi, quando a lei deixa de punir o réu que se defende mentindo, ela o faz porque *nemo tenetur se detegere*, porque não é humano exigir-se de alguém que se acuse.<sup>345</sup> Semelhante raciocínio é adotado por Bosch: "*Dass der Beschuldigte sich auch*

<sup>343</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal – o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 361.

<sup>344</sup> Santo Tomás de Aquino, como lembra ROLIN, afirmava que o acusado peca quando mente ao juiz. ROLIN, Jean. *Drogas policíacas*. Barcelona: Luis Miracle, 1952, p. 173.

<sup>345</sup> TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 4, p. 412.

durch Lügen verteidigen kann, ist vielmehr eine Konsequenz der Aussagefreiheit und damit des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen".<sup>346</sup> Mas a justificação para a impunidade da mentira não deriva exclusivamente da proteção derivada do princípio contra a auto-incriminação. A mentira é muitas vezes permitida, simplesmente, porque não há prescrição que a proíba.<sup>347</sup>

No direito português, o art. 141 do Código de Processo Penal determina seja dada a advertência de que o acusado não precisa prestar declarações e de que, prestando-as, não possui o dever de dizer a verdade. O mesmo se verifica na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* da Espanha, cujo art. 387, apesar de não exigir o juramento do réu, prevê a advertência feita pelo juiz de que as respostas devem ser precisas, claras e conforme à verdade.

Se houvesse disposições semelhantes no direito brasileiro, com mais vigor propugnariam alguns pela consagração do direito de mentir. Nessas condições, teria sido omissa a Constituição Federal em não prever a obrigatoriedade de comunicação do direito de mentir ao acusado e mais omissos os juízes que somente advertem o réu de que pode permanecer calado, sem, contudo, admoestá-lo da possibilidade de falsear a verdade impunemente.

Na realidade, a omissão foi proposital e a equiparação do direito de permanecer calado com o suposto direito de mentir não pode ser inferida do texto da Constituição. A garantia constitucional tem sempre feitiço e finalidade éticos, não podendo proteger abusos, nem acobertar violações. As liberdades públicas não são entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de convivência das liberdades, pelo qual nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.<sup>348</sup> O princípio contra a auto-incriminação destina-se à proteção do acusado e não pode ser colocado para tutelar atividades criminosas ou

---

<sup>346</sup> Tradução livre: "Que o acusado pode defender-se através da mentira é antes uma consequência da liberdade de declaração e, com isso, do direito de não ser obrigado a acusar a si próprio". BOSCH, Nikolaus. *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 190.

<sup>347</sup> TORKA, Ronald. *Nachtatverhalten und Nemo tenetur – eine Untersuchung über die Grenzen "zulässiger Verteidigung" und die Relevanz des Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000, p. 76.

<sup>348</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1982, p. 251.

ilícitas que gerem danos a terceiros. Entre a não-imposição da obrigação de veracidade (*Wahrheitspflicht*) e o acolhimento de um direito à mentira (*Recht zur Lüge*) há grande descompasso.<sup>349</sup>

O princípio *nemo tenetur se detegere* permite ao acusado não contribuir para a reconstrução dos fatos, ao autorizar-lhe optar por omitir-se na produção da prova, mas não tolera comportamentos ativos para obstar o esclarecimento da verdade, a exemplo da dicção da mentira. Ele não é tão abrangente a ponto de autorizar condutas destinadas a induzir a erro as autoridades policial e judiciária. O direito de defesa não compreende o direito de provocar lesões em interesses de terceiros, sob o risco de se conceder salvo-conduto para delinquir.

Se colocarmos o direito à mentira no rol das garantias processuais, o acusado obteria não apenas a possibilidade, mas mesmo o direito de ativamente opor obstáculos contra a procura da verdade, o que não corresponde ao sentido do princípio contra a auto-incriminação.<sup>350</sup> Com acerto *Marco Antonio de Barros* defende não poder o réu impedir os demais sujeitos do processo de desenvolver atividades condizentes com o descobrimento da verdade,<sup>351</sup> conquanto dele não se possa exigir condutas destinadas ao esclarecimento dos fatos.

Admitir toda e qualquer declaração do acusado, prejudicial à Justiça e atentatória a interesses de terceiros, sob o argumento de respeito ao sagrado direito de defesa, é transformar em absoluto um direito que, como os demais, é relativo. Passaríamos a considerar lícitos a morte da testemunha de acusação, a queima dos autos ou o suborno de peritos, de julgadores e de auxiliares da justiça, porque seriam condutas praticadas pelo acusado amparadas pela excludente do exercício regular de direito: o direito de defesa. Se o exercício da defesa não possuísse limites no direito material, seria legítima a conduta do acusado que falsificasse a certidão de nascimento, a fim de que ela estampasse sua inimputabilidade, em razão da idade inferior aos 18 anos.<sup>352</sup>

<sup>349</sup> WESSELS, Johannes. Schweigen und Leugnen im Strafverfahren. *Juristische Schulung*, München, n. 5, p. 173, mai., 1966.

<sup>350</sup> ESER, Albin. ROBINSON, Cyril D. Le droit du prévenu au silence et son droit à être assisté par un défenseur au cours de la phase préjudiciaire en Allemagne et aux États-Unis d'Amérique. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 3, p. 574, jul./sept., 1967.

<sup>351</sup> BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 171.

<sup>352</sup> Exemplo citado por BASTOS, Cleunice A. Valentim. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Defesa penal: direito ou garantia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 4, p. 119, out./dez., 1993.

Por outro lado, o acusado temeroso em cometer outro delito ao prestar declarações, inibido em desvirtuar os fatos, mesmo em seu benefício, e intimidado com a ameaça de sanção decorrente de potenciais infrações retiradas do contexto da narrativa exigida pelas perguntas do juiz, estará exercitando uma pseudodefesa. A imposição de freios, a contenção do verbo, o desrespeito ao direito ao silêncio, enfim, o condicionamento das declarações do acusado é quase como instaurar a obrigação de falar a verdade, devendo o réu, contra os mais elementares instintos, declarar aquilo que lhe prejudica e que pode ser utilizado em seu desfavor.

Encontrou o legislador uma solução que se situa entre os interesses da defesa e do Estado: não erigiu o mentir, genericamente considerado, como um direito, mas também não vedou o seu emprego. A lei, por entender ser inexigível do acusado o cumprimento do dever de verdade, renunciou a impô-lo. Estabelecer mandamentos de lei positiva contrários à lei natural ou a algum outro dever social é grande erro. Se a lei natural estiver em flagrante oposição à lei positiva, pode-se estar certo de que esta não será observada. *“Ma pretendere che il legislatore abbia com questa scelta voluto la non-verità, sarebbe, prima ancora che un grave fraintendimento sul piano giuridico, un vero e proprio assurdo logico, morale, politico”*.<sup>353</sup>

A permissão da mentira não é irrestrita, como possa parecer. Procura-se encontrar um ponto de equilíbrio que permita ao acusado exercitar a autodefesa ao mesmo tempo em que evite lesionar outros bens jurídicos. São estabelecidos limites à autodefesa e as restrições a ela impostas decorrem de exclusiva previsão legal, não cabendo interpretações extensivas ou analógicas, ao contrário, restritivas, por se tratar de limitação de direito. Na esfera processual penal não há repercussão negativa da mentira sobre as possibilidades processuais do acusado, mas suas declarações encontram fronteiras na lei penal, cuja desobediência provoca a inflicção de sanções.

A lei pune determinadas declarações do acusado que se enquadrem em tipos penais. Também apenas condutas que visam a evitar a auto-incriminação. Algumas delas, tendo o acusado como sujeito ativo, podem ou não ser a ele responsabilizadas,

---

<sup>353</sup> Tradução livre: “Mas pretender que o legislador tenha com essa escolha querido a não-verdade, seria, antes que um grave entendimento contrário sob o plano jurídico, um verdadeiro e próprio absurdo lógico, moral e político” BETTIOL, Giuseppe. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Padova: Cedam, 1966, p. 202.

dependendo se estarão ou não compostas pela tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Por isso que se diz que “*wer lügt, muss nicht notwendig die ihm zur Last gelegte Straftat begangen haben*”.<sup>354</sup>

Posto que haja limites impostos pela lei penal, aquele que não vê ilicitude na mentira é porque a equipara ao silêncio. À primeira vista, pareceria razoável, pois o acusado silente e o mendaz não contribuem para o esclarecimento dos fatos. Em ambos falta obrigação com a verdade. Mas o silêncio não ultrapassa a esfera jurídica do réu, ao passo que a mentira tem o poder de lesar bens alheios. Quando se cala a verdade, pode-se estar restringindo os meios de o Estado chegar mais depressa ou com melhor índice de precisão aos resultados institucionais da demanda. Porém não se induz o Estado a erro.<sup>355</sup> Permitir a mentira ao acusado é atentar contra o processo, o que não constitui uma exigência da autodefesa e representa, eventualmente, uma ação contrária a interesses de terceiros prejudicados.

*Grevi* entende perturbador, enquanto evidentemente antitético à aspiração de favorecer a Justiça, aceitar um sistema processual que acolha estratégias de sabor obstrutivo, tal como a mentira, que frustrem os efeitos esperados da aplicação do princípio do processo justo, ou seja, aquele que, além de assegurar os direitos do acusado, “*condanni chi deve essere condannato e prosciolti chi deve essere prosciolti*”.<sup>356</sup>

Reconhecer a mentira como integrante do princípio é deturpar a tutela contra a auto-incriminação. O acusado pode até defender-se através da mentira, mas ela não é meio de defesa utilizável em toda ocasião e em qualquer circunstância. Estamos bem distantes da constitucionalização de um direito de mentir, mesmo se isso fosse necessário para evitar a persecução penal.<sup>357</sup>

<sup>354</sup> Tradução livre: “aquele que mente não deve necessariamente ser imputado ter cometido o crime do qual foi acusado”. WESSELS, Johannes. Schweigen und Leugnen im Strafverfahren. *Juristische Schulung*, München, n. 5, p. 174, mai., 1966.

<sup>355</sup> VILLELA, João Baptista. Falar a verdade, calar a verdade e faltar à verdade. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 15, p. 290, ago., 1994. No mesmo sentido, repudiando a posição do acusado como empecilho à busca da verdade: BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 288.

<sup>356</sup> Tradução livre: “condene quem deve ser condenado e absolva quem deve ser absolvido”. GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale “giusto” – itinerari e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 21.

<sup>357</sup> PERINI, Andrea. Ai margini dell’esigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 2, p. 547, apr./giu., 1999.

Não é possível concordar com *Torka*, que propõe considerar a liberdade de incriminação e a liberdade de mentir como dois subprincípios do princípio contra a auto-incriminação.<sup>358</sup> Ninguém possui o direito de falsamente acusar, tampouco de adular a verdade, porquanto a lesão de interesses de outrem importa na reprovação da conduta que ultrapassa a esfera pessoal do acusado.

O Supremo Tribunal Federal, aparentemente, vacila acerca da real configuração da mentira no ordenamento jurídico brasileiro. Já conferiu ao direito de permanecer calado amplo espectro de abrangência, a ponto de se permitir ao acusado mentir para não auto-incriminar-se.<sup>359</sup> A proibição de se valorar o silêncio foi interpretada em sentido excessivamente lato, para se determinar o trancamento da ação penal, por reconhecer em benefício do acusado um direito de mentir com vistas à não-auto-incriminação.<sup>360</sup>

Por outro lado, decidiu estar tipificado o crime de falsa identidade pelo fato de o agente, ao ser preso, identificar-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes, sobretudo porque foram causados transtornos à pessoa cujo nome foi indicado e porque ficou comprovado o elemento subjetivo do crime, consistente no agir para obter vantagem, para si ou para outrem. Arrematou com a conclusão de que o direito de permanecer calado não compreende o de mentir acerca da própria identidade.<sup>361</sup>

Na realidade, as interpretações oferecidas pelo Supremo Tribunal Federal muito se aproximam do que até aqui foi exposto. Tolera-se a mentira sempre que a conduta não se amoldar a nenhuma figura típica descrita na lei. Uma vez preenchidos os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal, estará configurada a infração, a exemplo da interpretação que se deu ao crime de falsa identidade.

---

<sup>358</sup> TORKA, Ronald. *Nachtatverhalten und Nemo tenetur – eine Untersuchung über die Grenzen "zulässiger Verteidigung" und die Relevanz des Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000, p. 302.

<sup>359</sup> HC 75.257/RJ e HCML 79.790/SP.

<sup>360</sup> HC 75.257/RJ.

<sup>361</sup> HC 72.377/SP.

## 9.2 INFRAÇÕES PENAIS

Após o advento da Constituição Federal de 1988, com a previsão do irrestrito direito ao silêncio, interpretado pelo Supremo Tribunal Federal como a consagração do princípio contra a auto-incriminação, não se pode sancionar aquele que permanece calado pela prática de crimes que têm por elemento constitutivo a recusa em fornecer uma razoável ou satisfatória informação à autoridade. Da mesma forma, não é possível punir quem, para evitar a auto-incriminação, omite um comportamento exigido em lei, no intuito de recusar-se a produzir prova favorável à acusação.

Contudo, a impunidade pela prática de ilícitos, sob a égide do princípio contra a auto-incriminação, não é irrestrita. O princípio não autoriza novos fatos puníveis sejam praticados para que possa ser extensivamente exercido. O natural direito à auto-proteção e o exercício da ampla defesa não permitem, em princípio, a ocultação de crimes através de outros delitos.<sup>362</sup> A se conceber como valor primordial uma defesa incondicional que tenha por salvaguarda a liberdade do acusado, deverá aceitar-se o dificultar da visualização da verdade, o produzir no processo provas ilícitas que não se prestarão ao esclarecimento dos fatos e o impedir ilegalmente a apresentação de elementos probatórios legitimamente colacionados, com o que não se pode concordar.

Em consonância com o entendimento manifestado por *Torka*, “*das Nemo-tenetur-Privileg stösst also vor allem im Rechtsgüterschutz des StGB an seine Grenze*”.<sup>363</sup> Como limites do princípio *nemo tenetur se detegere* cita-se a lei penal substantiva, que incrimina e estigmatiza com a censura da ilicitude material práticas associadas ao direito de não colaborar para a própria condenação. É o Código Penal e a legislação penal complementar que estabelecerão os limites da conduta do acusado que alega agir encoberto pelo princípio contra a auto-incriminação.

As condutas tipificadas na lei penal dividem-se em comissivas ou omissivas, as quais, por sua vez, são realizadas ou não através da palavra oral. Para aferir se o acusado agiu legitimado pelo princípio contra a auto-incriminação ou se a conduta

<sup>362</sup> HELLMANN, Uwe. Entscheidung: Strafrecht. Steuerrecht – Anmerkung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 12, p. 619, 2002.

<sup>363</sup> Tradução livre: “o privilégio *nemo-tenetur* depara-se nos seus limites então, principalmente, na proteção de bens jurídicos do Código Penal”. *TORKA*, op. cit. p. 227.

praticada é passível de punição é preciso verificar se há tipificação na lei penal. Isso, porém, não é suficiente. A interpretação dos tipos penais, como regra do Direito Penal, deve ser restritiva e a punição somente se justifica se a conduta ultrapassa a esfera pessoal do acusado para provocar lesão a bens jurídicos alheios. Caso se restrinjam os efeitos do comportamento à esfera do réu, a ilicitude material da ação ou omissão não chega a ser concretizada.

Em consonância com a configuração dada ao princípio contra a auto-incriminação, de interesse ao estudo são as infrações penais que têm por elemento constitutivo a recusa em fornecer uma informação à autoridade ou a omissão em praticar um ato cujo cumprimento se impõe.

Não são abrangidas pelo princípio contra a auto-incriminação as condutas comissivas praticadas no intuito de evitar a produção, por terceiros, de prova desfavorável ao acusado. Se for possível que a prova seja colacionada aos autos independentemente da vontade do réu, a conduta por ele desempenhada em sentido contrário não consistirá em um não colaborar, mas representará um fazer ativo que, muitas vezes, amoldar-se-á a tipos penais. Se o acusado empregar violência ou grave ameaça contra testemunhas para favorecer interesse próprio no processo criminal responderá pelo delito de coação no curso do processo (art. 344). Caso tencione inovar artificialmente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, para induzir a erro o juiz, estará incurso no crime de fraude processual (art. 347, *caput* e parágrafo único). Se pretender eliminar a vítima, responderá por homicídio consumado ou por sua forma tentada. Ao destruir, em benefício próprio, documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor, realizará a conduta descrita no art. 305 do Código Penal. Não se pode admitir a destruição de provas ou o impedimento de que sejam trazidas para os autos autonomamente à vontade do réu.

Apenas quando o acusado se omite, faz uso do princípio contra a auto-incriminação, pois estará ele deixando de produzir a prova incriminatória e de contribuir para a sua inculpação, sendo natural aceitar. É preciso sempre ter em mente que o princípio pode ser invocado naquelas situações em que se exige do acusado um fazer. Resguardado pelo princípio, poderá recusar-se a agir e a contribuir para a própria incriminação.

Uma análise do Código Penal e da legislação penal complementar permite extrair alguns exemplos, não em rol taxativo, em que se reconhece como lícita, em tese, a omissão do acusado, posto que típica. Em conformidade com o anteriormente exposto, apenas condutas omissivas foram selecionadas.

A contravenção penal de omissão de comunicação de crime (art. 66 da Decreto-lei nº 3.688/41) está abrangida pelo princípio. Somente quando houver a omissão em comunicar crime praticado por terceiro restará configurada a infração. Obviamente não abrange a omissão em comunicar o delito cometido pelo próprio agente, como que se o obrigasse à confissão.

O art. 316 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65) reza constituir crime “não receber ou não mencionar nas atas da eleição ou da apuração os protestos devidamente formulados ou deixar de remetê-los à instância superior”. Sempre que os protestos não recebidos, não mencionados ou não remetidos à instância superior forem opostos contra o próprio agente que se omite em recebê-los, mencioná-los e remetê-los e digam respeito à prática, em tese, de infração penal, haverá a tutela do princípio contra a auto-incriminação. Não se pode exigir do agente acusado da prática de uma infração que contribua no granjeamento das provas que comprovem a materialidade delitiva. Os protestos podem versar, entre outras coisas, sobre a identidade do eleitor, os candidatos registrados, os delegados e os fiscais dos partidos e, caso façam alusão à prática de ilícito penal pelo responsável pela confecção das atas da eleição ou da apuração, incidirá a proteção do princípio.

Constitui crime contra a relação de consumo “deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado” (art. 64 da Lei nº 8.078/90). Muitas vezes a comunicação pode revelar a prática de outro ilícito penal. A omissão em comunicar estaria, em tese, abrangida pelo princípio.

O médico que deixa de notificar à autoridade sanitária as esterilizações cirúrgicas que realizar é apenado com sanção de detenção de seis meses a dois anos e multa, nos termos do art. 16 da Lei nº 9.263/96. Caso a esterilização realizada esteja em dissonância com o que prescreve o art. 10 da mesma lei, estará configurado o crime do art. 15. Impor ao médico a obrigação de notificar a esterilização irregularmente realizada

é compeli-lo a se incriminar involuntariamente, com o que não se compatibiliza o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Em outra hipótese, poderá o contribuinte recusar-se a prestar informações. A Lei nº 8.137/90 define como crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, mediante várias condutas, entre as quais omitir informação ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias (art. 1º, I). O art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90 estabelece que “a falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V”.

Relativamente a ambas as condutas, *Pedro Luiz Amaral Marino* afirma que não poderá haver punição, salvo pelo delito anteriormente praticado.<sup>364</sup> A obrigação de informar ao Fisco, estatuída em leis complementar e ordinária, cessa no momento em que se inicia o risco de auto-incriminação, cuja proteção é constitucionalmente assegurada pelo direito de permanecer calado. Será, então, possível deixar de prestar informações ou permanecer inerte, sem que desponte a prática de fato punível.

Cometido o crime contra a ordem tributária, seu autor não tem o dever de prestar informação nenhuma, útil para a comprovação daquela prática, sob o risco de se auto-incriminar.<sup>365</sup> Vale ainda dizer que a omissão penalmente relevante visa a suprimir ou a reduzir o tributo. Se a recusa não se justifica por esses motivos, mas para livrar-se de possível incriminação penal, com maior razão desaparece o delito.

Afirma-se que o acusado que se nega a fornecer dados de sua qualificação pratica a infração descrita na Lei nº 3.688/41, em seu art. 68,<sup>366</sup> pois, quanto a ela, o direito ao silêncio não é assegurado.<sup>367</sup> O art. 186 reza que “antes de iniciar o

<sup>364</sup> MARINO, Pedro Luiz Amaral. O dever de informar e o direito ao silêncio: o direito ao silêncio (art. CF, art. 5º, LXIII); o dever de informar (CTN, art. 197) e o direito de não se auto-incriminar. Inadmissibilidade de discriminação contra o contribuinte. In: *Direito penal tributário contemporâneo – estudos de especialistas*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 116.

<sup>365</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* *Crimes contra a ordem tributária*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 127.

<sup>366</sup> Art. 68 - “Recusar à autoridade, quando por esta justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência”.

<sup>367</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 243. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 1, p. 451. Para FRANCO, MARREY e STOCO, aquele que se recusa a responder às perguntas do juiz, tendentes à qualificação, deverá ser processado como incurso no art. 330 do Código Penal, por

interrogatório...” será feita a advertência ao acusado sobre não estar obrigado a responder às perguntas formuladas e, em disposição posterior, no art. 188, é feita distinção entre as questões concernentes à qualificação e as relativas ao interrogatório, as últimas atinentes ao mérito da causa e para as quais se dirige a defesa. Embora o termo seja único, os atos não o são, e a qualificação, precedente ao interrogatório, fica excluída da utilização do silêncio, como deflui do pensamento de *Espinola Filho*.<sup>368</sup> À mesma conclusão chegaram *Fernandes, Gomes Filho e Grinover*: “As perguntas sobre a qualificação do acusado não estão acobertadas pelo direito ao silêncio, porquanto em sua resposta não se caracteriza qualquer atividade defensiva. O art. 188 CPP traça bem essa distinção”.<sup>369</sup>

Constata-se que a legislação processual brasileira não traz norma específica sobre a obrigatoriedade em prestar declarações por ocasião da qualificação, ainda que se faça distinção entre esta e o interrogatório propriamente dito. Diversamente, o *Codice di Procedura Penale* preceitua ser admissível o silêncio em relação ao interrogatório de mérito, sem que o mesmo seja válido para a identificação do acusado (art. 64, *comma* 3).

Apesar de a norma processual não trazer nenhuma prescrição estabelecendo a obrigação de falar *ad personam* com a correspondente sanção pelo descumprimento da obrigação, a lei penal, que também impõe regras de conduta, pune aquele que se recusa a fornecer dados ou indicações sobre sua qualificação (art. 68 da Lei de Contravenções Penais). Por conseguinte, há obrigação em revelar os dados pessoais.

Posto que, em regra, as declarações sobre a qualificação do acusado não envolvam atividade defensiva, é possível que, em determinada hipótese, a informação sobre um atributo pessoal gere a incriminação penal. O esclarecimento sobre o estado civil pode propiciar o agravamento da sanção, nos termos do art. 61, II, “e” do Código Penal. A divulgação da profissão é capaz de ser prejudicial ao réu denunciado pela prática do crime de usurpação de função pública (art. 328) ou de exercício ilegal da

---

desobediência. FRANCO, Alberto Silva. MARREY, Adriano. STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1997, p. 168. Em idêntico sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 165.

<sup>368</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, v. 3, 1976, p. 15.

<sup>369</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 74.

medicina, arte dentária ou farmacêutica (art. 282). Conjeturar as possibilidades de incriminação em decorrência da divulgação da qualificação pessoal renderia ensejo a múltiplas situações.

É possível resultar em incriminação o fornecimento de informações pessoais pelo acusado. Em face do princípio contra a auto-incriminação, não se pode exigir do réu forneça esclarecimentos increpantes, embora a ele se imponha o dever de, caso decida falar, revelar dados verídicos, sob pena de incorrer no parágrafo único do art. 68 da Lei de Contravenções Penais. Como afirmado, o acusado pode omitir-se em produzir prova desfavorável, mas não tem a prerrogativa de opor obstáculos à produção por outrem, tampouco de adulterar informações se a conduta está tipificada na lei penal.

Parece contraditório permitir ao acusado silenciar sobre os dados pessoais e puni-lo caso preste informações inverídicas. Em verdade, a omissão do réu através do silêncio só não será punível se acobertada pelo princípio contra a auto-incriminação, ao passo que a declaração mendaz poderá sê-lo, desde que se amolde a alguma conduta tipificada em lei, como é o caso do art. 68, parágrafo único da Lei de Contravenções Penais, em relação à qual não existe nenhuma causa de exclusão do crime.

Dependerá da análise do caso concreto aferir até que ponto o silêncio do acusado sobre seus dados pessoais justifica-se pelo risco de produzir prova em próprio prejuízo, muito embora o exercício do direito de permanecer calado não dependa de esclarecimentos sobre os reais motivos por que silencia. Tecnicamente mais adequado seria, simplesmente, respeitar a liberdade do acusado em não declarar sobre sua qualificação pessoal como corolário do princípio contra a auto-incriminação, livrando-o de adicional imputação penal. A ausência de identificação do acusado não constitui impedimento ao ajuizamento da ação, à prolação de sentença e ao cumprimento de pena, quando certa sua identidade física, como se depreende do art. 259 do Código de Processo Penal. Entretanto, cabível será a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 313, II do estatuto processual penal, como forma de assegurar a aplicação da lei penal sobre o réu que não é identificado fisicamente. Não se decreta a custódia cautelar para compelir o acusado a fornecer dados sobre sua identidade, porquanto estará calcado no princípio que lhe autoriza nada revelar, tampouco a título de punição, uma vez que constitui desvirtuamento do caráter instrumental da prisão preventiva. Prende-se provisoriamente

porque, em liberdade e sem nenhuma identificação, balda-se a finalidade do processo e se inviabiliza a aplicação da lei penal.

Embora constitua crime de falso testemunho calar a verdade ou falseá-la, as duas condutas não se equiparam. Malgrado sejam o *nemo tenetur* e o direito de mentir “*zwei verfassungsbedingte Reaktionen auf dasselbe Phänomen, namentlich die Eingriffsintensität der Kriminalstrafe*”,<sup>370</sup> o tratamento que se confere a ambos é distinto. À testemunha que corre o risco de se incriminar involuntariamente deve-se admitir o direito de calar, sem, contudo, atribuir-lhe o direito de falsear a verdade. Para ela existe a obrigação de veracidade, apesar de se permitir silenciar sobre as informações capazes de lhe trazer conseqüências penais. Além disso, a Constituição Federal consagra apenas o direito ao silêncio e não faz referência a um suposto direito de mentir.

Não obstante, mentir sobre antecedentes criminais não constitui infração penal. Não se preocupou a lei em criminalizar as declarações mendazes, em que se nega a existência de antecedentes criminais, ao contrário do Código de Processo Penal português que, no art. 359, 2, criminaliza a conduta do “arguido” que presta falsas declarações sobre a identidade e os antecedentes criminais. Não existe conduta similar tipificada na lei brasileira e, dado o caráter restritivo da interpretação do tipo penal, não se poderiam amoldar as declarações inverídicas sobre os antecedentes ao art. 68, parágrafo único da Lei de Contravenções Penais. Enquanto não se instituir o dever de falar a verdade para o réu, não será coerente puni-lo por eventuais respostas mendazes que não se enquadrem em tipos penais.

O silêncio do acusado destina-se a facilitar ou assegurar a ocultação de outro crime, enquadrando-se, teoricamente, na circunstância agravante descrita no art. 61, II, “b” do Código Penal. Exigir do acusado sejam prestadas declarações através das quais se poderia descobrir a prática de outro delito seria obrigá-lo a se auto-increpar. Não há necessidade de que a invocação do princípio esteja relacionada ao crime pelo qual responde o agente. Havendo o risco de incriminação, ainda que por delito não conhecido, incidirá a tutela do princípio. Desde que a conduta do acusado seja marcada pela omissão,

<sup>370</sup> Tradução livre: “duas reações constitucionalmente condicionadas em face do mesmo fenômeno, nomeadamente a intensidade da intervenção da sanção criminal”. TORKA, Ronald. *Nachtatverhalten und Nemo tenetur – eine Untersuchung über die Grenzen “zulässiger Verteidigung” und die Relevanz des*

estará encoberta pelo princípio contra a auto-incriminação, motivo por que não se pode forçá-lo a colaborar na elucidação de qualquer crime.

A respeito das manifestações verbais ou não-verbais, não constitui desacato ou desobediência manter silêncio o acusado ou recusar-se a colaborar na instrução criminal, seja se negando a participar da reconstituição do delito, seja se recusando a fornecer como prova documentos, sinais gráficos<sup>371</sup> ou vocálicos requeridos pelas autoridades perseguidoras.

Além das condutas omissivas, em relação às quais o princípio contra a auto-incriminação afasta a caracterização do fato punível, existem comportamentos ativos que, só por revestirem essa qualidade, ao serem desempenhados, não mantêm relação com o princípio.

Dispõe o Código Penal que constitui crime de falsa identidade “atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem” (art. 307). Por dizer respeito a dados pessoais do acusado, a disposição penal abrange condutas praticadas na composição do termo de qualificação do interrogatório.

Alegar que terceiros não são prejudicados em decorrência da falsa identidade assumida pelo réu desvia o enfoque da questão, porque não é esse o motivo da tipificação da conduta. O objeto jurídico protegido é a fé pública, atingindo por via oblíqua a Administração da Justiça, e desde que o acusado obstaculize ou impeça a correta atuação dos poderes estatais, consuma-se o fato tido por delituoso, caso contrário, “*si creerebbe per l'imputato un privilegio, che non è scritto nella legge*”.<sup>372</sup> Ademais, há norma constitucional estabelecendo o dever de se identificar ao civilmente não identificado, razão pela qual o acusado não possui o direito de fazer passar-se por outra pessoa.

O crime de denúncia caluniosa, previsto no art. 339 do Código Penal, também pode originar-se das declarações do acusado no interrogatório. Afetam-se interesses de terceira pessoa, porque o acusado dá causa a instauração de investigação

---

*Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB.* Berlin: Duncker und Humblot, 2000, p. 136.

<sup>371</sup> HC 77.135/SP.

<sup>372</sup> Em vernáculo: “criar-se-ia para o acusado um privilégio que não está escrito na lei”. FLORIAN, Eugenio. *Delle prove penali*. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1924, v. 2, p. 36.

policial ou de processo judicial enquanto tenta excluir a própria responsabilidade. Sua conduta não está sob o pálio do princípio contra a auto-incriminação, porque a tutela conferida não abrange o provocar dano a terceiros, muito menos condutas ativas efetivamente desenvolvidas.

Um outro aspecto que deve ser salientado diz respeito à tipificação do crime de perjúrio. Sabiamente, o legislador brasileiro previu o crime de falso testemunho apenas para a testemunha, o perito, o tradutor, o intérprete judicial e o contador. Ao lado da tipificação inserta no Código Penal, fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade perante Comissão Parlamentar de Inquérito também constitui delito de falso testemunho, previsto no art. 4º, II da Lei nº 1.579/02. O dispositivo legal, igualmente, não abrangeu o acusado.

A testemunha, o perito, o tradutor, o intérprete judicial e o contador têm a obrigação em cooperar com o Judiciário, obrigação esta que não se transmite ao acusado. Seria inadequado tipificar a infração apenas se proferidas mentiras grosseiras pelo réu. É justamente o recurso às modalidades sutis e sub-reptícias de ardil e manipulação que mais podem comprometer.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o partícipe não pode figurar como sujeito ativo do crime de falso testemunho, pois dele não se pode exigir a obrigação de veracidade.<sup>373</sup> Em semelhante decisão, a Corte Suprema excluiu o crime de falso testemunho da testemunha compromissada e mendaz que deixou de revelar fatos que podiam incriminá-la.<sup>374</sup> Como o princípio contra a auto-incriminação é extensivo a todos aqueles que estejam em risco de se incriminarem, malgrado a lacuna legislativa atinente à proteção da testemunha, nada mais razoável do que afastar a obrigação de veracidade sempre que houver perigo de produzir prova desfavorável.

Em resumo, o princípio contra a auto-incriminação, por situar-se no campo probatório do processo penal, permite ao acusado decidir livremente se colabora ou não na produção da prova. Poderá omitir-se em colaborar, mesmo que sua omissão se enquadre em algum tipo penal, uma vez que exerce regularmente um direito constitucionalmente assegurado. Mas não poderá desempenhar condutas ativas que

---

<sup>373</sup> HC 75.599/SP

<sup>374</sup> HC 73.035/DF.

obstruam a introdução de prova por outrem, nem adulterá-la, em sentido genérico, se o comportamento for tipificado pelo direito material.

### 9.3 CAUSA DE EXCLUSÃO DO CRIME

A extensão do princípio contra a auto-incriminação tem similar significado em termos do que é permitido no direito penal. Algumas infrações penais tem por elementos constitutivos do tipo a recusa em fornecer uma razoável ou satisfatória informação à autoridade a quem se atribui a persecução penal ou em desempenhar determinada conduta por esta requerida. Se os crimes e contravenções não ensejam punição ao acusado que silencia ou se omite na prática da conduta descrita no tipo penal é porque algum de seus elementos constitutivos – tipicidade, ilicitude ou culpabilidade – resta excluído.

Cinge-se a questão em saber qual desses elementos é eliminado pelo exercício do direito de permanecer calado e, por extensão, pelas demais condutas envolvidas pelo princípio contra a auto-incriminação. Não há consenso de opiniões a respeito da questão e as variadas posições defendem desde a atipicidade da conduta, passando pela presença de uma discriminante, até à ausência de culpabilidade. Também se argumenta que o princípio contra a auto-incriminação não constitui causa de exclusão da antijuridicidade, da culpabilidade ou mesmo causa de não-punibilidade genérica, malgrado repercuta na esfera do direito penal, impedindo a configuração de delitos, em certas situações.<sup>375</sup>

O momento de atuação do princípio ocorre na constituição do fato punível. Logo, não funciona como causa extintiva da punibilidade, que é conseqüência do crime. Se assim não fosse, o crime permaneceria caracterizado, somente se excluindo a punição, e persistiriam os efeitos penais e extrapenais da infração.

As causas de exclusão da culpabilidade atuam sobre a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Em relação a esta última, *Manzillo* defende não ser possível exigir do acusado o sacrifício de direitos

---

<sup>375</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2002, p. 405 (Tese, Doutorado em Processo Penal).

fundamentais mediante um comportamento lesivo a bem personalíssimo.<sup>376</sup> Situa a dirimente em torno da inexigibilidade de conduta diversa.

A causa de inexigibilidade prevista em lei – coação moral irresistível – não entra em questão. A classificação do princípio contra a auto-incriminação poderia dar-se como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, motivada pela inexigibilidade de conduta distinta, e dependeria de se averiguar se não há nenhuma outra dirimente ou excludente prevista em lei que melhor se amolde à situação.

A inexigibilidade de conduta diversa de caráter supralegal engloba considerável leque de situações e funciona como uma dirimente de caráter residual, aplicável sempre que não excluída a ilicitude ou a culpabilidade pelas causas legais. É necessário, portanto, aferir se há instituto jurídico expresso em lei a que se enquadre o princípio contra a auto-incriminação antes de amoldá-lo açodadamente como dirimente supralegal.

Das causas de exclusão da ilicitude previstas em lei, a legítima defesa, por se relacionar a uma injusta agressão, e o estrito cumprimento de dever legal, por pressupor a existência de um dever, não podem ser invocados para escusar o comportamento do acusado que não colabora na produção de prova. Quem age em legítima defesa repele agressão injusta e o acusado, no processo, ao se recusar a proceder conforme determinação da autoridade, não atua repulsivamente, tampouco está sob ataques agressivos ilícitos. Quanto à discriminante do estrito cumprimento de dever legal, o exercício do direito ao silêncio não consiste em um dever; é faculdade passível de ser utilizada e a opção por não exercê-lo não importa na aplicação de sanções como se descumprida uma obrigação. No tocante ao consentimento do ofendido, causa supralegal de exclusão da ilicitude, desnecessárias maiores considerações sobre a não-aplicação à espécie.

Resta examinar o estado de necessidade e o exercício regular de direito.

*Perini* sustenta existir na doutrina italiana uma identificação do princípio contra a auto-incriminação com o estado de necessidade, mas ele próprio afasta a

---

<sup>376</sup> MANZILLO, Fabio Foglia. “Nemo tenetur se detegere”: un limite all’applicazione del reato di falso in bilancio? *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’economia*, Milano, p. 254, gen./giug., 1999.

incidência dessa causa de justificação.<sup>377</sup> Embora o acusado possa alegar estado de necessidade, para salvar a si mesmo, diante da iminente e grave ameaça de privação de liberdade, os pressupostos da excludente prevista no Código Penal brasileiro não são preenchidos. Pode o acusado ter provocado voluntária e dolosamente o risco de se auto-incriminar, com o que não se coaduna o estado de necessidade. Seria também preciso aferir se o sacrifício do bem é justificável e, para tanto, necessário confrontar a pena prevista para o crime que pretende ocultar com a pena para o delito resultante do comportamento omissivo. Havendo previsão de mais severa punição para este último, o sacrifício deixaria de ser justificável.

Na realidade, o recurso ao silêncio ou a recusa em praticar uma ação funcionam como a causa de exclusão da ilicitude consubstanciada no exercício regular de um direito, constitucionalmente previsto. Mesmo considerando que a Constituição Federal faça alusão apenas ao direito de permanecer calado e, gramaticalmente, limite ao testemunho oral o exercício do direito, por raciocínio sinedóquico, o Supremo Tribunal Federal extraiu a positivação do princípio *nemo tenetur se detegere*, abrangente de inúmeras situações em que o acusado corre o risco de se incriminar involuntariamente. Por conseguinte, garante-se ao acusado não apenas o direito ao silêncio, mas também o direito de não colaborar na própria incriminação por qualquer outra forma. Comportando-se de modo a não produzir prova em seu desfavor, age o acusado no regular exercício de um direito cujo status é constitucional.

Não se pode exigir de quem atua em conformidade com a lei outra conduta. Oculta o exercício regular de direito, como toda causa de exclusão da ilicitude, a inexigibilidade de conduta diversa. Justifica-se a elisão da antijuridicidade porque, apesar de típica, a conduta realizada é lícita e outro comportamento não podia esperar-se do agente. A discriminante se assenta sobre o exercício de algo que é permitido. É insuficiente, porém, a conduta estar albergada por um direito. Torna-se imperioso se efetue o exercício do direito de maneira regular, sob pena de caracterizar o abuso ou o excesso. O direito de não produzir prova incriminatória não se coaduna com comportamentos ativos que, direcionados a essa não-produção, tencionem impedir que

---

<sup>377</sup> PERINI, Andrea. Ai margini dell'esigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 2, p. 555, apr./giu., 1999.

elementos coligidos independentemente da vontade do acusado sejam utilizados. Em referência a condutas dessa estirpe, o direito consolidado no princípio contra a auto-incriminação é incapaz de excluir a ilicitude da conduta, porque exercitado irregularmente.

É possível afirmar que, como em toda causa de justificação, o acusado pode responder pelo excesso ao agir inicialmente amparado pelo exercício regular de direito. Não há como firmar regras genéricas de quando se configura ou não o excesso, porquanto a análise casuística é que possibilitará saber se o exercício do direito foi regularmente exercido. Entretanto, não é difícil constatar o excesso na conduta do acusado que, primeiramente, recusa-se a fornecer informações sobre sua identidade e, ulteriormente, faz-se passar por terceira pessoa, a quem causa prejuízo para obter benefício próprio. Se antes a conduta se justificava pelo exercício regular de direito, a causação de dano através de comportamento ativo provoca o excesso, pelo qual responde o réu.

O exercício regular de direito acarreta a exclusão da ilicitude e, por conseguinte, obsta a aplicação da sanção penal. *Luiz Vicente Cernechiaro* vai mais adiante ao asseverar inviável as reprimendas penais e administrativas na hipótese de exercício do direito de permanecer calado, pois o comportamento ilícito deixa de sê-lo, configurando o direito de não esclarecer.<sup>378</sup>

O raciocínio encontra eco na legislação brasileira. O direito civil reconhece à exclusão da ilicitude acatada pelo juízo penal efeitos vinculantes sobre o juízo cível, conquanto o art. 935 do Código Civil estabeleça ser independente a responsabilidade civil da criminal. O art. 187, II do mesmo diploma legal expressamente dispõe não constituírem atos ilícitos “os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. A Lei nº 8.112/90 apresenta regulamentação semelhante ao excluir a responsabilidade administrativa na hipótese de absolvição decretada pelo juízo penal com fundamento na negativa de autoria ou na existência do fato. A vinculação estende-se às causas de exclusão da ilicitude, entre as quais se insere o exercício regular de direito.

A organicidade e unidade do ordenamento jurídico proporcionam a repercussão dos efeitos de uma decisão judicial, consolidados em uma esfera, sobre as

---

<sup>378</sup> CERNECHHIARO, Luiz Vicente. Omitir informações. *Correio Braziliense*, Brasília, Suplemento Direito e Justiça, p. 3, 29 jul., 1996.

demais. A absolvição penal por reconhecimento da negativa da autoria vincula no âmbito civil e administrativo e o mesmo é válido para as justificativas penais. Em decorrência, afastada a ilicitude da conduta pelo reconhecimento do exercício regular do direito de permanecer calado ou do direito de não colaborar de outra forma para a própria incriminação, nenhuma consequência cível ou administrativa que importe em sanção poderá ser inferida.

O médico do INSS que deixa de notificar à autoridade sanitária as esterilizações cirúrgicas realizadas em pessoas absolutamente incapazes, sem autorização judicial, não pratica o crime do art. 16 da Lei nº 9.263/96, porquanto não pode ser compelido a incriminar-se involuntariamente. A ele não poderá ser imposta sanção penal, tampouco punição administrativa. Obviamente que a descaracterização do delito descrito no art. 16 da Lei nº 9.263/96 em nada prejudica a concretização do crime de realização de esterilização cirúrgica irregular (art. 15), cuja pena é superlativamente superior à daquela infração e para o qual é cabível a imposição de punição administrativa.

Como a justificativa do exercício regular de direito exclui as consequências cíveis e administrativas de cunho sancionatório, ficam alijados dos efeitos do reconhecimento da excludente as presunções em matéria de prova, por não deterem caráter punitivo. Nada impede seja presumida verdadeira a alegação da parte contrária caso o comerciante se recuse a apresentar os livros comerciais em descumprimento a determinação judicial, no intuito de ocultar a prática de ilícito penal, consoante prescreve o art. 1192 do Código Civil. Igualmente ao réu que não apresenta contestação em processo cível, a fim de evitar a emersão de uma possível responsabilidade criminal, aplicam-se os efeitos da revelia. Não se confunde a omissão, como resultado da distribuição do ônus da prova entre as partes, com a inércia decorrente do descumprimento de obrigação ou dever, para o qual se prevê a imposição de penalidade.

Na seara tributária, o reconhecimento da licitude da conduta não obsta a que sejam impostas obrigações acessórias ao contribuinte que se omite em dar prestações positivas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. Embora ao contribuinte que deixe de prestar informações ao Fisco não se deva imputar a prática de ilícito penal (art. 1º, I da Lei nº 8.137/90), não há óbice a que se converta a obrigação acessória – prestar informações – em principal, no tocante à penalidade pecuniária. Isso

porque o tributo não constitui sanção de ato ilícito e pode ser exigido mesmo, e apenas, se a hipótese de incidência for lícita.

Convém aqui distinguir a hipótese de incidência, que é a descrição normativa da situação de fato, e o fato gerador. Não se pode incluir na hipótese de incidência tributária o elemento ilicitude.<sup>379</sup> Não é possível estabelecer como necessária e suficiente à ocorrência da obrigação tributária – principal ou acessória – uma situação que não seja lícita. Entretanto, o fato gerador pode ocorrer em circunstâncias ilícitas, que são estranhas à hipótese de incidência do tributo, e, por isso, irrelevantes do ponto de vista tributário. O descumprimento de obrigação acessória acarreta a conversão em obrigação principal, relativamente à penalidade pecuniária, independentemente se permaneceu inadimplida através de uma omissão lícita ou ilícita. “A ilicitude do ato praticado nada tem a ver com a relação tributária”.<sup>380</sup> Ocorrida a situação prevista em lei como necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, abstração há de ser feita acerca da licitude ou ilicitude eventualmente presente.

Firmada a posição de que o princípio contra a auto-incriminação representa uma causa de exclusão da ilicitude, não é correto atribuir-lhe o efeito de tornar atípica a conduta. Entretanto, em alguns casos, o acusado, desempenhando uma conduta ativa não amparada pelo exercício regular do direito, deixará de ser responsabilizado pela prática da infração penal porque atípico o comportamento. Em torno da tipicidade, podem-se resolver muitas questões que, em tese, preencheriam os pressupostos da infração penal. O princípio da insignificância, por exemplo, em decorrência da pouca lesividade da ação realizada, é capaz de excluir o crime sempre que a declaração ou o comportamento do réu não tiver grande repercussão sobre a esfera de terceiros.

#### 9.4 DOSAGEM DA PENA

O Código Penal, ao prescrever seja estabelecida a pena na medida da culpabilidade do agente, prevê o juízo de censura como limite máximo da punição. Isso não significa reflita a sanção apenas a culpabilidade. A pena pode não corresponder

<sup>379</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 51.

<sup>380</sup> MACHADO, op. cit. p. 106.

exatamente à culpabilidade extraída do fato, porque circunstâncias outras são capazes de alterar o seu montante. A culpabilidade guarda estreita relação com o fato perpetrado, tanto é verdade que o objeto de prova não é a culpabilidade, mas os fatos de que, uma vez demonstrados, ela se depreende, englobando conceito técnico por excelência e, não, fático. Por sua vez, a condenação com a culpabilidade mantém íntimo vínculo. Entretanto, pode a sanção não manter a mesma relação de identidade com o juízo de reprovação, porque outras circunstâncias irão influir na determinação da resposta penal.

A culpabilidade no direito brasileiro é avaliada em relação ao ato praticado. Ao se falar que a pena é determinada na medida da culpabilidade do agente, funciona esta como limite superior à concreta fixação da sanção. Isso significa que a condenação depende da culpabilidade constatada na prática do ato, mas a sanção daquela resultante não guarda a mesma dependência. Circunstâncias outras, posteriores à conduta, podem influenciar a dosagem da pena, reduzindo-a, embora nada acrescentem à determinação da culpabilidade.

Normalmente, a fixação do *quantum* da pena depende da análise de circunstâncias posteriores à infração, o que não reflete a justa medida da culpabilidade. A reparação do dano e a minoração das conseqüências do ilícito são atos posteriores ao crime aptos a influir na medida da punição. A confissão espontânea é o melhor exemplo de que a condenação depende da medida da culpabilidade demonstrada na prática do delito, mas a dosagem da sanção a esta não se restringe. Existem fatores determinados por opção de Política Criminal capazes de justificar a consideração de circunstâncias alheias e ulteriores ao cometimento do delito, sempre, para beneficiar o acusado, conforme se depreende da sistemática das circunstâncias agravantes e atenuantes do Código Penal brasileiro.

Logo, pode-se dizer que a culpabilidade deriva exclusivamente do fato, ao passo que a condenação deriva da culpabilidade. A pena resulta da condenação, mas não, exclusivamente, da culpabilidade.

Feitas essas ponderações, resta saber se o comportamento do acusado infenso à colaboração com as autoridades encarregadas da persecução penal e posterior ao crime pode ser sopesado na determinação da punição.

Assim como infrações penais não se consumam por faltar um elemento constitutivo essencial, excluído pelo princípio contra a auto-incriminação, a sanção penal é imune aos comportamentos relacionados à auto-incriminação involuntária.

Segundo *Manzini*, considera-se humano e eqüitativo ser indulgente com quem se defende ainda que com meios moralmente reprováveis.<sup>381</sup> Mas não é por indulgência que não se considera o comportamento do réu não-colaborador para a fixação da sanção penal. O silêncio ou a inércia não servem como circunstâncias para agravar a sanção penal, por absoluta ausência de previsão legal. É até possível que o silêncio beneficie o acusado, pois algumas circunstâncias relacionadas aos critérios de fixação da pena não serão reveladas devido ao mutismo e o juiz, diante da ausência de elementos, não poderá recrudescer a sanção. Os reprováveis motivos do crime, se não conhecidos, tampouco revelados pelo acusado, são excluídos da dosagem da pena. E o inverso é verdadeiro, pois, se nobres são os motivos, o desconhecimento pelo juiz, embora não lhe prejudique, deixa de beneficiá-lo.

De igual modo, o silêncio ou a inércia não são considerados indícios da personalidade para a fixação da sanção, sobretudo porque não há fundamento para saber se a omissão seria avaliada para agravar ou atenuar a pena. Diante de um confesso, o comportamento do acusado que silencia possui valor distinto se em comparação com o cúmplice que, ativa e deslealmente, procura obstruir a colheita de provas e o normal desenvolvimento das diligências investigatórias.

O que ao acusado é permitido ou tolerado fazer não pode funcionar como circunstância agravante. Se o direito positivo e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagram o direito de não colaborar na produção de prova incriminatória, não poderia o comportamento omissivo prestar-se ao recrudesimento da sanção, ainda mais quando o Código Penal apenas considera em benefício do acusado os atos posteriores ao cometimento do delito, o que não afasta, contudo, a possibilidade de se inovar.

Nesse diapasão, *Roxin* assevera que a mentira, mesmo a obstinada, não influencia na dosagem da pena.<sup>382</sup> Acerca do mentir, informa *Wessels* ter começado a jurisprudência alemã a considerá-lo como indicativo da personalidade do acusado, apto a

<sup>381</sup> MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, tomo IV, p. 194.

<sup>382</sup> ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. 25ª auf. München: Beck, 1998, p. 199.

agravar a pena, a despeito de, por si só, não consistir em fator capaz de recrudescer a sanção. Porém, o *Bundesgerichtshof* decidiu que a conduta do acusado e o comportamento desenvolvido perante o juiz não podem ser ponderados contrariamente a ele na determinação do *quantum* da pena, mesmo a título de atributo da personalidade.<sup>383</sup>

O Supremo Tribunal Federal, sem destoar do entendimento do tribunal alemão, decidiu por não considerar a falsa negativa da prática do crime como circunstância empregada no recruescimento da pena,<sup>384</sup> tampouco como óbice à substituição por sanção restritiva de direito,<sup>385</sup> em respeito ao princípio contra a auto-incriminação. Também acolheu a tese de que o comportamento do réu durante o processo na tentativa de defender-se não pode ser levado em consideração para o efeito de aumento da punição. *In casu*, o réu tinha arremetido testemunhas orientadas a mentir. O tribunal brasileiro manifestou-se pela desconsideração desse comportamento no arbitramento da pena, sem prejuízo da punição das testemunhas mendazes.<sup>386</sup>

Malgrado a confissão tenha sido alçada à condição de atenuante, bastando que seja espontânea, não poderia à mentira ser atribuído o papel de agravante, a não ser que se inovasse a regulamentação legal. O Código Penal desconhece conduta posterior ao delito que funcione como circunstância agravante e a culpabilidade deixaria de ser o limite superior à concreta fixação da sanção.

O silêncio também não poderia ser reputado circunstância agravante, pois ele é, efetivamente, um direito e, de seu exercício, conseqüências prejudiciais ao acusado não são extraídas. O que é permitido não pode ser, simultaneamente, proibido. Caso contrário, o exercício do direito se converteria em descumprimento de obrigação, em relação ao qual seriam impostas sanções, entre as quais o agravamento de eventual punição.

---

<sup>383</sup> WESSELS, Johannes. Schweigen und Leugnen im Strafverfahren. *Juristische Schulung*, München, n. 5, p. 174, mai., 1966.

<sup>384</sup> HC 68.742/DF.

<sup>385</sup> HC 80.616/SP.

<sup>386</sup> HC 72.815/MS e HC 76.092/RJ.

## 10 CONTORNOS DO PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO

O princípio contra a auto-incriminação desempenha vários papéis no contexto processual do direito brasileiro. Apesar de ser aplicável ao campo probatório do processo penal, reúne em si uma pluralidade de funções que visam a fortalecer a posição do acusado em face da persecução pelos órgãos do Estado.

Muitas são as funções atribuídas ao princípio contra a auto-incriminação: protege o acusado inocente de se condenar através de má performance durante a tomada de declarações; evita acusações por falso testemunho; encoraja terceiros a comparecer em juízo e testemunhar, removendo o receio de serem obrigados a se auto-incriminarem; limita os poderes estatais; previne o uso de procedimentos ilícitos e ilegítimos para a obtenção de declarações; preserva o respeito ao devido processo legal, pois evita degenerar para atos incivilizados e indignos; obriga o acusador a proceder a uma completa e independente investigação; frustra a aplicação de leis e procedimentos prejudiciais ao réu, especialmente na área dos crimes políticos e religiosos; protege o indivíduo de ser processado em havendo poucos indícios da autoria; previne a tortura e outros tratamentos desumanos; equilibra as relações entre o indivíduo e o Estado.<sup>387</sup>

Do contato do princípio com os demais meios de prova do direito processual penal que envolvam o acusado, com os instrumentos dispostos para sua coleta e com os direitos que excepcionam a produção probatória, extraem-se conclusões sobre o alcance da proteção, os limites que lhe são impostos e o bem jurídico digno de tutela no direito brasileiro.

### 10.1 CONDUÇÃO COERCITIVA

A conhecida concepção carneluttiana que excluía toda inconveniência moral na utilização de meios coercitivos para obter do acusado respostas sinceras<sup>388</sup> merece registro histórico e nada mais. O Direito Processual moderno não se compatibiliza com a

<sup>387</sup> McNAUGHTON, John T. The privilege against self-incrimination: its constitutional affectation, *raison d'être* and miscellaneous implications. *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Northwestern, v. 51, n. 2, p. 142-8, jul. aug, 1960.

<sup>388</sup> CARNELUTTI, Francesco. Diritto dell'imputato agli esperimenti sul suo corpo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 11, 2ª parte, p. 270, 1956.

adoção de qualquer meio indiscriminado de coerção para a obtenção de prova, sobretudo se a pretensão é alcançar a confissão.

No Brasil, após longo período de regime ditatorial, a reação contra o arbítrio e os abusos de poder fortaleceu a proteção da liberdade, erigida como valor supremo. Em movimento pendular, passou-se à extremidade oposta, para se repelir as ingerências que possam suprimi-la ou limitá-la, com a tendência de se proscrever toda manifestação de força do Estado sobre o indivíduo.

Existe, no entanto, um ponto de equilíbrio no qual o pêndulo permanece em estado de repouso e em que é possível coexistir o respeito a liberdade individual com as necessidades de proteção da sociedade. O recurso à coerção estatal em âmbito processual penal deve existir, mas ser imposto a situações estritamente necessárias.

Todas as medidas coercitivas que importem em restrições de direitos devem ser empregadas segundo o critério da graduação, cuja aplicação obedece aos princípios da proporcionalidade e da adequação, do que se conclui ser a privação de liberdade a *extrema ratio*.<sup>389</sup> No aspecto probatório, o direito brasileiro conhece algumas modalidades de obtenção de provas através do emprego da coerção estatal, a exemplo da busca e apreensão. A condução coercitiva e a prisão provisória, embora não sejam meios diretos de coleta de prova, funcionam como instrumentos, autorizados por lei, para facilitar ou possibilitar a angariação de elementos probatórios.

A condução coercitiva é instrumento mais ameno do que a prisão provisória na tentativa de se colacionar evidências para o processo, pois não se chega a recorrer à privação da liberdade a fim de se conseguir a colaboração do réu. No direito espanhol,

*“el acusado ha de tener la obligación de comparecer cuantas veces sea citado por el órgano judicial, y esa obligación es exigible coactivamente de modo que el incumplimiento de la citación puede llevar a la detención, pero el acusado no tiene obligación de declarar ni en el procedimiento preliminar ni en el juicio oral”*.<sup>390</sup>

<sup>389</sup> GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale “giusto” – itinerari e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 15.

<sup>390</sup> AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997, p. 156.

O direito pátrio não admite a detenção do acusado que não comparece em juízo, mas prevê a possibilidade de ser levado à força à audiência criminal, embora se repute de inaceitável autoritarismo a prescrição do art. 260 do Código de Processo Penal.<sup>391</sup>

Qual seria o sentido em se conduzir coercitivamente o acusado se pode ele subtrair-se de prestar declarações? Se tem o direito a essa recusa, em nome de que princípio se haveria de obrigá-lo a ir ao local?<sup>392</sup> Por que garantir a medida de instrumentalização da obtenção da prova se a produção desta não é assegurada?

Em verdade, todas as normas que autorizam a emissão de uma determinação judicial de condução coercitiva do acusado perdem significado se é permitido a ele resistir à formação da prova para cuja produção se dispôs a força estatal. Por conseguinte, o respeito ao princípio contra a auto-incriminação esvaziou a utilidade da condução debaixo de vara para a consecução do interrogatório. Como bem assinala Grevi, "*appare fuori discussione che nessuna misura cautelare possa venire disposta allo scopo di ottenere coattivamente la presenza dell'imputato al compimento di atti che ne presuppongano la partecipazione attiva (per esempio, attraverso dichiarazioni)*".<sup>393</sup> Mas aí não se esgota a finalidade da condução coercitiva, tampouco se confina ao acusado o seu papel.

A condução coercitiva não foi revogada, em face da inserção do direito ao silêncio na Constituição Federal. A condução destina-se não apenas ao acusado (art. 260), mas também ao perito (art. 278) e à testemunha (art. 455, § 1º). Através dela se pretende obrigar o comparecimento do réu ao interrogatório, ao reconhecimento ou a qualquer outro ato que sem ele não se possa realizar, a exemplo da restauração de autos, não havendo constrangimento ilegal, como decidido pela Corte Suprema.<sup>394</sup> Não alude exclusivamente ao interrogatório e à prestação de declarações e, por conseguinte, há de

<sup>391</sup> ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 229.

<sup>392</sup> SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 264.

<sup>393</sup> Tradução livre: "parece fora de discussão que nenhuma medida cautelar possa vir disposta ao escopo de obter coativamente a presença do acusado à execução de atos que pressuponham a participação ativa (por exemplo, através de declarações). GREVI, Vittorio. Diritto al silenzio ed esigenze cautelari nella disciplina della libertà personale dell'imputato. In: *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*. Milano: Giuffré, 1995, p. 13-4.

<sup>394</sup> RHC 54.986/PR.

persistir mesmo sendo resguardado o direito de permanecer calado na Constituição. Tanto é verdade que o projeto de código<sup>395</sup> não excluiu a condução coercitiva do processo penal.

Em alguns casos não será manejada a condução coercitiva, por expressa disposição legal. Na Lei de Imprensa, o art. 45, I reza ser suficiente a presença do advogado ou defensor do réu na audiência de instrução e julgamento. A Lei nº 1.079/50, na parte em que disciplina o processo contra o Presidente da República e Ministros de Estado, autoriza o acusado compareça à sessão de julgamento, por si ou pelos seus advogados, podendo, ainda, oferecer novos meios de prova (art. 25). O comparecimento do réu pode ser substituído pela presença do defensor e a condução coercitiva perde seu propósito, conquanto possa ser determinada em outras circunstâncias.

A opção legislativa consubstanciada na Lei nº 9.271/96, que deu nova redação ao art. 366 do Código de Processo Penal, encaminha-se pela prescindibilidade da presença do acusado aos atos processuais, como corolário do princípio constitucional que assegura ao réu o direito de permanecer calado. Se o réu tem o direito de não ter qualquer participação ativa na instrução criminal, não respondendo sequer às perguntas formuladas, sem que o silêncio possa ser usado contra ele, não se poderia obrigá-lo a assistir aos atos da instrução.<sup>396</sup>

O interrogatório perdeu o caráter de obrigatoriedade, pois, constituído defensor, o processo seguirá mesmo que o acusado, por decisão própria, não compareça em juízo. Lembra *René Ariel Dotti* que assim também ocorre em relação ao procedimento perante o Juizado Especial Criminal, em que se procederá ao interrogatório apenas se presente o acusado.<sup>397</sup>

Se por um lado a condução coercitiva para o interrogatório teve esvaziado o sentido com a previsão constitucional do direito de permanecer calado, por outra vertente não existe um direito de ausência assegurado ao réu. O Supremo Tribunal Federal,

<sup>395</sup> Os projetos de lei de reforma do Código de Processo Penal a que sempre se fará referência no texto são aqueles registrados sob o nº 4.203/01 a 4.209/01.

<sup>396</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 157.

<sup>397</sup> DOTTI, René Ariel. Garantia do direito ao silêncio e dispensa do interrogatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 775, p. 429, maio, 2000.

mesmo garantindo o direito de permanecer calado, não reconhece o direito de se ausentar do acusado à audiência do interrogatório.<sup>398</sup> Apenas em um única hipótese assinalou-se a correspondência entre o direito de permanecer calado e o direito de se ausentar: quando o indiciado era parlamentar – deputado federal – sujeito à jurisdição do Supremo. A distinção de tratamento justificou-se, provavelmente, pela prescrição do art. 221 do Código de Processo Penal, que permite seja previamente ajustada a inquirição de testemunhas que desempenham relevantes funções públicas. A disciplina especial não se coaduna com a condução coercitiva.

O não-comparecimento do acusado às audiências pode acarretar a quebra da fiança e a revogação da liberdade provisória vinculada, mas a inferência de indícios desfavoráveis, como antanho ocorria, inclusive sendo objeto do anteprojeto de lei elaborado por Frederico Marques, falece de motivação lógica. O projeto de lei de reforma do Júri prevê a possibilidade de o acusado não apresentar-se em plenário, como corolário do direito de permanecer calado (art. 457). Não há prejuízo para o julgamento, tampouco se trata de revelia, mas também não significa seja vedada a utilização da condução coercitiva em situações outras.

## 10.2 PRISÃO PROVISÓRIA

Não é tecnicamente correto decretar a prisão provisória a título de antecipação de punição. Mas não há nenhum empecilho a que se decrete a custódia cautelar para facilitar a obtenção de prova. A legislação processual penal admite a prisão provisória com finalidade cautelar e probatória.

A prisão temporária consiste na utilização da cautela com o escopo de, direta ou indiretamente, obter a confissão, com base em uma presunção de culpabilidade vedada pela Constituição. Essa é a razão primordial para condicionar a presença física do indiciado ao sucesso das investigações de determinados delitos. Posto que forneça as condições materiais para a prática da tortura, a prisão temporária, disciplinada pela Lei nº 7.960/89, constitui o mais evidente exemplo de emprego da cautela provisória com o intuito de obtenção de prova. Na lição de *Bruno Teixeira Lino*, o vocábulo temporária

<sup>398</sup> MSMC 23.491/DF, HC 79.244/DF, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP e HCML 80.155/PR.

“constitui esconderijo da real finalidade da prisão: investigar”.<sup>399</sup> Na mesma linha de raciocínio, o autor conclui ser imprópria a entrega de nota de culpa ao preso, uma vez que não há imputação de crime, mas constrição de liberdade para investigação.<sup>400</sup>

A prisão preventiva pode ser decretada para a conveniência da instrução criminal, sempre que o acusado, em liberdade, estiver impedindo o regular desenvolvimento do processo. A prisão preventiva se justifica, com finalidade instrutória indireta, para evitar o risco de deterioração de provas, preservando, assim, a instrução do processo. No momento da decretação da prisão preventiva deve-se já saber “*almeno in termini ipotetici, quali sono le prove da acquisire, dove cercare, e quali i rischi incombenti*”.<sup>401</sup> E, por essa razão, deve ser limitada ao tempo estritamente necessário para assegurar a obtenção da prova.

Admitindo o direito brasileiro o emprego da condução coercitiva, da prisão temporária e da prisão preventiva com finalidade instrutória indireta, resta aferir o relacionamento dessas manifestações da potestade estatal com o princípio contra a auto-incriminação.

Não importa seja para conservar, produzir ou introduzir no processo a prova. Importa considerar que a prova, cuja obtenção somente foi possível após a execução da condução coercitiva ou a decretação da prisão provisória, é empregada na formação do convencimento judicial e, para tanto, fez-se uso de instrumentos coativos.

O que é preciso distinguir é a finalidade do emprego desses meios instrutórios indiretos. Apesar de ser admissível a decretação da prisão temporária para o êxito das investigações, é inaceitável compelir o acusado a colaborar nos atos de natureza probatória através da ameaça ou da execução da prisão provisória. Seria atribuir uma “*strumentalizzazione confessoria delle cautele*”, nos dizeres de Grevi.<sup>402</sup>

Não é outro o raciocínio de *Ferrajoli*, para o qual

<sup>399</sup> LINO, Bruno Teixeira. *Prisão temporária*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 93.

<sup>400</sup> LINO, op. cit. p. 95.

<sup>401</sup> ILLUMINATI, Giulio. In difesa del diritto al silenzio. *L'indice Penale*, Padova, n. 2, p. 549, mag./ago., 1993.

<sup>402</sup> GREVI, Vittorio. Diritto al silenzio ed esigenze cautelari nella disciplina della libertà personale dell'imputato. In: *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 15. GREVI, Vittorio. Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 4, p. 1133, ott./dic., 1998.

“excluida la función de conservación de las pruebas, la prolongación de la detención no puede tener otro efecto (por no decir otro fin) que el de situar al imputado en una condición de sujeción, obstaculizarle la defensa, obligarle eventualmente a la confesión y acaso permitir que otros sujetos – la acusación, el actor civil u otros interesados – manipulen las pruebas”.<sup>403</sup>

O Supremo Tribunal Federal, entendendo válida a prisão preventiva, julgou, porém, incabível sua decretação devido ao comportamento do acusado que não colaborou com as autoridades encarregadas da persecução penal. No processo em que se decretou a prisão provisória como uma sanção por ter o acusado omitido sua contribuição decisiva para a prática do crime, após ter sido constatada a presença de pólvora nas vestes de um suposto partícipe, a Corte Suprema decidiu ser imprópria a cautela preventiva.<sup>404</sup> A prisão provisória não se fundamenta no desinteresse demonstrado pelo acusado em colaborar com a Justiça, pois a ele não cabe o ônus de cooperar de qualquer modo com a apuração dos fatos que possam incriminá-lo.<sup>405</sup>

A jurisprudência estrangeira não destoia desse posicionamento. A não-colaboração do réu não pode servir como fundamento para a decretação da prisão cautelar, como decidido pela Corte Constitucional italiana, na *sentenza* nº 332 de 1995.<sup>406</sup> Uma confissão provocada por ocasião da prisão provisória ilegal conduz a uma violação do princípio contra a auto-incriminação e importa na desconsideração das declarações prestadas, conforme se manifestou o *Bundesgerichtshof*.<sup>407</sup>

A iniciar pela condução coercitiva até se chegar às restrições mais graves impostas pela prisão provisória, nenhuma medida cautelar poderá ser disposta ou mantida com o escopo de conseguir, ou mesmo de solicitar, a confissão do acusado contrariamente à sua vontade. Se a cautela é executada presume-se não ser para a obtenção da confissão. Adotando-se parâmetro contrário, se a confissão for externada, a prisão provisória há de ser mantida, pois não terá o condão de infirmar os pressupostos constatados quando de sua decretação. Não se afasta, todavia, a possibilidade de ser

<sup>403</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 557.

<sup>404</sup> HCML 81.132/PB.

<sup>405</sup> HC 79.589/DF.

<sup>406</sup> CAPITTA, Anna Maria. Le limitazioni del diritto al silenzio nella riforma del processo penale inglese. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 1, p. 268, gen./mar., 1998.

<sup>407</sup> FEZER, Gerhard. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht – Teil 1. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 12, p. 612, 1996.

afetada a situação cautelar se a confissão é feita e a prisão justificava-se apenas pelo regular desenvolvimento da instrução criminal. “*La custodia cautelare viene il più delle volte giustificata con il pericolo di inquinamento delle prove, pericolo che verrebbe meno con la piena confessione*”.<sup>408</sup> Cessariam as dificuldades para conseguir provas da culpabilidade, pois, em regra, o réu confesso não tem interesse em dificultar a instrução criminal.

De igual modo, o juiz não está legitimado a inferir nenhum elemento do silêncio do acusado que assuma relevância para os fins de aplicação de medidas cautelares ou manutenção das mesmas, uma vez que tenham sido aplicadas. O inverso, porém, não é verdadeiro, como assevera *Giulio Ubertis*. O autor acredita, por exemplo, se o acusado, ao invés de permanecer em silêncio, informa o local onde possam ser encontradas as armas utilizadas no cometimento do crime de roubo e os bens subtraídos, dá causa à cessação dos motivos existentes para a manutenção da prisão decretada com base no receio do perecimento da prova.<sup>409</sup>

O exercício do direito ao silêncio não constitui uma prova indireta desfavorável ao acusado.<sup>410</sup> Deve-se excluir do exercício de tal faculdade decorram conseqüências *contra reum*: não apenas no plano da decisão de mérito (por exemplo, extraindo argumentos de prova contrários ao acusado, indícios de culpabilidade ou também fatores valoráveis negativamente *ex art. 133 do Codice de Procedura Penale*), mas tampouco no plano dos provimentos de natureza cautelar (por exemplo em relação à integração do pressuposto do *fumus commissi delicti* previsto no art. 273, ou da exigência cautelar requerida *ex art. 274*).<sup>411</sup> Seguindo essa orientação, o Supremo Tribunal Federal decidiu não ser admissível fundamentar a prisão preventiva com base no exercício do direito de permanecer calado.<sup>412</sup>

<sup>408</sup> Tradução livre: “A custódia cautelar aparece mais das vezes justificada com o perigo de inquinamento das provas, perigo que apareceria menor com a plena confissão”. ILLUMINATI, Giulio. In *difesa del diritto al silenzio. L'indice Penale*, Padova, n. 2, p. 549, mag./ago., 1993.

<sup>409</sup> UBERTIS, Giulio. *Interventi e comunicazioni*. In: *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 146.

<sup>410</sup> DELMAS-MARTY, Mireille *et al.* *Procédures pénales d'Europe*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 528. Nesse sentido a autora assevera ter os Estados Unidos influenciado a Inglaterra a adotar essa posição, no curso do século XX, assim como a Alemanha.

<sup>411</sup> GREVI, Vittorio. *Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 4, p. 1132, ott./dic., 1998.

<sup>412</sup> HC 79.781/SP.

A prisão processual precisa ser empregada para reduzir ao mínimo o prejuízo sentido pelo acusado em custódia, excluindo toda limitação da liberdade que não seja rigorosamente funcional às exigências pelas quais a medida foi determinada, de modo a representar um sacrifício reduzido. A prisão provisória, em suas variadas modalidades, necessita ser concebida em seus reais termos: decretada excepcionalmente, mantida somente se necessária e revogada se ausentes os pressupostos.

### 10.3 BUSCA E APREENSÃO

Para fortalecer a defesa social na apuração das infrações penais, a Constituição Federal de 1988, bem como as leis ordinárias concederam ao Estado vários poderes que vão desde a prisão preventiva até às medidas de ingresso no domicílio, acompanhadas de buscas e apreensões.

Com o intuito de que não desapareçam as provas da materialidade do crime dispõe o Código de Processo Penal que a autoridade policial “apreender os instrumentos e todos os objetos que tiverem relação com o fato” (art. 6º, II). A disciplina das modalidades e do procedimento da busca e apreensão está contida nos arts. 240 a 250 do estatuto processual.

A busca, segundo *Mirabete*, “é a diligência destinada a encontrar-se a pessoa ou coisa que se procura” e a apreensão “é a medida que a ela se segue”.<sup>413</sup> O Código de Processo Penal classifica a busca em pessoal, também conhecida por revista, e domiciliar. A primeira, realizada sobre o suspeito de ocultar arma proibida, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação e objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu, em suma, para colher qualquer elemento de convicção; a segunda, executada em casa de alguém, não só para apreender objetos, como também para prender criminosos.

Se bem que o acusado não está obrigado a produzir ou a entregar provas incriminatórias, é permitido apreender documentos e papéis em seu poder, observadas as formalidades legais. Isso se justifica pela necessidade de se preservar a liberdade de escolha da conduta a se adotar na primeira hipótese, cuja presença não se faz na segunda

<sup>413</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 306.

conjetura, marcada pela manifestação de supremacia do poder estatal, sem que isso afaste a necessidade de serem obedecidos os requisitos formais para a consecução da busca e apreensão. No primeiro caso, o que está fundamentalmente em jogo é garantir que toda contribuição do acusado, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre. Em outra perspectiva, o princípio contra a auto-incriminação é assegurado quando ao acusado é garantido o direito de não colaborar, a menos que escolha desempenhar o ato requerido como manifestação, sem entraves, da própria vontade. Ele deve ter uma escolha livre para admitir, negar ou recusar a responder, para fazer ou não fazer. O certo é que em ambas as situações há princípios confluentes, não obstante autônomos, assegurando ao acusado não ser condenado com base em provas ilegítimas, ou seja, obtidas em violação às normas processuais contidas na Constituição.

A busca e a apreensão não se efetivam sobre todo e qualquer objeto, a exemplo do disposto no art. 243, § 2º do Código de Processo Penal, tendo em vista a preponderância de outros interesses, mais especificamente, o segredo profissional. O documento que não é obtido diretamente do acusado pode ser logrado mediante a busca e apreensão, ainda que esteja em sua posse e desde que não seja tutelado pelo segredo profissional, por exemplo. A preocupação que deve haver não é evitar a inserção de prova no processo por quem poderia ser prejudicado, mas garantir a introdução em respeito às normas legais, inclusive, às de caráter material. Respeitadas as reservas de direito material atinentes ao segredo profissional, à inviolabilidade do domicílio, à intimidade etc, a forma de execução da busca e apreensão prescinde do consentimento do acusado, tornando inócuo o princípio contra a auto-incriminação, que sempre pressuporá um livre decidir sobre colaborar ou não com as autoridades perseguidoras.

#### 10.4 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Se no processo inquisitório o acusado era, exclusivamente, objeto de prova, o pensamento liberal que passou a informar o processo penal garantiu-lhe a posição de sujeito processual, sem, contudo, apagar o aspecto probatório que o envolvia.

De início, cumpre aqui distinguir o objeto de prova do meio de prova. O objeto de prova é tudo aquilo que subministra o processo de conhecimento para pesquisar

ou demonstrar a verdade. O meio de prova é o ato pelo qual se aporta ao processo o conhecimento de um objeto de prova. O lugar inspecionado é objeto de prova; a inspeção do local é meio de prova.<sup>414</sup>

De acordo com *Frederico Marques*, o acusado, além de sujeito processual, ainda se “apresenta em outra posição jurídica: a de objeto de provas e atos instrutórios. Indeclinável é o seu dever de submeter-se a esses atos, bem como a providências de ordem cautelar previstas na lei (Código de Processo Penal, artigos 240 e 260)”.<sup>415</sup> Em idêntico sentido posiciona-se *Roxin*, para quem o acusado é objeto de coerção estatal, através da prisão, apreensão etc, além de ser objeto de prova, sujeito a intervenções corporais e à identificação por testemunhas.<sup>416</sup>

Ainda que se dê interpretação e aplicação restritiva às normas que determinam coerção investigativa sobre o acusado, como quer *Figueiredo Dias*,<sup>417</sup> não deixará de existir o papel de objeto de prova. Talvez se preservará, com maior eficiência, a posição do acusado como sujeito processual, mas não deixará de ocupar o posto de objeto probatório.

O acusado será objeto de prova sempre que houver a obrigação de tolerar e seu consentimento em ser examinado for irrelevante. Se a roupa é examinada, se os bens que carrega consigo são apreendidos, se intervenções corporais são levadas a efeito, se testemunhas fazem o reconhecimento do autor do delito, assume o réu o posto de objeto de prova.

A identificação criminal e o reconhecimento pessoal são duas formas de utilização da pessoa do acusado para fins probatórios.

Na Inglaterra, permitir a identificação das pessoas mediante carteira de identidade é uma idéia politicamente inconcebível: não existem regras específicas de identificação.<sup>418</sup> No Brasil, constitui fato comum e a necessidade de identificação

<sup>414</sup> TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 10ª ed. Saraiva: São Paulo, 1997, v. 1, p. 276.

<sup>415</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 2, p. 70.

<sup>416</sup> ROXIN, Claus. *Strafprozessrecht: Prüfe dein Wissen – Rechtsfälle in Frage und Antwort*. 15ª auf. München: Beck, 1997, p. 52.

<sup>417</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda, 1974, v. 1, p. 439.

<sup>418</sup> DELMAS-MARTY, Mireille et al. *Procédures pénales d'Europe*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 152. O *Police and Criminal Evidence Act* chega mesmo a estabelecer que o policial que revista uma pessoa não pode obrigá-la a fornecer prova de sua identidade (Section 3 (3)). No entanto,

criminal tem foro constitucional. Ela tem sido posta em prática em conformidade com a regulamentação trazida pela Lei nº 10.054/00, não apenas para colher as impressões digitais do indiciado, como preconiza o art. 6º, VIII do Código de Processo Penal, mas também para fotografá-lo.

Na Alemanha, há regulamentação sobre a identificação criminal compulsória.

*“Afin de vérifier les antécédents de l'accusé et de faciliter l'enquête, diverses mesures d'identité judiciaire (die erkennungsdienstliche Massnahmen, § 81b STPO) peuvent également être prises par la police, même si l'accusé s'y oppose: photographie, empreintes digitales, relevés de mensurations, de la couleur des cheveux, des yeux, etc.”*<sup>419</sup>

A Lei nº 10.054/00 não dispõe sobre a recusa em submeter-se à identificação, porque conta com a obediência espontânea do acusado. Porém, essa lacuna deve ser colmatada.

Aparenta ser secundária a identificação criminal do acusado. O art. 41 do Código de Processo Penal estabelece, como requisitos da denúncia ou queixa, a qualificação do acusado, mas se contenta com esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo. O art. 259 dispõe que a impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física. Caso se descubra a sua qualificação, no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença, far-se-á a retificação, sem prejuízo da validade dos atos precedentes.

Diante da possibilidade de se chegar à fase de execução da pena sem a identificação do acusado, à primeira vista, parece não ser possível obrigá-lo a identificar-se através da extração forçada de impressões digitais ou mediante fotografias. No entanto, a conclusão é diversa.

Normalmente, a identificação do acusado é feita pelo nome, idade, estado, profissão, filiação e residência. Por vezes, a identificação nominal não é possível em face da precariedade dos elementos colhidos na investigação. Em decorrência, o art. 259

---

permite-se à Polícia identificar certas pessoas, por exemplo, os motoristas suspeitos de determinadas infrações de trânsito (Section 168, Road Traffic Act 1988).

<sup>419</sup> Tradução livre: “A fim de verificar os antecedentes do acusado e de facilitar a investigação, diversas medidas de identificação judiciária (*die erkennungsdienstliche Massnahmen, § 81b STPO*) podem

dispõe que a impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal quando certa a identidade física. *Mirabete* afirma poder a identidade física "ser estabelecida por outros meios subsidiários, como a cor da epiderme, a altura, a compleição física, os defeitos corporais, as cicatrizes ou sinais, a profissão, as impressões digitais, traços característicos etc".<sup>420</sup> Portanto, identificar fisicamente o acusado, na ausência de outros dados pessoais, é uma condição indispensável ao exercício da ação penal e torna-se uma obrigação do órgão acusador. Se preferencialmente não é feita a identificação nominal, deve-se proceder à identificação física, o que poderá ser efetivado através de fotografias e impressões digitais, consoante autoriza a Lei nº 10.054/00, uma vez que são os meios mais idôneos para distinguir um indivíduo de outro.

Depreende-se que a recusa do acusado em ser identificado fisicamente, seja não deixando fotografar-se, seja repelindo a coleta de impressões digitais, uma vez presente a dúvida sobre a identidade civil, importará em sua prisão, sem que a falta de consentimento possa impedir a consecução do ato. O Supremo Tribunal Federal já afirmou incluir-se a fotografia na identificação do indiciado, como elemento útil e recomendável, resguardando-o de todo e qualquer abuso ou violência capaz de ocasionar-lhe constrangimento desnecessário, entre os quais não se insere a identificação fotográfica.<sup>421</sup> Se é possível decretar a prisão preventiva em caso de dúvida sobre a identidade do indiciado que não fornece elementos para esclarecê-la (art. 313, II do Código de Processo Penal), arguir como defesa o princípio *nemo tenetur se detegere* mostra-se estéril.

## 10.5 RECONHECIMENTO PESSOAL

O reconhecimento de pessoas é modalidade de identificação, nem tanto para desvendar as qualidades e atributos pessoais, mas para apontar o autor da prática da infração penal. Por reconhecimento se entende a identificação e a demonstração dos

---

igualmente ser adotadas pela polícia, mesmo se o acusado se opõe: fotografias, impressões digitais, aferição de medidas, da cor dos cabelos, dos olhos etc". DELMAS-MARTY, op. cit. p. 97.

<sup>420</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 322.

<sup>421</sup> RE 91.010/RJ e RE 91.013/MG.

caracteres individuais que diferenciam inconfundivelmente determinado indivíduo de outros.

O Código de Processo Penal prescreve algumas cautelas a serem observadas (art. 226) que visam essencialmente a dar maior crédito à identificação da pessoa ou coisa; ou seja, feita a reconhecimento segundo os ditames legais, conterà ela grande poder de influir no julgamento da causa; desprezadas as formalidades, não se cuida, contudo, de nulidade.<sup>422</sup> O juiz poderá levar em conta o ato, dando-lhe a consideração que julgar adequada em face da falha ocorrida e no confronto com as demais provas produzidas.<sup>423</sup> Modernamente, deve ser levada em consideração mais a ênfase com que se identificou a pessoa e menos os aspectos formais eventualmente não observados.<sup>424</sup>

Na identificação de pessoas, o magistrado deve ter todo o cuidado para eliminar o que puder exercer efeito sugestivo ou intimidatório sobre quem é chamado a identificar. O art. 226, III permite à autoridade providenciar que a pessoa chamada para o reconhecimento não seja vista por quem será reconhecido. Em audiência, essa cautela não costuma ser observada, pois, em geral, realiza-se o reconhecimento sem ater-se às formalidades prescritas no Código de Processo Penal. Não obstante, se as vítimas ou testemunhas do evento delituoso apontam, com segurança, em audiência judicial, o acusado presente como autor do ilícito penal praticado, essa prova possui eficácia jurídico-processual idêntica àquela que emerge do reconhecimento efetuado com as formalidades prescritas pelo art. 226 do Código de Processo Penal.<sup>425</sup>

*Gastaldo* defende a invocação do princípio contra a auto-incriminação também em relação ao reconhecimento do acusado, pois este representa "*quale dichiarazione riproduttiva di una percezione visiva mirata, soltanto una specie del più generale concetto di dichiarazione*".<sup>426</sup> Porém, a função probatória do acusado como objeto de reconhecimento pode ser cumprida contra sua vontade, contanto que permaneça

<sup>422</sup> RHC 47.465/GB.

<sup>423</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 143.

<sup>424</sup> AQUINO, José Carlos G. Xavier de. NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 205.

<sup>425</sup> HC 68.819/SP.

<sup>426</sup> Tradução livre: "qual declaração reprodutiva de uma percepção visual fitada, apenas uma espécie do mais genérico conceito de declaração". GASTALDO, Massimo Ceresa. La ricognizione personale 'attiva' all'esame della Corte costituzionale: facoltà di astensione o incompatibilità del coimputato? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 1, p. 266, gen./mar., 1995.

como participante passivo. O art. 260 do Código de Processo Penal prevê a condução coercitiva do réu que não atende a intimação para o reconhecimento e, diversamente da declaração, a diligência prescinde de ato voluntário de quem será reconhecido. Logo, a tutela conferida pelo princípio contra a auto-incriminação faz-se ausente.

Malgrado seja cabível o emprego da força para realizar a diligência de reconhecimento pessoal, nem sempre será viável, para os fins probatórios pretendidos, a consecução do ato diante da resistência demonstrada pelo réu, conforme adverte *Piacentini*:

*“Basti pensare alla assoluta non spontaneità del riconoscimento di un imputato trattenuto a forza nel corso dell’operazione ricognitiva, salvo ad immaginare una sorta di rappresentazione scenica in cui più soggetti siano ad arte presentati nelle medesime condizioni di costrizione”*.<sup>427</sup>

## 10.6 INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES

Nos últimos anos, os instrumentos legais coercitivos, utilizados no intuito de prevenir o crime, reduziram a distância entre os domínios policial e processual penal. As interceptações telefônicas, a infiltração de agentes e as investigações secretas são empregadas sem o conhecimento do investigado, de maneira sub-reptícia. As antigas investigações abertas, cujo acesso era franqueado ao indivíduo, cederam lugar àquelas em que a noção de indícios razoáveis ou suficientes não é mais parâmetro para a intervenção policial.

A mudança de orientação deve-se à impossibilidade de se reprimir a criminalidade grave e organizada com os meios convencionais de investigação. Consoante assere *Bosch*, *“ohne Telefonüberwachung, heimliche computergestützte Ermittlungsmethoden und den Einsatz Verdeckter Ermittler kann der Bedrohung durch organisierte Kriminalität nicht wirksam begegnet werden”*.<sup>428</sup>

<sup>427</sup> Tradução livre: “Basta pensar na absoluta falta de espontaneidade do reconhecimento de um acusado retido à força no curso da operação recognitiva, a não ser que se imagine um tipo de representação cênica na qual outros sujeitos sejam apresentados artificialmente nas mesmas condições de constrição”. PIACENTINI, Claudio. In tema di rifiuto dell’imputato a sottostare alla ricognizione personale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 1, p. 333, gen./mar., 1980.

<sup>428</sup> Tradução livre: “Sem o monitoramento telefônico, métodos de investigação secreta com suporte em computador e a utilização de meios de investigação oculta não pode ser combatida eficientemente a ameaça

Na última década, o repositório legislativo acerca das investigações desenvolvidas sem o conhecimento do acusado foi acrescido com a Lei nº 9.296/96 que cuida das interceptações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

A Lei nº 9.296/96 refere-se tanto à interceptação propriamente dita (que se dá quando um terceiro capta a comunicação telefônica alheia, sem o conhecimento dos comunicadores) como à escuta telefônica (que ocorre quando um terceiro capta a comunicação alheia, com o conhecimento de um dos comunicadores), excluída a gravação telefônica (que consiste em um dos comunicadores gravar sua própria comunicação, sem o conhecimento do outro).<sup>429</sup> A respeito da escuta telefônica, não é porque um dos comunicadores sabe da ingerência alheia autorizada judicialmente que a lei deixa de ter incidência.<sup>430</sup>

Fica excluída, como se percebe, a gravação clandestina, “não porque o comunicador não possa gravar sua comunicação, senão porque não existe lei disciplinando como deve dar-se a gravação, quando é cabível, quais crimes, quais pressupostos, quanto tempo, em quais processos poderia ser utilizada etc”.<sup>431</sup>

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, entende que a captação de conversa entre presentes, por meio de fita magnética, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento dos demais, é admissível *pró réu*, por haver exclusão da ilicitude da conduta, pela legítima defesa, exercida pela vítima de concussão.<sup>432</sup>

Mas para a caracterização da legítima defesa alguns pressupostos indispensáveis devem fazer-se presentes. Efetuar a gravação para depois servir de prova mais se assemelha à conservação de dados do que à repulsa a ataque ilícito. Por isso o raciocínio mais adequado é de *Carbosa Moreira*, ao adotar a preponderância de interesses. Defende a prevalência do direito de provar a inocência sobre o interesse de

---

provocada pela criminalidade organizada”. BOSCH, Nikolaus. *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 84.

<sup>429</sup> CERVINI, Raúl. GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*. São Paulo: RT, 1997, p. 104.

<sup>430</sup> CERVINI, GOMES, op. cit. p. 96.

<sup>431</sup> GOMES, Luiz Flávio. PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 281.

<sup>432</sup> HC 74.678/SP, HC 75.261/MG e RE 212.081/RO.

proteção que inspira a norma proibitiva das provas ilícitas, pois não interessaria ao Estado a condenação de um inocente, que implicará talvez a impunidade do verdadeiro culpado.<sup>433</sup>

Como avaliar a extensão e eficácia do princípio contra a auto-incriminação se o acusado, a quem se garantiria a proteção, tem os passos vigiados diuturnamente, especialmente com o crescimento das modalidades de vigilância? Na realidade, as novas técnicas de investigação contribuem muito para o enfraquecimento do princípio contra a auto-incriminação. O investigado não pode defender-se porque não sabe que é objeto de investigação, tampouco justificar-se, uma vez que o desconhecimento lhe impede. O indivíduo pode estar sob investigação sem saber e colhe-se a prova validamente. O interrogatório se torna um grande detector de mentiras, porquanto se destina à confirmação, pelo acusado, das provas colhidas por outros modos.

A escuta telefônica converte-se em uma forma indireta de obtenção de confissões inconscientes, frustrando-se a garantia do princípio *nemo tenetur se detegere*. Constatase que a proteção conferida pelo princípio contra a auto-incriminação não é tão profunda, “*in the sense that it is absolute and impenetrable*”.<sup>434</sup> Mediante ordem judicial é possível interceptar a comunicação entre o acusado e terceiros, sem necessidade de informá-lo sobre o direito de permanecer calado, cuja efetivação importaria na inocuidade da prova a ser obtida.

Ada Pellegrini Grinover, com esteio em Grevi, já constatara a relatividade do princípio:

“Deve-se observar, ainda, que o princípio *nemo tenetur se detegere* não se entende aplicável, pela doutrina dominante, às interceptações: nestas, o sujeito não está em confronto direto com a autoridade, não é por ela solicitado a responder, nem sofre pressões de qualquer espécie, já que não há constrição no telefonema e o instrumento é utilizado na mais ampla liberdade. O direito ao silêncio do réu ou do indiciado tem como finalidade preservar sua liberdade moral frente à autoridade”.<sup>435</sup>

<sup>433</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, p. 147, out./dez., 1996.

<sup>434</sup> UVILLER, H. Richard. Self-incrimination by inference: constitutional restrictions on the evidentiary use of a suspect's refusal to submit to a search. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 81, n. 1, p. 68, summer, 1990.

<sup>435</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1982, p. 200.

A Lei nº 9.296/96 não cuidou do dever de sigilo de um dos interlocutores da comunicação telefônica e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, a título de segredo profissional ou de Estado, assim como da preservação da intimidade. Tratou apenas do segredo de justiça, como se pode depreender do art. 8º.

Isso não significa que a proteção constitucional sobre os diálogos do acusado é suprimida integralmente. Onde o princípio contra a auto-incriminação não incide, poderá haver a proteção por outros direitos de caráter material, tal como a intimidade. O Supremo Tribunal Federal já reputou ilícita a gravação de comunicação telefônica própria, sem ciência do interlocutor, por violação da privacidade,<sup>436</sup> muito embora siga uma tendência de não reconhecer a nulidade do processo se a condenação estiver fundada em outras provas.<sup>437</sup>

Caso ocorra a gravação sub-reptícia do interrogatório do indiciado ou acusado, feita pela autoridade pública, é contrariada a regra de advertência quanto ao direito ao silêncio, garantido constitucionalmente.<sup>438</sup> Nas demais hipóteses, tratando-se de conversa privada, cuja gravação é efetivada sem conhecimento do acusado, a prova é ilícita, não porque deixou de adverti-lo sobre o direito de permanecer calado, mas por constituir atentado à vida privada, que também goza de proteção. A intimidade não deve ser encarada por limite genérico e intransponível, mas sob o peculiar aspecto do direito à reserva (proteção contra a divulgação do conteúdo íntimo). Assim, não existindo o caráter de privacidade ou a obrigação legal de guardar sigilo, a gravação da conversa pode ser empregada como prova.<sup>439</sup> É certo que dificilmente uma conversa telefônica contém segredos. Estes costumam ser monopolizados na esfera de conhecimento de uma única pessoa. Quando muito, captam-se diálogos de caráter privado. Entretanto, sempre que a interceptação telefônica consistir em violação da intimidade ou de segredos, a prova produzida não será valorada no processo.

<sup>436</sup> AP 307/DF.

<sup>437</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. Disponível na internet: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dpp0013.html>.

<sup>438</sup> MOURA, op. cit. <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dpp0013.html>.

<sup>439</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 220.

## 10.7 INVESTIGAÇÃO OCULTA

As investigações ocultas, embora de rotineira ocorrência, foram objeto de regulamentação legal recentemente. A Lei nº 10.217/01, que regula os meios de prova e procedimentos investigatórios que versam sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo, permitiu, pela primeira vez, a adoção pelos órgãos de investigação, em qualquer fase da persecução criminal, da infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. Estabeleceu-se que a autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

A nova Lei de Entorpecentes (Lei nº 10.409/02) igualmente autoriza, em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes nela previstos, mediante autorização judicial e ouvido o representante do Ministério Público, a infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações.

A introdução das investigações ocultas, mediante agentes infiltrados, gera uma situação paradoxal. Caso o agente público se finja passar por outra pessoa para obter declarações incriminatórias do acusado, durante o período de custódia, a prova será imprestável.<sup>440</sup> Mas se a prova for obtida nos círculos criminosos, através do mesmo policial que agora se encontra infiltrado na organização, atribui-se valor a ela.

Não é porque se trata de criminalidade organizada que há a derrogação de alguns direitos processuais. Em verdade, a diferença se deve ao fato de, na delegacia, o policial figurar como legítimo instigador da confissão, ao passo que o agente infiltrado simplesmente favorece a ocorrência de um crime previamente engendrado, em situação análoga ao flagrante esperado, cuja validade jurídica é reconhecida amplamente. A infiltração do agente tem por objetivo colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas pelas associações e, não, cometer delitos cuja consumação está antecipadamente impossibilitada, a exemplo do flagrante preparado.

---

<sup>440</sup> HC 78.708/SP.

Independente da justificativa para o tratamento diverso, o princípio contra a auto-incriminação não se estende a investigações ocultas.<sup>441</sup> Como advertir o investigado acerca do direito ao silêncio se é justamente através do disfarce do agente infiltrado que se pretende obter prova? O êxito da investigação depende da insipiência quanto à real condição do agente infiltrado e a instrução sobre a possibilidade de fazer uso do princípio contra a auto-incriminação é golpe fatal aos interesses da autoridade policial.

## 10.8 SEGREDO PROFISSIONAL

A temática do segredo como limite à prova envolve diretamente alguns dos problemas fundamentais do processo penal: limite à prova significa, antes de mais nada, limite à apuração da verdade histórica, e pode facilmente significar, em muitíssimos casos, limite ao direito de defesa do imputado – se por certo se houver que uma das formas mais positivas da exteriorização desse direito é a de defender-se provando.<sup>442</sup> O princípio contra a auto-incriminação correlaciona-se com o segredo profissional por também ser um limite à produção de prova.

Se o princípio contra a auto-incriminação obsta a que o acusado seja compelido a colaborar para a própria condenação, o segredo profissional se encarrega da “salvaguarda das relações de confiança sobre que assenta o exercício de certas profissões ou práticas confessionais e, por essa via, a preservação da integridade da imagem das próprias profissões, como instituições indispensáveis à vida comunitária”.<sup>443</sup>

Ao lado do direito ao silêncio constitucionalmente assegurado, existe um dever de silêncio a ser respeitado por determinadas pessoas. A Constituição Federal de 1988, embora apresente caráter omissivo, não se preocupou em trazer disposições acerca do segredo profissional em seu texto, o que não torna omissivo o ordenamento jurídico a respeito do regramento da matéria. O Código Penal e Civil e os Códigos de Processo

<sup>441</sup> ROGALL, Klaus. Strafprozessuale Grundlagen und legislative probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 18, p. 850, 1987.

<sup>442</sup> GREVI, Vittorio. O segredo como limite à prova no processo penal italiano. *Ciência Penal*, São Paulo, n. 4, p. 3, ano II, 1975.

<sup>443</sup> ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 78.

Civil e Penal regulamentam o segredo profissional, procurando oferecer concatenação sistêmica às respectivas disposições legais.

Com a especialização das atividades e a complexidade da vida social, a solução de determinados problemas implica a procura de profissionais dotados de capacidade técnica específica, aos quais se confiam segredos e se revela a intimidade. Por conseguinte, tais profissionais ficam vinculados ao segredo e ao dever de mantê-lo oculto, para honrar a profissão, granjear confiança e adquirir respeito.

O advogado é a figura mais relevante em termos de segredo profissional quando o consulente é o acusado e o segredo é a confissão de um crime. Mas também o psicanalista, assim como o sacerdote podem figurar nessa relação e, em menores hipóteses, o médico.

Se o próprio acusado, ao fazer uso do direito de permanecer calado, optou por não tornar públicos fatos dos quais somente ele tem conhecimento, haveria razão plausível para que o advogado agisse de maneira contrária aos interesses do cliente, desvirtuando a garantia do silêncio utilizada pelo réu? A violação do sigilo profissional acarretaria flagrante desequilíbrio entre as partes, pois aquele que deveria fazer as vezes de protetor atuaria como acusador, desigualando a contrariedade na instrução criminal.

Em regra, os confidentes necessários não podem ser constrangidos a depor como testemunha sobre a matéria sigilosa que lhes foi confiada. No campo processual civil, a lei lhes institui um direito ao silêncio. Na seara processual penal, vigora o dever de permanecer calado. No primeiro caso, a disposição legal se dirige ao juiz, esclarecendo-o de que não pode exigir o depoimento. No segundo caso, a proibição de testemunhar é endereçada ao próprio confidente.

No direito alemão, a abstenção de declarar por parte dos profissionais é um direito e, não, um dever. Se o profissional conhece o direito de recusar-se a testemunhar e, apesar disso, violando o sigilo da profissão presta depoimento, suas declarações podem ser valoradas, porque a decisão está sujeita, exclusivamente, à esfera de responsabilidade da testemunha.<sup>444</sup>

A existência de justa causa, elemento normativo do tipo, exclui a ilicitude do crime de violação de segredo profissional. Não há deveres absolutos. Todo dever tem a

<sup>444</sup> ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. 25ª auf. München: Beck, 1998, p. 188.

sua razão e limite na utilidade social e não pode deixar de ser, portanto, relativo. Admitir o dever de sigilo profissional como absoluto é olvidar o caráter sistêmico do ordenamento jurídico, repleto de direitos e deveres que se autolimitam. Há deveres jurídicos que superam o dever de sigilo, da mesma forma que existem interesses jurídicos ou morais que cedem diante do direito ao segredo.

Normalmente, a justa causa funda-se na existência de estado de necessidade: é a colisão de dois interesses, devendo um ser sacrificado em benefício do outro; no caso, a inviolabilidade dos segredos deve ceder a outro bem-interesse.<sup>445</sup> Em determinadas situações, será preciso pesar as objetividades jurídicas em jogo para se aferir a necessidade de violar ou não o segredo profissional. Não parece lógico que a inviolabilidade dos segredos deva prevalecer sobre o bem jurídico vida, como no caso do advogado que vem a tomar conhecimento, no exercício da função, de que seu cliente está prestes a matar outrem.

A obrigação de guardar segredo profissional pode ceder em cinco hipóteses “a) quando há consentimento do interessado; b) quando o exige o bem comum; c) quando o exige o bem de um terceiro; d) quando a revelação evita um dano à pessoa interessada; e) quando poupa um dano ao próprio depositário”.<sup>446</sup> *Gonzaga* cita o exemplo do advogado que aponta o seu constituinte como verdadeiro responsável por crime pelo qual foi definitivamente condenado um inocente.<sup>447</sup> *Hungria* apresenta hipótese similar: “O advogado que revela a confissão, que lhe faz o cliente, de ter sido o autor do crime de que outrem é acusado, não incorre na sanção penal, pois um inocente não pode ser sacrificado à impunidade de um criminoso”.<sup>448</sup>

Interessa examinar a justa causa abrangente da relação que se desenvolve entre acusado e advogado.

Mesmo em caso de consentimento do réu, não existe a obrigação de depor do advogado sobre os fatos confidenciais. A Lei nº 8.906/94 estabelece como direito do advogado “recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva

<sup>445</sup> NORONHA, Magalhães E. *Direito penal*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 2, p. 197.

<sup>446</sup> GONZAGA, João Bernardino. *Violação de segredo profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 181.

<sup>447</sup> GONZAGA, op. cit., p. 182.

<sup>448</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 6, p. 266.

funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional” (art. 7º, XIX). Tal recusa, no entanto, é facultativa, cabendo ao exclusivo juízo do advogado eximir-se ou não do exercício dessa faculdade. Cuida-se de uma questão ética e para solucioná-la há o recurso ao Código de Ética Profissional dos advogados que os aconselha a “guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício”. A norma contida no mencionado Código de Ética não obsta o advogado, em termos de direito processual penal, a prestar depoimento caso queira, pois não se trata de lei, em sentido estrito, apta a impor uma obrigação.

Se a justa causa não consiste no consentimento do acusado, mas na proteção de bem jurídico alheio, pode o advogado violar o segredo profissional sem que incorra em sanções penais. Caso não haja justa causa que exclua o dever de sigilo não poderá o defensor prestar depoimento. Estando impedido de depor como testemunha, *a fortiori*, não poderá atender a pedidos de esclarecimentos que lhes dirijam as autoridades públicas sobre o que constitui a matéria de sigilo. Senão, por via indireta, o segredo profissional seria desrespeitado.

As garantias do silêncio do acusado e do sigilo profissional não constituem golpe fatal aos interesses do Estado na persecução penal. Antes disso, representam o respeito a direitos individuais em detrimento da onipotência estatal na apuração e repressão de infrações penais. Determinados interesses prevalecem sobre o da averiguação judicial por meio de testemunhos e, para salvaguardá-los, reconhece-se em favor dos respectivos titulares a faculdade de abster-se de depor.<sup>449</sup> “Ademais, via de regra, mantido para o confidente o dever de sigilo, nem por isso estará perdida a investigação criminal, porque de outros recursos, legítimos, se poderão valer os agentes do Poder Público”.<sup>450</sup> Em muitos casos, assim como é dispensável a confissão – que nada mais representa do que o saber do acusado – para se apurar o fato criminoso, de igual modo é despicienda à investigação criminal o conhecimento do advogado obtido através do réu.

<sup>449</sup> GREVI, Vittorio. O segredo como limite à prova no processo penal italiano. *Ciência Penal*, São Paulo, n. 4, p. 14, ano II, 1975.

<sup>450</sup> GONZAGA, op. cit. p. 28.

Se ao acusado se garante o direito ao silêncio e ao advogado se impõe o dever de sigilo, como conciliar o mutismo do primeiro com a revelação pelo segundo do segredo profissional, baseada na justa causa? Seria um direito ao silêncio pela metade, em que o mutismo do acusado dependeria da anuência do defensor para se fazer eficaz, uma vez que poderia este tornar notórias as palavras ouvidas da boca do réu e das quais era o único destinatário?

Pode parecer contraditório, à primeira vista, deixar ao acusado a faculdade de revelar fatos criminosos por ele praticados e não impedir que os mesmos fatos se tornem públicos quando divulgados pelo advogado que deles tomou conhecimento, ainda que sob a égide da justa causa. Teríamos a hipótese do réu que se negou a revelar confidências cujo teor foi desvendado pelo advogado que somente se inteirou dos fatos através do próprio acusado.

Isso é possível acontecer porque a proteção do segredo é de caráter material, atinente ao conteúdo das declarações, e não admite, através de outros meios, lograr a informação que se mantém oculta. Caso a proteção se restringisse ao aspecto formal, ou seja, referente à forma com que se introduziram as declarações no processo, poder-se-ia utilizar outros meios para alcançar a prova. É o que sucede com o princípio contra a auto-incriminação, que se atém ao aspecto formal da obtenção da prova, que somente pode dar-se licitamente. Para a tutela conferida ao segredo profissional não haveria nenhum significado o modo como a prova foi introduzida no processo, pois haveria uma proibição de valoração do próprio conteúdo dos elementos probatórios.

O Supremo Tribunal Federal, implicitamente, faz essa diferenciação entre proteção de direito material e formal. A distinção de tratamento mais se nota quando se encontram julgados nos quais se pleiteou a exclusão das declarações obtidas, porque não houve informação sobre o direito de permanecer calado. Alude-se claramente à teoria dos frutos da árvore envenenada, porquanto a omissão em advertir o acusado sobre o direito de permanecer em silêncio importa na desconsideração de todas as informações incriminatórias dele obtidas, assim como das provas delas derivadas.<sup>451</sup> Idêntico entendimento foi esposado em outro julgamento. Ao se reconhecer o direito do acusado em não produzir padrões gráficos que poderiam incriminá-lo, facultou o tribunal à

<sup>451</sup> HC 78.708/SP e HC 80.949/RJ.

autoridade investigante fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos onde se encontrem documentos da pessoa, para fins de comparação.<sup>452</sup> A tutela não se dirigia ao material que seria utilizado na realização da perícia grafotécnica, mas, sim, ao meio através do qual seria obtido, que violaria o princípio contra a auto-incriminação.

Podendo o advogado denunciar o réu, sob o fundamento da justa causa, como no caso em que procura salvar pessoa injustamente acusada, serão consideradas suas declarações como elemento de convicção em eventual processo em que se apure a responsabilidade criminal do confitente. Por paradoxal que pareça, a garantia do direito ao silêncio não restaria vazia se manifestasse o acusado sua vontade de permanecer calado e pudesse outrem violar esse direito, relatando fatos que não eram notórios. O princípio contra a auto-incriminação possui feição protetiva exclusivamente formal, limitando-se à regularidade dos meios através dos quais se obtém a informação, ao passo que o sigilo profissional apresenta conotação material, tutelando o conteúdo das declarações prestadas pelo acusado ao advogado. O saber do advogado, derivado do conhecimento não externado pelo réu, poderá funcionar como elemento de convicção contrário ao confitente, porque cessada a tutela do segredo profissional, da mesma forma que tem validade probatória o testemunho de terceira pessoa sobre fatos cujo conhecimento obteve diretamente do acusado. O que quer que ele tenha dito sobre seus crimes a seus amigos ou a alguma pessoa que não ostente função pública pode ser usado como prova de sua culpa se e quando o órgão acusador obtiver essa informação. Em verdade, não existe relação entre o direito de permanecer calado e o segredo profissional, não obstante ambos sejam causas da não-revelação de informações que possam prejudicar o acusado.

Diversa seria a solução em caso de revelação injustificada de segredo profissional. Nesse caso não haveria justa causa que excluísse a ilicitude do crime e, por conseguinte, estaria configurado o delito. Em assim sendo, as declarações do advogado não poderiam ser consideradas em eventual processo em que se apurasse a responsabilidade do acusado confitente, não porque violariam o direito ao silêncio utilizado pelo réu, mas porque se trataria de prova ilícita que decorre da prática de infração penal.

---

<sup>452</sup> HC 77.135/SP.

Se bem que distintas a proteção material do segredo de profissão e a proteção formal do princípio contra a auto-incriminação, extraem-se de ambas um ponto comum. Assim como do silêncio do acusado não se inferem indícios de culpabilidade, de sua insistência em preservar o silêncio profissional daquele a quem confiou o segredo também não se pode deduzir culpa. Permanecer calado consiste em direito de status constitucional e de seu pleno exercício não podem ser extraídas inferências contrárias aos interesses do réu. O sigilo profissional também é direito, de caráter infraconstitucional, cuja preservação não pode ser reputada prejudicial a quem insiste em mantê-lo. Qualquer que seja o direito assegurado, de seu exercício não decorrem sanções, sob pena de menoscabá-lo.

### 10.9 RELAÇÕES FAMILIARES

A lei proíbe o magistrado de julgar a causa em que figura como parte. Impede a atuação do promotor no processo em que o cônjuge é réu. Faculta ao acusado não produzir prova em seu prejuízo. Não deveria prever o impedimento em declarar contra os próprios parentes?

Assim como não se pode exigir a auto-incriminação do acusado, a ninguém se pode obrigar a contribuir para levar os seus familiares ao cárcere. A faculdade em não produzir prova deve-se à necessidade que a pessoa tem de confiar nos parentes mais próximos, bem como protege o interesse social da existência dessas relações de confiança no seio familiar. A proteção imediata destina-se à família, porém a previsão não deixa de ser uma desconfiança quanto à imparcialidade da testemunha. A recusa em prestar testemunho fundamenta-se no perigo de conflito pessoal entre a obrigação de falar a verdade e a tendência em falseá-la.

As testemunhas no processo penal podem recusar-se a depor se possuírem determinados laços de parentesco com o acusado: ascendente, descendente, afim em linha reta, cônjuge, ainda que desquitado, irmão, pai, mãe ou filho adotivo. Mas a recusa é condicional, porquanto, se não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias, ela se torna inaceitável (art. 206).

No processo civil, os parentes das partes são considerados impedidos de depor, salvo se exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito (art. 405). Sendo estritamente necessários, os depoimentos serão prestados independentemente de compromisso e o juiz atribuir-lhes-á o valor que possam merecer. Em acréscimo, tolera-se não depor a testemunha sobre fatos que acarretem grave dano ao cônjuge e aos seus parentes. Diferentemente do processo penal, não constitui recusa em depor, mas em prestar determinadas informações.

Constata-se que a proteção conferida ao segredo profissional é mais intensa do que a concedida à família. Enquanto há uma proibição de depor para as pessoas que devam guardar segredo, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, para os parentes do acusado existe uma faculdade em recusar a prestar depoimento ou a manifestar-se sobre determinados fatos. A proibição de depor imposta ao profissional é mera faculdade de recusar conferida aos parentes do acusado e, sem embargo, podem estes últimos prestarem voluntariamente declarações. Em virtude do sigilo profissional, não pode o advogado, médico ou sacerdote revelar os fatos de que tomaram conhecimento através do réu. A proteção do segredo é de caráter material e não se admite, através de outros meios, lograr a informação. Quanto aos parentes do réu, a proteção se restringe ao aspecto formal, pois a legislação processual disciplina a forma e as condições em que os familiares podem eximir-se de contribuir com o esclarecimento dos fatos. Caso queiram, não há empecilho a que prestem depoimento, o mesmo não sendo verdadeiro relativamente ao segredo profissional, em que a vontade do confidante é irrelevante para atribuir validade à divulgação de informações obtidas no exercício da profissão. Diferentemente do segredo profissional, não há nenhuma conduta tipificada em lei punindo a revelação de informações pelos parentes. Em decorrência, as mesmas conclusões aplicáveis ao segredo profissional não são válidas para o depoimento oriundo de parentes do acusado em confronto com o princípio contra a auto-incriminação.

Não obstante, a garantia do princípio contra a auto-incriminação, mais especificamente do direito ao silêncio, não é obstáculo a que informações fornecidas pelos parentes do acusado, obtidas por revelação deste, sejam empregadas na formação do convencimento judicial. As declarações dos familiares poderão perfeitamente ser

utilizadas no processo, mesmo se obtidas através do réu que usou da faculdade de permanecer calado. Tudo está fundamentalmente em saber se houve violação ou não de dispositivos legais e formais que definem e condicionam a aquisição da prova. E essas disposições de aquisição de prova são diferentes para o acusado, no tocante ao princípio contra a auto-incriminação, e para as testemunhas, atinentes à recusa em prestar depoimento. Uma informação revelada aos parentes, introduzida no processo sob protesto do acusado que permaneceu em silêncio, apenas será desconsiderada caso haja alguma violação às disposições que regulamentam a produção da prova pelos familiares do réu. De nada adianta argumentar ter havido uma suposta lesão ao princípio contra a auto-incriminação se a prova, contrariamente ao consentimento do acusado, não foi produzida diretamente por ele.

#### 10.10 BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS

Após a análise do relacionamento do princípio contra a auto-incriminação com alguns institutos de direito processual penal atinentes à prova, é possível distinguir o bem jurídico por ele tutelado.

Se bem que a proteção de bens jurídicos é precípua objeto do Direito Penal, como proclama *Torka*, para quem *Strafrecht ist Rechtsgüterschutz*<sup>453</sup> (Direito Penal é proteção de bens jurídicos), as normas de direito processual penal, nas quais se compreendem os princípios, também exercem essa função. Por conseguinte, o princípio contra a auto-incriminação atua na proteção de um bem jurídico certo.

A proteção conferida pelo princípio contra a auto-incriminação incide primordialmente sobre determinado bem jurídico, mas a ele não se restringe. Tal como o delito de resistência (art. 33) cujo objeto jurídico é a Administração Pública e, secundariamente, a integridade física do servidor, o princípio tutela bem jurídico específico, mas também engloba outros que se encontram na sua área de abrangência. É preciso bem distinguir as esferas de proteção, porque é possível que coexistam ou

<sup>453</sup> TORKA, Ronald. *Nachtatverhalten und Nemo tenetur – eine Untersuchung über die Grenzen "zulässiger Verteidigung" und die Relevanz des Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000, p. 156.

apareçam isoladamente e isso será relevante para se aferir a constitucionalidade ou a legalidade do procedimento de obtenção de prova. Muitas vezes todas as formalidades são respeitadas, mas se atua em área intocável pelos órgãos de persecução penal.

*Fernandes* oferece ampla gama de atuação do princípio contra a auto-incriminação e sustenta que “o segredo do acusado [...] tem relação, muito freqüentemente, com a manutenção da própria privacidade ou intimidade, nisto incluindo a dignidade, a boa fama e a liberdade de familiares, amigos e quiçá comparsas, pouco importa”.<sup>454</sup> Chega a dizer que o direito ao silêncio refere-se às garantias genéricas atribuídas ao cidadão, mais do que ao acusado, de proteger sua personalidade, imagem, intimidade ou vida privada, análogo ao segredo da correspondência e das comunicações telefônicas.<sup>455</sup>

Entre os bens jurídicos relacionados pelo autor e outros que se podem acrescer, a tutela do direito de propriedade,<sup>456</sup> a autopreservação,<sup>457</sup> a proteção contra a auto-incriminação, a defesa da família e de amigos,<sup>458</sup> a preservação da intimidade<sup>459</sup> e a proteção da liberdade de autodeterminação<sup>460</sup> são os principais fundamentos que autorizam o acusado a não colaborar na própria inculpação.

### 10.10.1- Propriedade

*Couture* preleciona estar o fundamento do princípio *nemo tenetur se detegere* no direito de propriedade. “...en cuanto establece que el dominio o propiedad comprende ‘...el derecho de impedir a los demás que se sirvan de la cosa nuestra’”.<sup>461</sup> E,

<sup>454</sup> FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Direito e dever ao silêncio. In: *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: RT, 1992, p. 316.

<sup>455</sup> FERNANDES, op. cit. p. 316-7.

<sup>456</sup> COUTURE, Eduardo J. Sobre el precepto ‘nemo tenetur edere contra se’. *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, v. 1, p. 58, ene./jun., 1943.

<sup>457</sup> TORCA, op. cit. p. 54.

<sup>458</sup> O'REILLY, Gregory W. England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, n. 85, p. 403, fall, 1994.

<sup>459</sup> MORAES, Mauricio Zanoide de. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 6, p. 136, abr./jun., 1994.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 263.

FERNANDES, op. cit. p. 318. BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 167.

<sup>460</sup> GREVI, Vittorio. Considerazioni preliminari sul diritto al silenzio dell'imputato nel 'nuovo' 3° comma dell'art. 78 C.P.P.". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 4, p. 1170, ott./dic., 1970.

<sup>461</sup> COUTURE, op. cit. p. 58.

ao final, arremata: “*La máxima 'nemo tenetur...' es, en su apariencia, un precepto que rige la lucha judicial: pero en su contenido, es un aforismo de defensa de la propiedad privada*”.<sup>462</sup>

Duas são as razões pelas quais não se pode acolher sem retoques a tese de *Couture*. O direito de propriedade aludido não teria o alcance preconizado porque somente em algumas situações o acusado impede que se sirvam da coisa sua, como se constata da análise do princípio contra a auto-incriminação em confronto com os demais institutos processuais relacionados à prova: sempre que esteja em contato com um agente público e desde que não haja permissão legal de submissão a potestade estatal. Através da busca e apreensão, documentos pertencentes ao réu podem ser introduzidos no processo; mediante a interceptação telefônica, declarações gravadas do acusado servem de fundamento à prolação de sentença condenatória; e, por meio de reconhecimento pessoal, torna-se ele objeto de prova, sem que possa erigir o direito à imagem como inviolável.

Ademais, a concepção de propriedade privada vem sofrendo transformações ao longo dos anos, bastando se reportar à própria Constituição, cujo art. 5º, XXII assegura o direito de propriedade, com a ressalva, no inciso seguinte, de que deverá atender a sua função social. Se a inexigibilidade de colaboração do acusado tivesse por fulcro a propriedade, em determinadas hipóteses, para atender o interesse social de repressão da criminalidade violenta e organizada, o princípio contra a auto-incriminação poderia sofrer derrogações, impondo-se o dever de cooperar na própria condenação. Isso não se verifica, porque, independentemente da infração praticada, o direito de permanecer calado e suas variantes podem ser invocados, sem exceções.

### 10.10.2 Autopreservação

A reação espontânea, após um comportamento social em geral condenável, orienta-se em evitar as decorrências do processo penal, em última análise, a imposição de uma pena e, como conseqüência, um sentimento negativo. Esse fenômeno recebe o nome de instinto de autopreservação (*Selbstbegünstigungstrieb*).<sup>463</sup>

<sup>462</sup> COUTURE, op. cit. p. 59.

<sup>463</sup> TORKA, op. cit. p. 54.

Ninguém por natureza coopera com sinceridade na realização do próprio mal.<sup>464</sup> O homem, por necessidade inata, aspira a não piorar sua própria condição; sempre tende a melhorá-la. Por isso, quando do conteúdo de suas palavras puder derivar um mal para si, entende-se claramente que, a despeito da verdade, estará propenso a dizer aquilo que o favorece, ao invés do que o prejudica. Do mesmo modo, tende a não revelar as más ações, o mau comportamento, tentando esquecê-los na obscuridade mediante o silêncio. Viola todos os padrões naturais exigir de um acusado seja ele seu próprio acusador.

Assim como a defesa penal, o princípio contra a auto-incriminação também é instintivo, porque se destina a preservar a existência do acusado da maneira mais incólume possível. Afirmar ser o fundamento do princípio o instinto de autopreservação não auxiliaria muito na discriminação do bem jurídico tutelado, porquanto todo comportamento do acusado no processo teria esse embasamento. Assegurar o direito ao silêncio, constituir defensor, permitir a interposição de recurso, fazer-se presente nas audiências, ser intimado de todos os atos processuais seriam ações alicerçadas na auto-preservação. Se bem que é inegável a presença de traços instintivos de autoconservação no princípio *nemo tenetur se detegere*, eles também se fazem presentes na ampla defesa que se disponibiliza ao réu. Por isso, o instinto de preservação melhor explica o motivo por que ninguém pode ser condenado sem a ampla defesa do que exprime a razão pela qual não se exige do acusado colabore na própria condenação.

### 10.10.3 Auto-incriminação

Por tautológico que pareça, é necessário averiguar se o princípio contra a auto-incriminação tem por objetivo impedir a auto-incriminação involuntária.

É certo que o direito a não auto-incriminar-se refere-se somente às contribuições do acusado, ou de quem acabe assumindo essa posição, que possam implicar a condenação penal. Mas não é tão claro que apenas as contribuições do acusado reveladoras de conteúdo diretamente incriminatório estão protegidas pelo princípio *nemo*

<sup>464</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: (*sine nomine*), 1937, p. 132.

*tenetur se detegere*. O prefixo “auto” anteposto ao substantivo “incriminação” não induz a restrição que se pretende dar ao princípio.

O silêncio, entre as inúmeras situações em que o acusado se omite em colaborar com as autoridades perseguidoras, é uma forma de evitar a auto-incriminação involuntária, ao mesmo tempo em que atua com maior alcance. Tanto se silencia para não revelar fatos prejudiciais a si próprio, quanto permanece calado a fim de não incriminar um parente ou um amigo. O integrante de uma quadrilha, a fim de não revelar a identidade dos comparsas ou fornecer indícios comprometedores contra os co-participes, opta por manter-se silente quando interrogado, visando a uma promoção na hierarquia criminal ou por temer represálias por parte dos cúmplices.<sup>465</sup>

Não se vê, nitidamente, o risco de auto-incriminação. É possível argumentar que, mesmo se o acusado não houver praticado o crime e se calar para proteger outrem, existirá risco de ser condenado e, por conseguinte, enquanto procura evitar o prejuízo de terceiro também tenta proteger-se da melhor forma que não desfavoreça aquele que tenciona salvaguardar.

Mas há situações em que a auto-proteção é afastada sem nenhuma dúvida. No exemplo de *Altavilla*, citado por *Lourival Vilela Viana*, indica-se o clássico caso do adúltero que é surpreendido em casa da amante e se deixa condenar como ladrão, para não comprometer a mulher. Salieta que o acusado não será capaz de cometer o heroísmo de acusar-se por furto e, por isso, prefere silenciar.<sup>466</sup> *In casu*, ao permanecer calado, o suposto ladrão não se defendeu da imputação por crime de furto, apesar de sequer ter imaginado em subtrair algum pertence do local onde foi detido, a indicar que o silêncio, nem sempre, oculta a culpabilidade.

Pode o acusado recusar-se a fornecer padrões gráficos para comparação, a fim de identificar a autoria de uma impressão, o mesmo que tenha a plena convicção de que não foi o autor do crime. É até possível que, posteriormente, se consiga realizar a prova técnica através de amostras obtidas em arquivos públicos e se conclua que o acusado, efetivamente, não fora o autor do *falsum*. Em nenhum momento, houve risco de auto-

<sup>465</sup> BECO, Réginald de. BOULOC, Bernard. LEGROS, Pierre. *Le droit au silence et la détention provisoire*. Bruxelles: Bruylant, 1997, p. 21-3.

<sup>466</sup> VIANA, Lourival Vilela. *Da confissão penal*. Belo Horizonte: Velloso e Cia. Ltda, 1953, p. 50.

incriminação, mas fez ele uso da liberdade em não colaborar com as autoridades a que se atribuí a persecução penal.

Muitas são as hipóteses em que o uso do direito de permanecer calado não corresponde à culpabilidade da pessoa que se cala, embora não sejam poucas as situações em que o silêncio visa a encobrir a responsabilidade criminal.

“Assim, muita vez, poderá convencer-se de estar o silêncio longe de significar a falta de defesa de um culpado, que não sabe como justificar-se, traduzindo, antes, o sacrifício de quem não trepida em arcar com a responsabilidade da falta de outrem, movido por sentimentos dos mais puros, como a gratidão, a afeição, o amor, a amizade, a dedicação”.<sup>467</sup>

Em conseqüência, a omissão do acusado em contribuir para o esclarecimento dos fatos, lastreada na suposta tutela do princípio contra a auto-incriminação, serve a outras finalidades, apesar do precípua objetivo de autoproteção que o princípio *nemo tenetur se detegere* comporta.

Por paradoxal que pareça, o princípio contra a auto-incriminação não se reduz à tutela contra a auto-incriminação.

#### 10.10.4 Proteção da família e de amigos

Um simples golpe de olhos sobre a expressão “auto-incriminação” indica dirigir-se ao próprio acusado a proteção conferida pelo princípio. Contudo, nele não se esgota.

Não há dúvida de que em inúmeras situações o acusado omite-se em colaborar com as autoridades persecutoras para não revelar fatos prejudiciais a um parente ou a um amigo. O exercício do direito de permanecer calado ou de alguma manifestação do princípio contra a auto-incriminação não está condicionado à informação prévia de sua finalidade. Faculta-se ao acusado calar ou omitir-se em produzir prova sem se questionar os reais motivos de sua conduta.

É possível que o acusado opte por não colaborar na produção da prova para

<sup>467</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, v. 3, p. 17.

simultaneamente proteger-se e proteger terceira pessoa, embora não seja esse o verdadeiro escopo do princípio contra a auto-incriminação. Ele permite ao réu sacrificar-se para arcar com a responsabilidade da falta de outrem, movido por gratidão, afeição, amor, amizade e laços familiares. Porém, trata-se de um efeito reflexo não vedado por lei, logo, tolerado, mas incapaz de atribuir ao princípio o papel de tutelar parentes e amigos do acusado, não obstante, excepcionalmente, exerça essa função.

#### 10.10.5 Intimidade

A Constituição Federal de 1988, a par de garantir o direito ao silêncio, também assegura o respeito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), da liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI), da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X). Apresenta caráter eminentemente protetor e garantidor do indivíduo. É um *nonsense* imaginar que tais garantias poderiam ser relegadas ou simplesmente esquecidas, no processo penal, obrigando-se ao acusado a confissão do crime ou negando-lhe a faculdade de calar-se. Se a Constituição Federal tem como invioláveis diversos bens jurídicos, entre eles a intimidade, não há dúvidas de que não subsiste para o acusado prejuízo por ter feito uso dessa inviolabilidade.

De acordo com *Carvalho*, o direito à intimidade ou direito à vida privada se desdobra em diversos outros direitos, ampliando, assim, seu raio de proteção ao homem. Estão compreendidos o direito ao sigilo bancário, sigilo fiscal, sigilo de dados, sigilo telefônico, sigilo de correspondência, proibição de intervenções corporais (tais como a extração de sangue para exame de DNA, captação de ar para verificação de dosagem alcoólica, intervenções cirúrgicas para encontrar evidência de crime etc.).<sup>468</sup>

Considerável parte da doutrina atribui ao princípio *nemo tenetur se detegere* a função de salvaguardar a intimidade do acusado. *Moraes e Moura* afirmam que se insere no plano do direito material, no direito à intimidade, que, por sua vez, enquadra-se entre os direitos que constituem atributo da personalidade.<sup>469</sup> Em igual sentido, *Suannes* ensina

<sup>468</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 24.

<sup>469</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 6, p. 136, abr./jun., 1994.

ser o direito de permanecer calado um desdobramento do direito de estar só, do direito à intimidade.<sup>470</sup> Idêntica é a posição de *Fernandes*, para quem “o direito ao silêncio, garantido ao preso, ao indiciado solto, ao acusado e ao réu, não se insere somente na autodefesa. Segue adiante, incrustando-se na própria proteção da intimidade (ou privacidade), a exemplo da proteção outorgada a qualquer cidadão”.<sup>471</sup> Para *Marco Antonio de Barros*, “o que se protege, na realidade, é o direito à intimidade, pertencente a todas as pessoas, incluindo-se a intimidade dos investigados, dos acusados e daqueles que tiveram suprimida sua liberdade”.<sup>472</sup>

Não há dúvida de que

“o direito da verdade, por parte da justiça pública, tem um limite intransponível: o respeito ao fôro íntimo, ao recesso da consciência dos acusados. Nenhuma consideração, nem mesmo a do interesse da repressão contra o crime, pode abstrair esse mandamento da Cultura e indeclinável condição da liberdade pessoal”.<sup>473</sup>

Entretanto, malgrado a imbricação entre a intimidade e a involuntária auto-incriminação, “*there may be invasions of privacy without self-incrimination and there may be cases of self-incrimination which are not caused by an invasion of privacy*”.<sup>474</sup> Apesar de ser possível não produzir prova incriminatória e, concomitantemente, preservar a intimidade, não é este bem jurídico que justifica a existência do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Nos Estados Unidos, a proteção do *privilege against self-incrimination* não se resume a seu aspecto formal. Caso os documentos constituam papéis particulares, incide o privilégio, no sentido de evitar sejam admitidos como prova, em face do conteúdo revelado.<sup>475</sup>

<sup>470</sup> SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 263.

<sup>471</sup> FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Direito e dever ao silêncio. In: *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: RT, 1992, p. 318.

<sup>472</sup> BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 167.

<sup>473</sup> HUNGRIA, Nélson. Confissão (limite do direito à), p. 45. In: *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Coord. J.M. de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Borsóti, v. XI, 1972, 423 p.

<sup>474</sup> Tradução livre: “podem existir invasões de privacidade sem auto-incriminação e pode haver casos de auto-incriminação que não são causados por uma invasão de privacidade”. ROXIN, Claus. Involuntary self-incrimination and the right to privacy in criminal proceedings. *Israel Law Review*, Jerusalem, v. 31, p. 74, winter-summer, 1997.

<sup>475</sup> ISRAEL, Jerold H. LAFAVE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993, p. 232.

No Brasil, a vedação de que eventuais dados privados sejam introduzidos no processo não decorre da proteção do atributo jurídico do princípio contra a auto-incriminação, mas, sim, do conteúdo dos dados, os quais podem ter cunho íntimo. Tanto não se protege a intimidade que o acusado que expõe voluntariamente seus segredos a outrem, capazes de incriminá-lo, pode invocar o princípio contra a auto-incriminação no curso do processo a respeito dos fatos confidenciais. De igual modo, o réu pode recusar-se a participar da reconstituição do crime, cujo cometimento foi presenciado por uma multidão de pessoas, sem que se antevêja lesão à intimidade. Um eloqüente e famoso orador, acusado do cometimento do delito de corrupção ativa, tem a faculdade de não fornecer padrões de voz para confrontação, ainda que seja de conhecimento público seus timbres e tons vocálicos.

Grinover assevera que “o valor constitucionalmente protegido pela vedação das provas ilícitas, no caso das interceptações telefônicas, é a intimidade. Rompida esta, legitimamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar”.<sup>476</sup> Semelhante raciocínio não se aplica ao princípio contra a auto-incriminação. As declarações incriminatórias obtidas ilegalmente durante o interrogatório, porque não informado o direito de permanecer calado, não poderão ser valoradas, ainda que o teor delas não constitua mais segredo, sem prejuízo de que, por outra forma, as informações sejam inseridas no processo.

Não merece reservas a conclusão de Bosch, para quem “*der nemo tenetur-Grundsatz ist kein umfassendes Kommunikationsgrundrecht im Sinne eines Rechts auf Privatheit, sondern schützt nur in einem im einzelnen noch zu bestimmenden Umfang vor staatlicher Einflussnahme auf den Inhalt der Kommunikation*”.<sup>477</sup>

#### 10.10.6 Autodeterminação

O princípio contra a auto-incriminação possui uma construção rigorosamente

<sup>476</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 17, p. 126, jan./mar., 1997.

<sup>477</sup> Tradução livre: “o princípio nemo-tenetur não é um abrangente direito fundamental à comunicação no sentido de um direito à privacidade, mas, sim, apenas protege uma específica e ainda a ser determinada extensão da influência estatal sobre o conteúdo da comunicação”. BOSCH, op. cit. p. 89, (nota de rodapé).

formal. Não importa o conteúdo daquilo que se oculta, seja público ou privado, reservado ou notório. Estabelece-se uma obrigação de não fazer às autoridades persecuidoras, que deve mostrar-se eficaz independentemente do teor do que será ou não revelado, e uma faculdade de agir ao acusado.

O princípio contra a auto-incriminação pressupõe o respeito à voluntariedade do réu. Determinadas provas somente podem ser obtidas com o seu assentimento e o consentimento converte-se no mediador privilegiado para lograr a necessária tutela da autonomia pessoal. Se não há espaço para o réu agir voluntariamente, tornando-se despreciando o consentimento, não haverá igualmente espaço para a tutela do princípio contra a auto-incriminação. Se não pode escolher entre submeter-se ou não ao reconhecimento pessoal, para cuja consecução se dispõe a condução coercitiva, decerto não poderá agir voluntariamente. Se não lhe é facultado recusar-se à revista pessoal, em havendo fundada suspeita de que oculta arma proibida, com certeza seu consentimento e, em consequência, sua conduta voluntária tornam-se dispensáveis à execução do ato.

Por outro lado, a condução coercitiva para o interrogatório não lhe retira a faculdade de decidir se prestará ou não declarações, tampouco a ordem judicial para que expire ar no etilômetro não suprirá o movimento de seus pulmões. Nessas hipóteses, a coerção estatal não consegue superar a oposição volitiva do réu para retirá-lo do mutismo diante das perguntas formuladas ou da inércia em colaborar na produção da prova. E como não há previsão de sanções para a omissão do acusado, depreende-se que o princípio contra a auto-incriminação protege a liberdade de decisão e o resultado desse decidir, que se traduz na opção em realizar ou não uma conduta ativa de cunho probatório.

O respeito pela vontade do acusado significa que, dentro de certos limites, a ordem jurídica reconhece um direito de ponderação de interesses, um direito de autodeterminação digno de consideração. Um interesse de caráter eminentemente pessoal, posto que valha como interesse comunitário e, portanto, considerado na ponderação ético-jurídica de todos os interesses.

O direito à autodeterminação é concretização do direito da personalidade e permite a toda pessoa decidir livremente ou conforme à sua vontade sobre si ou suas

atividades.<sup>478</sup> *Bosch* sustenta ser a finalidade do princípio, muitas vezes, a proteção da liberdade pessoal de decidir livremente (*Willensentschliessung*) e a tutela da autodeterminação de uma decisão em colaborar no processo penal.<sup>479</sup> *Kopf* não destoa desse entendimento, porquanto o princípio contra a auto-incriminação zela pelo respeito ao direito do acusado de decidir voluntariamente (*Willensentschliessungsfreiheit*).<sup>480</sup>

A Constituição resguarda a liberdade de consciência (art. 5º, VI) e autoriza ao indivíduo se abstenha de fazer, movido por convicções filosóficas, bem como veda seja sempre obrigado a agir, salvo na existência de lei (art. 5º, II) compatível com a *Charta Magna*. “Como ser ético-espiritual, o Homem é chamado a determinar-se e desenvolver-se em liberdade”.<sup>481</sup> A legitimação formal do princípio contra a auto-incriminação está no art. 5º, LXIII da Constituição Federal. A legitimação material se ancora na ponderação dos interesses perseguidos pelo Estado em face da autodeterminação pessoal do réu ou de quem ostente essa condição.

Prova de que a proteção imediata do princípio contra a auto-incriminação é a liberdade de autodeterminação se encontra na tutela penal do direito ao silêncio. Coagir o acusado a declarar constitui crime de constrangimento ilegal, cujo objeto jurídico é a liberdade pessoal e, não, a violação de segredo, a proteção da intimidade ou da propriedade privada. O bem jurídico protegido é a liberdade de decisão (*Freiheit der Willensentschliessung*) e a liberdade de realização da vontade (*Freiheit der Willensbetätigung*),<sup>482</sup> que nada mais representam do que o respeito à autodeterminação.

Tendo o acusado o direito de se autodeterminar no processo, de decidir se colabora ou não nos atos probatórios, não implica isso detenha total controle sobre os dados que serão introduzidos. O princípio contra a auto-incriminação se limita às contribuições cognoscitivas decorrentes de uma conduta ativa do acusado, porque somente através de uma ação pode ele fornecer prova. Embora o princípio seja deduzido da liberdade de autodeterminação, devem ser observadas as restrições que seu objeto de

<sup>478</sup> FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 75.

<sup>479</sup> BOSCH, op. cit. p. 352.

<sup>480</sup> KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren – Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*. Aachen: Shaker, 1999, p. 54.

<sup>481</sup> ANDRADE, Manoel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal – contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 409.

<sup>482</sup> ANDRADE, op. cit. p. 486.

proteção sofre em face do tipo e modo de obtenção da informação. O princípio proíbe a produção ou a valoração de provas obtidas através de determinados métodos. A plena liberdade de autodeterminação impediria que informações granjeadas sem o conhecimento ou contra a vontade do acusado fossem utilizadas, conferindo-lhes proteção tão ampla que teria o indivíduo domínio ilimitado sobre os dados a si relacionados. Como verdadeiro Midas, tudo que tocasse seria inutilizável no processo, com o que não se pode concordar.

O *Bundesverfassungsgericht*, apreciando uma causa não-penal, decidiu que o direito à autodeterminação garante ao indivíduo, em princípio, a condição de decidir por si mesmo quando e dentro de quais limites as manifestações condizentes à sua vida devem-se tornar públicas.<sup>483</sup> Não é por outra razão que não poucos autores apregoam estar sendo tutelada a intimidade através do princípio *nemo tenetur se detegere*. A confusão deve-se à vinculação da intimidade e da liberdade de autodeterminação à personalidade. Malgrado se incluam na imprecisa noção de direitos da personalidade, possuem autonomia. É indubitosa a estreita relação entre o direito à autodeterminação e o direito à intimidade. Em ambos se extrai do contato com o indivíduo as informações que serão utilizadas no processo. No entanto, o direito à intimidade diz respeito às informações que se encontram na esfera íntima e privada, ao passo que a liberdade de autodeterminação engloba todos os dados da área de conhecimento do acusado.

A liberdade de autodeterminação não tem alcance abrangente na seara criminal a ponto de impedir se proceda à exclusão de todas as provas contrárias ao interesse do acusado. Como anteriormente visto, muitas provas são obtidas licitamente sem que haja necessidade de prévio consentimento.

Em verdade, o princípio contra a auto-incriminação preserva a liberdade de autodeterminação, observadas algumas condições. Em primeiro lugar, está condicionado à atuação coerciva do Estado. Sempre que o poder estatal tiver a faculdade de agir para obter a prova, mediante o emprego de força, em restritas hipóteses legalmente previstas, não haverá espaço para a tutela, como resultado da supremacia do poderio e do interesse do Estado sobre o indivíduo.

---

<sup>483</sup> BOSCH, op. cit. p. 49.

Esse condicionamento do princípio contra a auto-incriminação observa dois parâmetros. Em primeiro lugar, a proteção aplica-se exclusivamente à relação entre o indiciado ou o acusado e o Estado, representado pelas autoridades policial ou judiciária, com a intenção de reforçar a liberdade moral e de impedir alguma restrição a ela. O raio de incidência do princípio em questão diz respeito às relações do autor do fato diretamente com os órgãos da persecução penal,<sup>484</sup> que atuam em nome do Estado. Por conseqüência, excluem-se as relações privadas entre o acusado e terceiros pessoas, tais como parentes, nas quais as informações incriminatórias tornadas conhecidas podem ser inseridas no processo mesmo contra a vontade do réu.

Na linha de vinculação à atividade estatal, em segundo plano colocam-se as situações de colheita de prova que prescindem do consentimento do acusado. O sacrifício de alguns direitos são próprios das restrições disciplinadas no âmbito e para os fins típicos do processo penal, através de um sistema de regras e exceções. Basta lembrarmos das interceptações telefônicas, das buscas domiciliares e da apreensão de bens, que, em contraste com a inviolabilidade da intimidade, da casa e da propriedade, são exceções à regra.

As derrogações excepcionais dos direitos fundamentais justificam-se em processo penal por duas finalidades: obter provas ou garantir sua conservação e assegurar a aplicação da lei penal mediante a execução da sentença.<sup>485</sup>

Havendo previsão legal de produção probatória mediante o emprego de coerção estatal ou de procedimentos ocultos, a exemplo da busca pessoal e domiciliar e da infiltração de agentes, a manifestação de vontade do réu, contrária à inserção no processo de elementos incriminadores, é absolutamente irrelevante diante dos poderes conferidos às autoridades estatais de colherem elementos úteis à formação do convencimento judicial. A interceptação telefônica e a quebra dos sigilos bancário e fiscal possibilitam a obtenção de prova sem o conhecimento do acusado; através da decretação da prisão preventiva, por conveniência da instrução criminal, priva-se o imputado da liberdade, mesmo contra sua vontade, para facilitar a inserção de provas no processo; decreta-se a prisão temporária quando imprescindível às investigações do

<sup>484</sup> CERVINI, Raúl. GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*. São Paulo: RT, 1997, p. 97.

<sup>485</sup> AMELUNG, Knut. Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 15/16, p. 739, 1987.

inquérito policial;<sup>486</sup> documentos podem ser apreendidos na residência do réu; dados de informática são passíveis de interceptação e se permite a retirada do acusado da sala de audiências se o juiz verificar que sua presença influirá no ânimo da testemunha (art. 217 do Código de Processo Penal). Se diversas provas referentes ao acusado são introduzidas no processo, independentemente de sua vontade, é inexato afirmar possuir ele controle sobre todos os dados a si relacionados. Repise-se que a liberdade de autodeterminação não tem alcance abrangente no processo penal a ponto de conferir a ele soberania sobre a produção de todas as provas e sobre a decisão de conveniência acerca de sua utilização no processo. Assim, os atos de coação processual penal, entendida como "restrição de direito, ordenada ou permitida por lei, com observância das garantias constitucionais, e estatuída, ou decretada por autoridade competente, para acautelar satisfação ao escopo específico do processo",<sup>487</sup> são empecilhos à invocação do princípio contra a auto-incriminação, ao lado dos procedimentos ocultos de investigação que se desenvolvem à sombra do réu.

O condicionamento da autodeterminação não cessa na atuação estatal. O direito penal também fornece limites ao princípio contra a auto-incriminação através da tipificação de crimes. Determinadas condutas ativas executadas sob a alegação de estarem acobertadas pelo princípio, caso tipificadas como infração penal, não beneficiam o réu no suposto direito de não colaborar para a própria condenação, como visto no capítulo anterior.

O princípio não representa apenas a defesa contra determinados métodos de interrogatório, como originariamente concebido no *common law*, idéia que ainda hoje persiste. Consoante assevera Donald Dripps, "*the privilege reflects, rather than causes, the legal determination to eradicate investigative brutality. If this is so, rules aimed directly at abusive questioning suffice as long as the political will exists to enforce them*".<sup>488</sup>

<sup>486</sup> O Supremo Tribunal Federal, na única oportunidade em que apreciou inconstitucionalidades na prisão temporária (ADIn 162-1/DF) indeferiu a liminar requerida. No entanto, não se questionou se poderia a prisão ser utilizada para fins de investigação policial e a prática vem demonstrado que não há inconstitucionalidade a ser declarada.

<sup>487</sup> PITOMBO, Sérgio M. Moraes. Breves notas em torno da coação processual penal. *Ciência Penal*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 108, 1970.

<sup>488</sup> Tradução livre: "o privilégio reflete, mais do que as causas, a determinação legal para erradicar brutalidade nas investigações. Sendo assim, as normas apontam diretamente para os interrogatórios

A concepção do *common law* justifica-se, porque há uma visão bastante restrita do princípio contra a auto-incriminação, que se reserva à produção de prova oral e, excepcionalmente, à apresentação de alguns documentos. Praticamente identificando-se o *privilege against self-incrimination* com o direito de permanecer calado, somente no interrogatório poderia ter aplicação, sendo razoável esperar visasse a evitar abusos e excessos durante a inquirição.

No direito brasileiro, em que o princípio contra a auto-incriminação engloba ações verbais e não-verbais, a lição de Direito Comparado é inadequada. Alguns métodos de obtenção de prova (reconstituição de crime, fornecimento de sinais gráficos para prova pericial etc) são perfeitamente lícitos e não violam nenhum direito constitucionalmente assegurado. Mesmo assim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a recusa em sujeitar-se a essas espécies de prova, posto que o método de obtenção seja legítimo. A única justificativa para isso é a tutela da liberdade de autodeterminação, por permitir ao acusado selecionar a conduta que irá adotar no curso do processo, sem nenhum tipo de questionamento.

Em síntese, o princípio *nemo tenetur se detegere*, que contém evidente caráter de autopreservação, visa a resguardar, em maior escala, o acusado contra a auto-incriminação, mas também tutela sua intimidade e, por via reflexa, pessoas próximas a ele. Todos esses bens jurídicos dignos de proteção, no entanto, não estão presentes sempre que se invoca o princípio. Presente está continuamente a liberdade de autodeterminação do acusado, que lhe permite decidir se coopera ou não na produção de prova, tenha ou não conteúdo incriminatório.

Por aplicar-se ao campo probatório do processo penal e por resguardar a liberdade de autodeterminação, entendida esta como a faculdade de escolha da conduta processual a se adotar atinente à produção de prova, o princípio contra a auto-incriminação mais se assemelha a um direito de não-colaboração do acusado com as autoridades perseguidoras. Porém, prefere-se ainda empregar a locução "auto-incriminação", não só porque é a hipótese que com maior freqüência surge para justificar

---

abusivos, tanto quanto a vontade política existe para fazerem ser cumpridas. DRIPPS, Donald A. Against police interrogation – and the privilege against self-incrimination. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 78, n. 4, p. 713, spring, 1988.

a invocação do princípio, mas também porque se destina a delimitar a área em que incide – criminal – e os fins a que se deve dirigir: evitar a condenação criminal.

As previsões contidas em normas infraconstitucionais que limitam e oferecem os reais contornos do princípio contra a auto-incriminação não constituem atentado contra a Constituição da República. Também na *Charta Magna* há previsão da admissibilidade da prisão provisória, da interceptação de comunicações, da prova lícita etc, que fazem divisa com o princípio contra a auto-incriminação e fixam os limites de sua abrangência. Ele não consiste em direito absoluto e, assim como os demais, está delimitado por outros interesses. Será aplicado apenas aos casos em que seus pressupostos estão configurados: uma relação que se desenvolve perante autoridade pública em que resta para o acusado a decisão em desempenhar ou não uma conduta ativa voltada à produção de prova no processo penal.

Fora dessas circunstâncias, o princípio contra a auto-incriminação não é dotado de vigor. Assim, se não há voluntariedade do réu em decidir sobre a produção da prova ou se a prova produzida não depende de um fazer ativo, mas de mera tolerância a condutas de terceiros; se o comportamento ativo direcionado à produção de prova constitui infração penal tipificada em lei; se a prova foi fornecida a quem não ostenta o atributo de autoridade pública, todas essas são circunstâncias que afastam a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*. Constituem circunstâncias que revelam os reais contornos do princípio contra a auto-incriminação no direito brasileiro.

A tentativa de se construir um sistema processual de apuração de crimes e da responsabilidade penal sem a colaboração do acusado e voltado a evitar a increpação própria apenas aparentemente deu certo. Sob a base de uma prática amplamente difundida, perdeu-se ou nunca se adquiriu o vínculo finalístico do princípio com a exigência de risco de auto-incriminação. O princípio é invocado e aplicado em situações nas quais se preserva a liberdade de autodeterminação do acusado, mas sem que haja perigo de incriminar-se contra sua vontade. Nesse aspecto, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de proverem uma proteção relativamente compreensiva ao acusado, mas, certamente, não sem defeitos, contribuíram para o alargamento conceitual do princípio. Por ter sido adotado o princípio da máxima efetividade ao interpretar o art. 5º, LXIII da Constituição Federal, os limites da tutela

contra a auto-incriminação foram ultrapassados e se confundiram com os contornos da liberdade de autodeterminação.

Não obstante a extensão dada ao princípio, não se consegue evitar, em todas as hipóteses, seja o acusado veículo de sua própria condenação. Contra sua vontade ou aproveitando-se de seu desconhecimento, admite-se a produção de prova indiferentemente à invocação do princípio, porquanto, estando este sustentado sobre a liberdade, que não é absoluta, revela-se ineficaz se não há espaço para o livre agir. As normas de direito penal e o exercício da potestade estatal, nas restritas hipóteses legalmente estatuídas, delimitaram, como freios à liberdade, os contornos comuns da proteção contra a auto-incriminação e do respeito à autodeterminação.

## 11 O DEFENSOR E O PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO

Muito se fala que a defesa técnica é indisponível, sendo renunciável a autodefesa, porque faculdade processual.<sup>489</sup> Enquanto não pode o acusado abrir mão da defesa técnica, permite-se a ele fazer uso do direito de permanecer calado, que consistiria em renunciar a autodefesa.

A invocação do direito de permanecer calado representa o efetivo exercício da defesa, marcada pela opção em silenciar. O acusado defende-se calando. Na linha do mesmo raciocínio, a confissão, mais do que o silêncio, seria a renúncia à autodefesa. Porém, ela própria, quando voltada à redução da sanção pelo reconhecimento de uma circunstância atenuante ou de uma causa de diminuição de pena, envolve aspectos defensivos.

Em termos de defesa, existem opções que, como tais, não podem ser simultaneamente exercidas e pressupõem a prevalência de uma em detrimento de outras, sem que o exercício da opção caracterize a renúncia da autodefesa, que abrange o conjunto de todas as alternativas.

Pode o acusado deixar de deduzir argumentos contrários à acusação, o que, todavia, não constitui renúncia à autodefesa, sobretudo quando sua opção é coordenada com a manifestação da defesa técnica. Faculta-se a ele tutelar como melhor lhe convém os próprios interesses. Defesa significa, muitas vezes, fazer respeitar os direitos do acusado no processo e fiscalizar a observância das formalidades do procedimento. O acusado que exerce um direito constitucionalmente assegurado, tal como o silêncio, em seu próprio benefício, não renuncia à autodefesa.

Apenas quando contumaz o réu, porque não comparece em juízo, tampouco constitui advogado, apesar de pessoalmente citado, deve-se falar em renúncia à autodefesa. Deixa o processo à própria sorte, não exerce nenhuma das opções processuais e omite-se em escolher uma estratégia que possa beneficiá-lo de alguma forma para se opor à acusação, malgrado se nomeie defensor dativo.

Firmado o entendimento de que o exercício do princípio contra a auto-

<sup>489</sup> BASTOS, Cleunice A. Valentim. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Defesa penal: direito ou garantia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 4, p. 116, out./dez., 1993.

incriminação, marcado pela inércia do acusado em colaborar na persecução penal, não se confunde com a renúncia à autodefesa, porquanto é a própria efetivação de direito constitucionalmente assegurado, inserido no conceito de ampla defesa, resta averiguar como se coloca o defensor técnico diante dessa situação.

Constitui corolário do princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo Ferrajoli, o direito do acusado à assistência e, em todo o caso, à presença de seu defensor no interrogatório para impedir abusos ou violações das garantias processuais.<sup>490</sup> Mas antes de serem conseqüências, a presença e a assistência do defensor são causas para o desenvolvimento do princípio. Conforme visto no capítulo 5, o direito de permanecer calado somente pôde desenvolver-se no direito inglês após assegurada a assistência do defensor, que desembaraçou as funções defensivas e testemunhal concentradas em mãos do acusado, de modo a possibilitar o silêncio, não mais sinônimo de ausência de defesa.

A assistência e a presença do defensor, em suma, a defesa técnica é melhor classificada como princípio-suporte, ao lado da presunção de inocência. A estreita relação do princípio contra a auto-incriminação com o da presunção de inocência passa pela concepção de se considerar culpado o réu somente depois do trânsito em julgado da condenação e desde que tenha esta se firmado em elementos de prova suficientes produzidos pela acusação, dispensada a contribuição do imputado. Ao mesmo tempo, no curso do processo, a inércia colaborativa do acusado deve ser suprida pela atuação do defensor, que se encarregará de deduzir os argumentos favoráveis não apresentados através da autodefesa.

Se ao acusado se faculta a escolha do defensor, por outro lado não se permite a ele escolher ser ou não defendido, pois a assistência do advogado, imposta por lei, independe da vontade de quem quer que seja. Em nenhum procedimento penal se admite acusado sem defensor, porque não se pode imaginar defesa ampla sem defesa técnica, essencial para se garantir a paridade de armas.<sup>491</sup>

O vínculo existente entre o direito de defesa e o princípio contra a auto-incriminação pôde ser aquilatado pela Suprema Corte norte-americana, no julgamento de *Escobedo v. Illinois* (1964), ao se garantir ao acusado *the right to counsel* (direito ao

<sup>490</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 608.

<sup>491</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 1999, p. 252.

defensor). Não obstante a notória conclusão do julgado, o propósito imediato de Escobedo não foi reivindicar o constitucional direito à defesa como tal, mas, conforme decidido em *Miranda v. Arizona* (1966), garantir a completa efetividade do *privilege against self-incrimination*.<sup>492</sup>

O princípio contra a auto-incriminação, do qual é o direito ao silêncio componente, subsume-se ao conceito de direito de defesa (*Verteidigungsfreiheit*), o qual, por sua vez, toma em consideração o instinto de auto-preservação (*Selbstbegünstigungstrieb*),<sup>493</sup> sobre o qual também se assenta a defesa penal. A simbiótica relação explica o motivo por que, ao lado do direito de permanecer calado, assegurou-se, no art. 5º, LXIII da Constituição Federal, o direito à assistência de advogado e da família. O liame entre o princípio contra a auto-incriminação e a defesa técnica é tão profundo a ponto de o preceito constitucional estabelecer que, mesmo antes da instauração da ação penal, a assistência do defensor mostra-se essencial, como direito disposto ao preso, a quem é facultado permanecer calado. Para *Eser e Robinson*,

*“il est évident que pour de nombreux prévenus le droit de faire ou de ne pas faire de déclarations et le droit à se disculper eux-mêmes serait purement théorique si, au moment où ils sont informés de ces droits, ils n'avaient pas la possibilité de faire appel à un défenseur”*.<sup>494</sup>

A presença do advogado contribui para que o incriminado utilize devidamente a sua liberdade de declaração, potencializando assim a sua possibilidade de influenciar nos rumos de seu caso.<sup>495</sup> Deixa o acusado de ser mero objeto da persecução

<sup>492</sup> ISRAEL, Jerold H. LAFAVE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*, 5ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993, p. 191.

<sup>493</sup> TORKA, Ronald. *Nachtatverhalten und Nemo tenetur – eine Untersuchung über die Grenzen “zulässiger Verteidigung” und die Relevanz des Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000, p. 301.

<sup>494</sup> Tradução livre: “é evidente que para grande número de acusados o direito de fazer ou não fazer declarações e o direito de se desculpar seria puramente teórico se, no momento em que são informados de seus direitos, eles não tivessem a possibilidade de fazer apelo a um defensor”. ESER, Albin. ROBINSON, Cyril D. Le droit du prévenu au silence et son droit à être assisté par un défenseur au cours de la phase préjudiciaire en Allemagne et aux États-Unis d’Amérique. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 3, p. 578, juil./sept., 1967.

<sup>495</sup> DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 189, jul./set., 1997.

penal para se conferir a oportunidade de influenciar no processo e em seu resultado. E se no exercício dessa liberdade o acusado prefere calar-se, contestar passa a ser uma obrigação a ser desempenhada pelo defensor, cujo inadimplemento constitui nulidade processual.

As mesmas ponderações são válidas em relação ao curador, cuja assistência ao réu menor precipita-se obrigatória em conformidade com a lei processual penal. O Código de Processo Penal usa o verbo “representar” para defensor e “assistir” para curador. Mas, em verdade, o defensor também assiste ao acusado, pois o *stare per imputato* (função de representação) e o *stare con l'imputato* (função de assistência) coexistem.<sup>496</sup>

O Poder Legislativo não se mostrou completamente infenso à defesa, pois o Código de Processo Penal assegura a necessidade de defensor ao acusado, em todo procedimento (art. 261). Entretanto, não fez nenhuma alusão à assistência do defensor durante a fase extrajudicial, motivo que levou o Supremo Tribunal Federal a decidir não ser incumbência da autoridade policial a nomeação de defensor ao autuado em flagrante delito. Concluiu-se ter a Constituição apenas assegurado o direito de o preso ser assistido por advogado na fase policial, sem que o Estado se obrigue a manter advogados nas repartições policiais.<sup>497</sup>

Uma especial categoria de acusados gozava do benefício de ter garantida a presença de um advogado por ocasião da prisão em flagrante. A Lei nº 8.906/94 prescrevia no art. 7º, IV ser direito do advogado “ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade”. Justamente para a classe que, teoricamente, menos necessita da assistência técnica havia previsões adicionais de direitos quando da prisão em flagrante. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, mantendo coerência com o posicionamento retro mencionado, suspendeu a eficácia do dispositivo, no julgamento da medida cautelar na ADIn 1127/DF. Melhor seria se, ao invés de suspender o benefício, fosse estendido a todos os autuados, independentemente do cargo ou profissão que ocupam.

<sup>496</sup> CARULLI, Nicola. *La difesa dell'imputato*. 4ª ed. Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1985, p. 141.

<sup>497</sup> HC 73.898/SP e RE 136.239/SP.

Isso porque não basta reconhecer o direito insculpido no art. 5º, LXIII da Constituição da República na esfera judicial. É imensamente mais raro o juiz cometer algum abuso durante o interrogatório, realizado em audiências públicas e acessível a todas as pessoas, do que a autoridade policial em sede extrajudicial. Tomado de surpresa e sem a presença de defensor, torna-se o interrogatório, cuja publicidade da consecução é restrita, palco de declarações nem sempre proferidas com plena liberdade de autodeterminação.

O art. 5º, LXIII da Constituição Federal, a exemplo da legislação alemã, como ressaltado por *Roxin*,<sup>498</sup> não apenas assegura a informação sobre o direito à assistência do defensor (*Verteidigerkonsultation*), mas a possibilidade de se garantir sua execução. Assim como a falta de advertência obstrui a consulta ao advogado, a mera informação não teria sentido se o direito cujo teor se informa não fosse observado.

A efetividade da defesa técnica, que deve ser garantida ainda na fase extrajudicial, não se perfaz com a mera indagação se o acusado deseja comunicar sua prisão a advogado. Há de ser garantida a concreta assistência.

A preocupação com a assistência técnica ao autuado, como meio de se potencializar o princípio contra a auto-incriminação, é necessária em face da clientela de nosso sistema penal. Em sendo presa pessoa de poucos recursos, a impossibilidade de constituição de defensor é esperável. *René Ariel Dotti* afirma o óbvio, facilmente constatado na prática judiciária:

“O grande contingente de acusados que comparecem para o interrogatório sem a assistência de um defensor é representado pelos pobres. As pessoas de classe média e alta, envolvidas como suspeitas, indiciadas ou acusadas em processo criminal geralmente constituem um patrono ainda na fase da investigação do fato. Essa possibilidade já não existe em relação menos (sic) favorecidos. O defensor público ou designado pelo juiz somente passa a atuar com a apresentação da defesa prévia, geralmente despida de conteúdo e carente de indicação de prova”.<sup>499</sup>

O direito constitucional somente estará assegurado se fornecida a assistência

<sup>498</sup> ROXIN, Claus. Das Recht des Beschuldigten zur Verteidigerkonsultation in der neuesten Rechtsprechung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 7, p. 344, 1997.

<sup>499</sup> DOTTI, René Ariel. A ausência do defensor no interrogatório – jurisprudência comentada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 41, p. 341, jan./mar., 2003.

por defensor, sobretudo aos presos pobres, que encontram maiores dificuldades em obter auxílio técnico. Se o direito alemão adota uma atitude paternalista (*paternalistische Haltung*), no trato da questão, como noticia Roxin,<sup>500</sup> não haveria razão para que o legislador brasileiro, cômico das circunstâncias que envolvem o processo penal pátrio, recusasse atenção “filial” ao atuado sem recursos e indefeso.

Nos Estados Unidos não se procede ao interrogatório se a pessoa detida solicita a presença do advogado: “um suspeito, ou uma pessoa acusada da prática de um crime, tem assegurado por lei o direito de estar sempre acompanhado de seu advogado, que lhe aconselha, e fala em seu favor, na Cômte, em tódas as ocasiões que lhe fôr concedida a palavra”<sup>501</sup>. A inquirição só se inicia ou tem continuidade depois do comparecimento do defensor ou caso haja a expressa dispensa, que é validamente reconhecida, pois a defesa, segundo o sistema criminal americano, pode ser exercida pelo próprio acusado. Como essa faculdade, no Brasil, é conferida apenas àqueles inscritos na Ordem dos Advogados, o hábito de não lhes garantir a assistência de defensor há de ser visto com muitas reservas, sobretudo porque, em sendo atividade eminentemente técnica, exige-se um mínimo de escolaridade para desenvolvê-la, sendo abismais as diferenças educacionais entre os americanos do norte e do sul.

Em França, para assegurar o direito de defesa, ao indiciado se permite fazer assistir-se por advogado nos interrogatórios O art. 114 do *Code de Procédure Pénale* dispõe que “*les parties ne peuvent être entendues, interrogées ou confrontées, à moins qu’elles n’y renoncent expressément, qu’en présence de leurs avocats ou ces derniers dûment appelés*”.

Em Portugal, introduziu-se o item 4 ao art. 143 do Código de Processo Penal após acórdão do Tribunal Constitucional, de 9 de janeiro de 1987, Processo n° 302/86, que considerou inconstitucional a possibilidade de proibição de comunicação do acusado com o defensor antes do primeiro interrogatório judicial. A proibição se destinava aos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada.<sup>502</sup>

<sup>500</sup> ROXIN, op. cit. p. 345.

<sup>501</sup> HALL, Livingston. Os direitos do réu nas ações criminais. In: *Aspectos do direito americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 55.

<sup>502</sup> GONÇALVES, M. Maia. *Código de processo penal anotado*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1990, p. 238.

Parece haver uma propensão internacional em se conciliar as declarações do preso com a presença do defensor. No direito brasileiro, dada a atual conformação do processo penal, reconhece-se a inconveniência do caráter prático da medida, mormente na tentativa de se disponibilizar defensor ao autuado que presta declarações após a prisão em flagrante. A afirmação vale para os indiciados sem recursos e sem defensor, pois, para os mais aquinhoados, não é difícil contatar e contratar advogado.

Por ser previamente acertada a data da prestação de declarações do indiciado solto, não haveria muitos problemas em se disponibilizar defensor no momento do interrogatório extrajudicial. Novos contornos surgem por ocasião da prisão em estado de flagrância, que pode ocorrer em qualquer lugar e a qualquer hora do dia ou da noite.

Para o autuado detentor de boa situação econômica, a única dificuldade à presença e assistência do defensor é de cunho temporal. Como o auto de prisão em flagrante é lavrado nas 24 horas posteriores à prisão, a indicação do defensor pelo detido no momento em que fosse interrogado importaria na necessidade de localizar o advogado ao invés de se proceder à lavratura do auto. É realmente difícil conjugar o máximo de garantias processuais com a imperiosa exigência de celeridade e de funcionalidade do processo penal, pois quanto mais garantista, mais lento e complexo se torna o processo.<sup>503</sup> Chegar a ser contraproducente o acúmulo de garantias em face do tempo de desenvolvimento do processo, com particular referência a uma razoável duração. Mas em havendo indicação do defensor e requerida sua presença, deve a autoridade policial fazer cumprir o dispositivo constitucional.

Para a maior parte dos autuados em flagrante delito, a solução seria disponibilizar defensores de plantão. Nessas hipóteses, obrigatoriamente deveria haver defensor para atender o preso na Delegacia de Polícia. Uma vez havendo assistência desde a fase extrajudicial, o acompanhamento por profissional especializado persistiria durante o procedimento judicial e seria mais profícuo, porquanto as provas produzidas desde o início já entrariam na sua esfera de conhecimento.

Caso contrário, o autuado informado sobre a possibilidade de assistência do defensor, mas sem condições materiais de providenciar a defesa técnica, permaneceria

<sup>503</sup> GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale "giusto" - itinerari e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 306.

indefeso antes do ajuizamento da ação e mesmo após oferecida a denúncia, pois, como sói ocorrer, apenas depois do interrogatório judicial se designa advogado a quem não possui, uma viciada prática que também necessita ser revista.

Ainda que não seja possível garantir a presença do defensor na fase extrajudicial, recomendável alterar a ordem dos atos processuais para instalar o interrogatório no meio ou no fim da instrução criminal, momentos em que, certamente, já estaria atuando o defensor. O projeto do Código de Processo Penal colocou o interrogatório como último ato da instrução criminal e inseriu a apresentação de defesa como primeiro, resultando na participação do advogado desde o início do processo. Além disso, tornou praticamente independentes as fases investigatória e instrutória, de modo que as provas produzidas na primeira não podem ser aproveitadas na segunda, como fundamento da sentença, salvo se irrepetíveis ou cautelarmente colhidas, hipótese em que seriam submetidas a posterior contraditório.

A falta de assistência do defensor após a comunicação da possibilidade de exercício do direito não importa, sempre, na nulidade do interrogatório. Caso a dispensa do defensor seja fruto de atitude voluntária e consciente, não há vício a se declarar. Porém, se a recusa em ser assistido choca-se com a posterior impugnação contra a falta de assistência, deve-se conferir maior vigor à contestação, por ser posição mais garantista dos direitos do autuado e porque a dúvida deve beneficiá-lo. Não em decorrência da aplicação do princípio *in dubio pro reo*, porquanto não é a culpabilidade que é posta em dúvida, mas, sim, porque a interpretação em direito e processo penal estrutura-se mais favoravelmente ao réu, restringindo a nocividade e estendendo os benefícios. De qualquer modo, a dúvida sobre a observância de princípios processuais e do justo processo não pode ter menor importância do que a dúvida sobre a culpabilidade do acusado. A inflicção de pena depende tanto da aplicação da culpabilidade, quanto da obediência, nessa apuração, às regras do devido processo legal,

Se regras pudessem ser traçadas em consideração à multiplicidade de fatos concretos que são tocados pela lei e a ela podem ou não se amoldar, a primeira delas seria a que estabelecesse que somente o consentimento ulterior do réu, expresso ou implícito, este último caracterizado pela resignação, permitiria levar em consideração as declarações feitas na ausência da informação e da efetiva assistência do defensor.

Uma segunda regra seria não conferir perenidade ao vício. Não que a violação de direitos constitucionais seja mera irregularidade. Mas mesmo em referência à lesão de direitos fundamentais, em âmbito processual, é necessário observar algumas disposições para que a nulidade seja declarada. Se de eventuais declarações prestadas nenhuma conclusão prejudicial à defesa foi extraída ou se não foram consideradas como fundamento da decisão, porquanto o incidente não influenciou “na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (art. 566 do CPP), há forte indicativo de que a nulidade é passível de convalidação. Malgrado a ocorrência de nulidade, sua declaração pelo juiz não é imperativa.<sup>504</sup>

A melhor regra, todavia, é tornar efetiva uma regra já existente: aquela que assegura ao preso a assistência de advogado (art. 5º, LXIII). Somente quando se impuser a assistência da defesa técnica durante a fase investigatória e em toda duração da instrução criminal, de modo a anteceder o próprio interrogatório, o princípio contra a auto-incriminação estará resguardado na essência.

---

<sup>504</sup> As nulidades ocorrerão nas hipóteses expressamente previstas em lei (art. 564 do CPP) e, também, quando houver irregularidade suscetível de causar prejuízo às partes. Contudo, o fato de estar configurada a nulidade não implica necessariamente deva ser pronunciada, uma vez que outras regras poderão incidir, de modo a tornar incabível a declaração. Nesse sentido: SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 134.

## 12 A RELAÇÃO DA AUTO-INCRIMINAÇÃO COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Ao lado do direito à assistência de defensor, a presunção de inocência coloca-se como princípio-suporte para tornar efetivo o princípio contra a auto-incriminação. Nilzardo Carneiro Leão, ao fazer menção aos direitos humanos de primeira geração, coloca o direito a ser presumido inocente ao lado do direito ao silêncio.<sup>505</sup> Por seu turno, Sérgio Luiz Souza Araújo considera-os garantias do devido processo legal.<sup>506</sup>

As acusações formais acarretam geralmente uma presunção de culpa oriunda do meio social que neutraliza a presunção de inocência. Esta, embora constitua um direito, não tem força bastante para se impor à comunidade a qual, por força da liberdade de expressão do pensamento, exerce também um direito: o direito de julgar.<sup>507</sup>

Mas a concepção técnica de crime e processo impede que a visão leiga desnature ou desqualifique institutos. Todo ordenamento jurídico (e particularmente suas concretas proposições normativas) ou parte da presunção de que o acusado é inocente (o ônus da prova da culpabilidade nesse caso pertence a quem faz a acusação) ou, anormalmente, parte de presunção oposta (quando então o ônus da prova da inocência compete ao acusado).<sup>508</sup> O direito brasileiro insere-se na primeira modalidade e presumir inocente o acusado, no âmbito processual, é medida imperiosa até que sobrevenha decisão condenatória irrecorrível.

É uma idéia de alcance universal presumir o réu inocente. Porque se presume a inocência do acusado e não há o ônus de prová-la, pode ele permanecer calado (*Because the accused are presumed innocent and carry no burden, they may remain silent*).<sup>509</sup>

O monopólio punitivo estatal e a utilização desse monopólio no contexto da

<sup>505</sup> LEÃO, Nilzardo Carneiro. Direitos fundamentais, garantias constitucionais e processo penal. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 12, p. 131, jul.98/dez.99.

<sup>506</sup> ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 199.

<sup>507</sup> DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1980, p. 202.

<sup>508</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: RT, 1998, p. 108.

<sup>509</sup> INGRAHAM, Barton L. The right of silence, the presumption of innocence, the burden of proof, and a modest proposal: a reply to O'REILLY. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 86, n. 2, p. 563, fall, 1996.

persecução penal gera como conseqüência a necessidade de balizá-lo através do princípio contra a auto-incriminação e da presunção de inocência (*Unschuldvermutung*), a fim de impor limites ao exercício do poder do Estado.<sup>510</sup> É possível constatar o entrelaçamento do princípio contra a auto-incriminação com o da presunção de inocência, mas não se pode afirmar a origem de um em relação ao outro. Para Aroca, o direito ao silêncio é uma manifestação da presunção de inocência,<sup>511</sup> tese que deve ser vista com reservas em face da independência de ambos, apesar de muitos pontos de contato.

O acusado não está obrigado a apresentar suas provas pela simples razão de que, se é inocente, isso será materialmente impossível. A inocência, como ausência de culpabilidade, não se prova ou, no mais, é de difícil prova, por envolver conceito negativo. Não poderá a acusação valer-se do "saber" do acusado para embasar o pedido condenatório, necessitando procurar em outros elementos os meios aptos a livrá-la da incumbência de provar a imputação. Dizer que o réu há de ser considerado inocente até a sentença condenatória transitada em julgado é dizer que não se deve exigir-lhe atitudes posteriormente lamentadas pelo reconhecimento de sua inocência. Não é necessário fazer prova da inocência, pois se presume que esta seja um atributo ínsito ao acusado no processo. Por conseguinte, é permitido calar e não colaborar na produção probatória.

Incumbindo o ônus da prova da culpabilidade à acusação, a utilização do direito de permanecer calado mantém o réu na mesma situação jurídica em que se encontrava antes de iniciar o processo: inocente. Por força do art. 156 do Código de Processo Penal, a comprovação dos fatos e a imputação subjetiva deles ao acusado cabe ao acusador e o silêncio em nada contribui para o desencargo desse mister. O réu não tem o ônus da prova dos fatos, exceto talvez para criar uma dúvida razoável (*reasonable doubt*) no convencimento judicial.<sup>512</sup> As conseqüências da utilização do princípio contra a auto-incriminação favorecem somente o acusado, permanecendo o encargo da prova à parte acusadora. A acusação não cumpre sua incumbência ao demonstrar a inconsistência

<sup>510</sup> KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren – Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*. Aachen: Shaker, 1999, p. 9.

<sup>511</sup> AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997, p. 156.

<sup>512</sup> DRIPPS, Donald A. Against police interrogation – and the privilege against self-incrimination. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 78, n. 4, p. 713, spring, 1988.

da oposição à pretensão punitiva, marcada pela inércia, pois necessita comprovar a existência dos fatos imputados. Se persistir dúvida, não sanada pelo réu que se negou a colaborar com o acusador, resolve-se em favor daquele, como corolário lógico do princípio *in dubio pro reo*. Esse é o pensamento de Grevi, ao afirmar que “*nel corso del processo, essendo l'imputato presunto non colpevole fino alla condanna definitiva, il suo eventuale silenzio assume necessariamente un significato neutro*”.<sup>513</sup>

Por outro lado, somente haverá reconhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere* quando a inércia do acusado não implicar assunção de culpa. Para isso, o princípio da presunção de inocência deve ser efetivo, “como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado, que antes da condenação não pode sofrer qualquer equiparação ao culpado”.<sup>514</sup>

Já se afirmou destinar-se o princípio da presunção de inocência a acusados culpados ou inocentes, assim considerados até o trânsito em julgado da condenação. Por seu turno, o princípio contra a auto-incriminação se referiria a acusados culpados, pois, aos inocentes, não há risco de se incriminarem autonomamente.<sup>515</sup> É essa concepção que contribuiu para que o princípio *nemo tenetur se detegere*, durante muitos anos e até os dias atuais, fosse visto com reservas, tendenciosamente voltado para acobertar réus cuja condenação seria questão de tempo. A idéia de culpa que ele carrega estimula a formação de pré-concepções prejudiciais ao imputado.

No direito brasileiro, não é possível fazer essa distinção entre acusados culpados e inocentes, para fins de invocação do princípio *nemo tenetur se detegere*. Sendo resguardada a liberdade de autodeterminação, prescinde-se da aferição da culpabilidade para conferir ao acusado o direito de não colaborar com as autoridades perseguidoras na produção de prova. E mesmo que se averiguasse a culpabilidade no curso do processo, a única concepção concebível, em virtude da ausência de condenação transitada em julgado, seria estender a proteção do princípio contra a auto-incriminação a

<sup>513</sup> GREVI, Vittorio. Diritto al silenzio ed esigenze cautelari nella disciplina della libertà personale dell'imputato. In: *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 39.

<sup>514</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 37.

<sup>515</sup> KOPF, op. cit. p. 9-10.

todos os réus, porquanto são vedadas discriminações que atentem contra a presunção de inocência.

### 13 INFORMAÇÃO SOBRE O PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO

O termo *belehren* aparece com freqüência no direito processual alemão, consoante salienta *Eberhard Schmidt*.<sup>516</sup> O vocábulo tedesco significa “informar” e a constante menção deve-se à necessidade de se fornecer o conhecimento de todas as possibilidades processuais às partes.<sup>517</sup> A informação, na lição de *Grevi*, é um remédio contra a *ignorantia iuris* do acusado.<sup>518</sup> No Brasil, em que o grau de instrução de indiciados e réus é reconhecidamente inferior, a informação de direitos mostra-se ainda mais essencial.

A proteção contra a auto-incriminação seria insuficiente se não fosse igualmente assegurado ao réu o direito de ser informado pelos órgãos de persecução penal, para que pudesse conscientemente decidir-se acerca do exercício dos seus direitos processuais. Quanto mais insciente a respeito de seus direitos, menos resistências opõe à persecução penal, pois um direito que não se conhece é um direito que não se exerce.

Não basta seja excluída a punibilidade da reticência ou da mentira do acusado, nem menos venha proclamado *ex lege* o seu direito de não emitir declarações auto-incriminatórias, sendo, ao invés, necessário se informe o réu de quais direitos possui antes do interrogatório, para garantir-lhe plena consciência das próprias “possibilidades” defensivas.<sup>519</sup>

Nos Estados Unidos, após o julgamento *Miranda v. Arizona* (1966), passou-se a não só informar o acusado do direito de permanecer calado e da assistência de advogado, como também adverti-lo sobre a possibilidade de ser usado contra ele tudo que disser e, em caso de impossibilidade financeira, de ser indicado um defensor antes de iniciar a inquirição.<sup>520</sup> Apesar de as *Miranda warnings* não serem mandamentos

<sup>516</sup> SCHMIDT, Eberhard. Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, n. 27, p. 1209, 4 juli 1968.

<sup>517</sup> No direito alemão, o § 136 do Código de Processo Penal, que assegura o direito à informação do acusado, surgiu como reação à perversão do processo penal durante o Terceiro Reich. RENZIKOWSKI, Joachim. Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 14, p. 716, 1997.

<sup>518</sup> GREVI, Vittorio. Considerazioni preliminari sul diritto al silenzio dell'imputato nel 'nuovo' 3° comma dell'art. 78 C.P.P. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, v. 4, p.1168, ott./dic., 1970.

<sup>519</sup> GREVI, op. cit. p. 1147.

<sup>520</sup> BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1990, p. 998.

constitucionais, funcionam como medidas de criação judicial destinadas a proteger o *Fifth Amendment's privilege against self-incrimination*.<sup>521</sup>

No Brasil, as informações se reduzem ao direito de permanecer calado e à assistência advocatícia e familiar. Diferentemente do direito norte-americano, o indiciado e o acusado não são advertidos das conseqüências da renúncia ao direito de permanecer calado a título de reforço à opção pelo silêncio, embora seja óbvio se esperar possam as declarações serem utilizadas em seu prejuízo. Também não se prescreveu a advertência de que o silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, porque não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 a segunda parte do art. 186 do Código de Processo Penal.<sup>522</sup>

O estatuto processual, no art. 186, determinava informar o acusado da prerrogativa de permanecer calado antes de se iniciar o interrogatório, porém, de maneira intimidativa, ressaltava que uma vez utilizado o direito posto à disposição da parte que sofre a persecução penal, conseqüências adversas poderiam ser extraídas em seu prejuízo. Assevera Romeiro que a advertência inserida após o advérbio **embora**, "perde toda a eficácia ante a admoestação que lhe deve seguir imediatamente: 'o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa'".<sup>523</sup> O dispositivo legal, em face da Constituição Federal, exige nova leitura para se compatibilizar aos ditames da norma superveniente e superior hierarquicamente. A informação do direito de não responder as perguntas formuladas deve ser feita proscrita qualquer admoestação de prejuízo decorrente do silêncio, por ser forma velada de coibir o exercício da autodefesa. Cabe ao juiz ou à autoridade policial simplesmente informar o autor da infração penal da possibilidade de, caso queira, permanecer calado em face das perguntas a si dirigidas.

A obrigação de informar prescrita no art. 5º, LXIII da Constituição, além de provocar a releitura do art. 186 do Código de Processo Penal, visou a introduzir uma defesa consciente contra métodos inquisitórios indesejáveis e teve como finalidade fazer

<sup>521</sup> EINESMAN, Florallynn. Confessions and culture: the interaction of miranda and diversity. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 90, n. 1, p. 7, summer, 1999.

<sup>522</sup> RE 199.570/MS.

<sup>523</sup> ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 104.

efetivo o exercício do reconhecido princípio contra a auto-incriminação no interrogatório.<sup>524</sup> Não há processo justo sem uma efetiva e clara informação ao acusado.

O interrogatório não tem por objetivo obter a confissão, mas, sim, assegurar o direito de o acusado ser ouvido. Porém, considerando-se a freqüência com que a confissão aflui e os efeitos práticos de sua ocorrência no processo penal, torna-se claro porque o legislador instituiu uma obrigação de informar e porque o Supremo Tribunal Federal, nessa área, é, algumas vezes, zeloso no reconhecimento de nulidade pelo descumprimento.<sup>525</sup>

O acusado poderia ser advertido sobre não haver necessidade de depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado, a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 3, "g") e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, 2, "g"). Seria outra manifesta consagração do princípio *nemo tenetur se detegere*. É informado, no entanto, de que tem o direito de permanecer calado. Como nem sempre é fácil distinguir a confissão, parcial ou total, de outras declarações, poderia o acusado se encontrar em terrível dilema. Recusar-se-ia a confessar, mas se sentiria obrigado a responder as indagações que, aparentemente, não lhe fossem prejudiciais. Por outro lado, prestando declarações, sem consciência do prejuízo, poderia contribuir para a própria incriminação. Em face da grande possibilidade de, das declarações do réu, provirem elementos em seu desfavor, sem que sequer supusesse o prejuízo oculto nas suas palavras, preferível preservar o irrestrito silêncio. Como afirma *Vicente de Paulo Vicente de Azevedo*, "o réu é sempre mau advogado em causa própria. Não está ao seu alcance o que deve dizer, nem o que deve calar. Supondo que está se desculpando, pode estar se comprometendo irremediavelmente. Isto desde o inquérito, desde as primeiras investigações".<sup>526</sup>

Quantas nulidades resultariam se, para a formação do convencimento judicial, fosse feita referência às declarações do acusado oferecidas sem a pretensão de contribuir para a própria incriminação? O teor incriminatório das declarações seria

<sup>524</sup> RENZIKOWSKI, Joachim. Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 14, p. 713. 1997.

<sup>525</sup> HC 82.463/MG.

<sup>526</sup> AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Curso de direito judiciário penal*. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 2, p. 39.

aferido no momento da sentença, embora o direito a não confessar tivesse sido supostamente exercido por ocasião do interrogatório. A fim de elidir dúvidas, a prescrição do direito de permanecer calado é a medida exata para evitar a auto-incriminação involuntária pela palavra.

Em juízo, constitui dever do magistrado informar o acusado de seu direito. Se é perfeitamente admissível, ou antes necessário, que o juiz, diante da parte indefesa ou mal defendida, em vez de permanecer passivo e complacente, à vista dos erros, das omissões e da incapacidade exteriorizada, assuma papel ativo para conceder igualdade de oportunidades, como ensina *Cappelletti*,<sup>527</sup> mais se recomenda a informação de um direito cuja obrigação de fazê-lo conhecido é legalmente estatuida. Apesar de o juiz se manter equidistante das partes – e isso é necessário – há a obrigação judicial de assistência do acusado, com o intuito de cientificá-lo da possibilidade de exercer o direito.

*“La norma che impone al magistrato interrogante di far nota all'imputato l'esistenza dello ius tacendi costituisce infatti, per così dire, la 'prova della sua lealtà', e fornisce, d'altro canto, la premessa più sicura per l'instaurazione di un costume giudiziario totalmente rispettoso della libertà – sia fisica, sia psichica – dell'imputato sottoposto ad interrogatorio”.*<sup>528</sup>

Exclui-se a idéia de que a informação se trata de uma fórmula de tipo sacramental, a ser obrigatoriamente repetida nos precisos termos,<sup>529</sup> pois a preocupação deve centrar-se, não tanto no aspecto formal, mas no sentido substancial da advertência. Poderão variar as palavras para melhor enquadrá-las no caso concreto, com o intuito de se fazer conhecido o direito e a possibilidade de exercê-lo. Todavia, posto que a advertência seja correta no que concerne ao seu conteúdo, a liceidade dependerá da forma pela qual é comunicada. Uma mesma admoestação pode ser lícita ou não, segundo a

<sup>527</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 318, p. 122, abr./jun., 1992.

<sup>528</sup> Tradução livre: “A norma que impõe ao magistrado interrogante comunicar ao acusado a existência do *ius tacendi* constitui, de fato, por assim dizer, a prova de sua ‘lealdade’ e fornece, por outro lado, a premissa mais segura para a instauração de um costume judiciário totalmente respeitoso da liberdade – seja física, seja psíquica – do acusado submetido a interrogatório”. GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*. Milano: Giuffrè, 1972, p. 67.

<sup>529</sup> GREVI, op. cit. p. 329.

calma e objetividade demonstrada pela autoridade interrogante na comunicação da circunstância ao interrogando.

Conquanto informar seja atribuição da autoridade policial ou judicial, nada obsta esclareça o defensor acerca das possibilidades defensivas do acusado. A prática de se nomear defensor ao réu que não o tenha depois de prestadas as declarações é prejudicial aos interesses da defesa que se vê, de início, impedida de atuar. Obsta-se ao defensor instruir e informar o acusado acerca de seus direitos e das conseqüências de suas declarações.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião das investigações levadas a cabo pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), reconheceu, por mais de uma vez, o direito ao advogado de manter contato com o seu cliente, podendo interferir, nas hipóteses contempladas em lei, com o objetivo de dispensar-lhe efetiva assistência técnica que dê sentido e concreção à garantia constitucional que confere a qualquer um o direito de permanecer calado.<sup>530</sup> Permitiu-se ao defensor comunicar-se pessoal e diretamente com o cliente, para adverti-lo de que tem o direito de permanecer em silêncio, do que se infere não ser atribuição exclusiva da autoridade interrogante a informação acerca da possibilidade do exercício do direito.

Em sentido diametralmente oposto, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em vários julgados, ser desnecessária a presença do advogado no interrogatório judicial, pois, tratando-se de ato pessoal do magistrado processante, característica persistente mesmo com a superveniência da nova ordem constitucional, não pode haver intervenção.<sup>531</sup>

No âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito, a presença do defensor deve ser assegurada, podendo intervir nas hipóteses previstas em lei, inclusive, para informar o investigado de seu direito de permanecer calado. O direito ao silêncio passou a ser uma das justificativas para a presença do advogado durante a inquirição. Já na esfera judicial, a presença do defensor é despicienda, pois o interrogatório é ato personalíssimo entre juiz e réu.

É estranho verificar a disparidade de tratamento. Às investigações conduzidas por Comissões Parlamentares de Inquérito, reguladas pela Lei nº 1.579/52, aplicam-se as

<sup>530</sup> MSMC 23.576/DF, MSPR 23.576/DF e MSMC 24.118/DF.

<sup>531</sup> HC 68.697/SP, HC 68.929/SP, HC 69.372/SP, HC 73.644/RS, HCML 73.671/PR e HC 74.198/SP.

normas de processo penal, no que lhes for cabível (art. 6º), ao passo que o interrogatório judicial é disciplinado diretamente pelo Código de Processo Penal. A Lei nº 1.579/52 não traz nenhuma disposição específica acerca da participação do defensor no ato da inquirição e sendo comum a regulamentação, em face da aplicação supletiva das normas de processo penal, não se compreende porque se derivou interpretação distinta das mesmas disposições. Uma coisa é certa, porém: o esclarecimento dado pelo defensor não supre, em regra, a informação de incumbência das autoridades perseguidoras. A previsão da informação não significa apenas que o legislador constitucional e ordinário pressupôs o desconhecimento do acusado, mas também determina que a autoridade interrogante suprima com eficácia esse desconhecimento. Na dúvida se o acusado estava cômico de seu direito de permanecer calado e não constando do termo a advertência feita pelas autoridades policial ou judicial, presume-se a existência de irregularidade no dever de informar.

Uma vez que o Supremo Tribunal Federal concebeu o direito de permanecer calado como expressão sinédóquica do princípio contra a auto-incriminação, a informação correspondente haverá de ser feita sempre que haja o risco de o acusado produzir involuntariamente prova a si prejudicial. Diligências que sejam determinadas e que requeiram a participação do réu: documentos cuja apresentação é solicitada; um agir que se ordena, devem ser precedidos da advertência da faculdade em colaborar, sem o que se estaria desrespeitando a prescrição constitucional.

Por outro lado, nos procedimentos de aquisição de prova executados mediante *vis absoluta*, não há necessidade de informar o acusado sobre o direito de não auto-incriminar-se, porque a situação foge da esfera de tutela do princípio. Seria como informar ao réu não estar obrigado a colaborar na busca pessoal ou na efetivação da própria prisão cautelar, o que somente iria contribuir para aumentar as resistências à consecução dos atos que seriam executados impreterivelmente. O mesmo é válido para a apreensão de documentos, em que a potestade estatal subjuga a liberdade de autodeterminação do indivíduo.

A informação do direito de permanecer calado não se restringe ao preso, apesar de a decisão proferida no RE 206.971/SP transmitir essa idéia, *in verbis*: “de outra parte, no tocante aos direitos relativos à prisão (artigo 5º, LXI e LXIII, da Constituição),

não foram eles violados, porquanto, como salienta o acórdão recorrido, 'em relação aos direitos do preso invocados, cumm. e esclarecer que o representado não estava preso', mas 'ele apenas encontrava-se respondendo, na presença de sua advogada, a procedimento administrativo disciplinar'. À primeira vista, parece só haver necessidade de informar o direito de permanecer calado ao preso. Contudo, outras decisões do Supremo Tribunal Federal indicam não ser esse o entendimento dominante.<sup>532</sup>

O direito à informação acompanha o direito de permanecer calado assim como o calor anda ao lado do fogo. Sempre que couber a invocação do princípio contra a auto-incriminação deverá haver a correspondente informação sobre a faculdade de escolha da conduta processual a se adotar. Por esse motivo, a lacuna constatada na tutela da testemunha suspeita<sup>533</sup> importa em igual omissão quanto à necessidade da advertência feita a ela pela autoridade interrogante. Para supri-la, recomenda-se à autoridade advirta a testemunha, incontinenti, da faculdade de permanecer calada, se em determinado momento do depoimento surgirem fatos de que possam contra ela originar uma ação penal.

A lacuna constatada na disciplina da prova testemunhal acerca da informação do direito de permanecer calado igualmente se estende à regulamentação sobre o tipo de procedimento em que a advertência há de ser feita. Para contornar a omissão, o Supremo Tribunal Federal acenou para a necessidade de proteção em referência a todo procedimento público oficial semelhante ao interrogatório, sempre que haja a participação de servidor público incumbido de atuar na persecução penal. No Recurso Extraordinário Criminal nº 212.081/RO, foi frisado que, em tese, a captação de conversa entre presentes, por meio de fita magnética, autorizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento dos demais, é hipótese distinta da declaração do preso aos agentes policiais condutores do flagrante, para a qual seria necessária a advertência do direito de permanecer calado. Nesta hipótese, haveria a proibição de valoração da prova obtida em suposta violação ao direito de permanecer calado, porque, na gravação de conversa

<sup>532</sup> MSMC 23.491/DF, MSMC 23.576/DF, MSPR 23.576/DF, MSMC 24.118/DF, HC 75.257/RJ, HCML 78.814/PR, HCML 79.244/DF, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, HCML 80.427/PE, HCML 80.530/PA, HCML 81.400/DF e HCML 83.096/RJ.

<sup>533</sup> Vide capítulo 6.

informal entre indiciados presos e autoridades policiais, é indispensável o esclarecimento sobre a possibilidade do exercício do direito.<sup>534</sup>

A temática da informação do direito de permanecer calado abarca a questão da obtenção e da inserção da prova ilícita. Deve prevalecer em todo caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção da prova não subtraia o valor que possui como elemento útil para formar o convencimento judicial, sem prejuízo da sanção a que fica sujeito o infrator? Ou se deve desprestigiar o comportamento antijurídico, não consentido que dele se tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal? Existe um elemento de taxatividade para a aquisição da prova no processo penal dado pelo direito constitucional que não pode ser violado: a inadmissibilidade de provas obtidas ilicitamente.

*Ada Pellegrini Grinover* asseve que as provas produzidas *contra constitutionem* são totalmente ineficazes. Não podem ser admitidas no processo e, se chegarem a ser produzidas, devem ser dele desentranhadas. O juiz não poderá utilizá-las na formação de seu convencimento.<sup>535</sup>

Como a tutela se destina a assegurar o efetivo conhecimento ao acusado de sua posição jurídica, a omissão da advertência configuraria nulidade, cuja conseqüência é a de não permitir ao tribunal valorar as declarações assim prestadas.<sup>536</sup> Todavia, a constatação da nulidade não implica, por conseguinte, a sua declaração imediata.<sup>537</sup> A incidência de outras normas processuais pode evitar a anulação do processo. Assim, não cabe à acusação suscitar a nulidade caso o réu tenha sido absolvido, uma vez que “nenhuma das partes poderá argüir nulidade [...] referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse” (art. 565 do CPP). Tampouco será pronunciada nulidade pela omissão da informação do direito de permanecer calado, se o acusado ficou silente quando inquirido pela autoridade judiciária ou se de suas declarações nenhuma conclusão prejudicial à defesa foi extraída ou se não foram consideradas como fundamento da

<sup>534</sup> HC 69.818/SP.

<sup>535</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano I, nº 4, p. 65, out./dez., 1993.

<sup>536</sup> GONÇALVES, M. Maia. *Código de processo penal anotado*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1990, p. 237.

<sup>537</sup> SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 88.

decisão, porquanto o incidente não influenciou “na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (art. 566 do CPP).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal considerou que a omissão em informar somente acarreta a anulação do processo se comprovado o prejuízo,<sup>538</sup> como se relativa fosse a nulidade. É possível perceber a tendência em se preferir a decisão da lide em detrimento dos valores da Constituição, o que não é novidade para *José Afonso da Silva*.<sup>539</sup> Em um dos julgados, o acusado não teria argüido, até a defesa prévia, a nulidade ocorrida no interrogatório judicial. O acórdão afirmou não existir prejuízo, embora tenha sido feita a confissão. Em decorrência, é perfeita a lição de *Roxin* em abono à interpretação do Supremo Tribunal Federal: a omissão em informar não ocasiona nulidade processual se está inequivocamente comprovado que o acusado conhecia o direito do qual seria informado; expressa ou conclusivamente consentiu na valoração das declarações; ou não protestou no momento adequado contra a falta de informação.<sup>540</sup>

Mas uma vez não demonstrada a incidência de regras outras impeditivas da declaração da nulidade, por ter sido violado direito constitucionalmente protegido, a sanção processual deve ser a mais forte possível. Anota *Colamussi* que “*quanto maggiore è la garanzia e la tutela che l'ordinamento intende apprestare ad una determinata norma, espressione di valori fondamentali, tanto più gravi risulteranno le conseguenze derivanti dalla sua inosservanza*”.<sup>541</sup>

Em caso de ser informada a faculdade de não responder às perguntas, porém com a advertência de que o silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, será preciso aferir os efeitos da admoestação no comportamento processual do interrogando. A hipótese não é rara, pois se nota uma grande distância entre o texto constitucional e a praxe judicial brasileira, ou seja, a enorme discrepância entre o dever ser normativo e o ser efetivo. Não poucos juízes insistem em admoestar o acusado com a possibilidade de prejuízo decorrente do silêncio, reportando-se ao Código de Processo Penal e

<sup>538</sup> HC 78.708/SP e HC 79.973/MG.

<sup>539</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7ª ed. São Paulo: RT, 1991, p. 479.

<sup>540</sup> ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. 25ª auf. München: Beck, 1998, p. 184.

<sup>541</sup> Tradução livre: “quanto maior é a garantia e a tutela que o ordenamento entende atribuir a determinada norma, expressão de valores fundamentais, tanto mais grave resultarão as conseqüências derivadas da sua inobservância”. COLAMUSSI, Marilena. *Interrogatorio dell'imputato ed omesso avvertimento della facoltà di non rispondere*. In: *Percorsi di procedura penale: dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 15.

esquecendo-se da singela previsão constitucional da faculdade de permanecer calado, sem ilações. *Railda Saraiva* afirma não comportar a nova ordem constitucional a advertência de que “o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.<sup>542</sup> Havendo incompatibilidade vertical entre a norma ordinária e a Constituição, evidentemente, esta última terá preeminência por ocupar o cume da pirâmide jurídica kelseniana.

Se o acusado prestou declarações espontâneas, sem antes ser informado do direito ao silêncio, teoricamente, podem elas ser avaliadas no momento da sentença. Declarações espontâneas não estão acobertadas pelo princípio contra a auto-incriminação e podem ser utilizadas mesmo se o acusado não foi instruído de seus direitos, porquanto a proteção não abrange a auto-incriminação voluntária, como a confissão emitida sem coação. O porém que se aponta é a possibilidade de ulterior irresignação do réu, tornando-se difícil distinguir as declarações espontaneamente prestadas daquelas proferidas sem prévia informação do direito. Questionável é o critério para se distinguir uma declaração espontânea de outra forçada e, não, se é possível valorar as palavras ditas antes da informação. Uma solução para a questão é oferecida por *Roberto Delmanto*: considera que as declarações do indiciado antes de lavrado o auto de prisão em flagrante não podem ser valoradas em seu desfavor, caso faça ele uso do direito ao silêncio no momento em que é informado da possibilidade de sua utilização.<sup>543</sup> Só não se olvide de que a regra confina-se às declarações prestadas perante agente público, porquanto o que for dito para terceira pessoa, sem advertência do direito de permanecer calado, não deve ser excluído como prova, a qual deverá ser sopesada pelo órgão judicial.

---

<sup>542</sup> SARAIVA, Railda. *A constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 74

<sup>543</sup> DELMANTO, Roberto. O testemunho exclusivo de policiais e a violação do direito ao silêncio nos casos de tóxicos. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 53, p. 28, out., 1998.

## 14 O PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO E A CO-DELINQUÊNCIA

O réu que se declara culpado e confessa o cometimento do delito descarta o uso do princípio contra a auto-incriminação, como que atingido pelo desejo de *Raskolnikov*, em Crime e Castigo, de ser punido. Por vezes, o acusado, ao invés de se auto-acusar, oferece imputação contra terceira pessoa, a quem atribui participação na empreitada delitiva. A auto-acusação diferencia-se da heteroacusação, porque nesta os elementos de prova são introduzidos no processo pelo co-réu, em prejuízo de outro.

A heteroacusação é conhecida como “chamada de co-réu”, ou seja, a declaração do interrogando a respeito da co-responsabilidade de outrem relativamente à infração pela qual se instaurou a persecução penal. Depreende-se da chamada de co-réu indícios de prova contra aquele nominalmente apontado como co-autor ou partícipe da infração penal, independentemente de os acusados estarem sendo processados nos mesmos autos ou em autos desmembrados, mas desde que incida uma das hipóteses de conexão e continência previstas nos art. 76 e 77 do Código de Processo Penal. Estando caracterizada uma dessas modalidades, co-réus podem ou não figurar no mesmo processo. O que não se admite é a tentativa de desmembrá-lo para desvinculá-los entre si, a fim de se permitir a produção de provas incriminatórias de status testemunhal.

A chamada de co-réu implica a convocação à responsabilidade do co-delinqüente, como também a denúncia contra alguém que, até então, não era sequer mencionado no processo e que, a partir da delação, é passível de integrar a relação processual. Algumas vezes, em consequência do dissídio que se determina após a consumação do crime, um acusado torna-se denunciante do outro e este, em represália, acusa o co-réu. Esse compartilhamento de responsabilidades, nas palavras de *Altavilla*, “quebra a solidão processual” do denunciante e pode favorecê-lo, porque o novo acusado, ao se defender, poderá, obliquamente, defendê-lo.<sup>544</sup>

O Código de Processo Penal, conquanto não tenha expressamente inserido a heteroacusação no rol das provas nominadas, estabeleceu no art. 190 a necessidade de se

<sup>544</sup> ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária: o processo psicológico e a verdade judicial*. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1981. v. 2. p. 141.

perguntar ao acusado se outras pessoas concorreram para a infração e quais foram. Por sua vez, o art. 188, parágrafo único prescreve seja o acusado convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações. caso negue a imputação, não só para afastar as suspeitas que sobre ele recaiam, como também para embasar eventual delação de co-réu. A omissão da previsão da chamada de co-réu não foi completa, porquanto admitiu o diploma legal a possibilidade de introduzir prova atinente à conduta do co-delinqüente.

Assim como surgem questões sobre a auto-incriminação no processo penal, também há preocupações acerca da heteroincriminação em confronto com o princípio *nemo tenetur se detegere*.

A primeira delas é saber se a incidência do princípio contra a auto-incriminação restringe-se à esfera pessoal do acusado ou se pode estender-se para abranger a conduta do co-réu.

No direito norte-americano, entende-se que o *privilege against self-incrimination* somente pode ser invocado por quem corre o risco de se auto-incriminar. O contador, por exemplo, não pode invocá-lo como justificativa para não disponibilizar documentos pertencentes ao contribuinte, salvo se também houver perigo de ser incriminado.<sup>545</sup>

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal afirmou que o princípio *nemo tenetur se detegere* não aproveita a terceiros, objeto da delação de co-réus.<sup>546</sup> Cuida-se de direito singular e pessoal.

O direito ao silêncio do acusado deve ser protegido com o máximo de rigor em relação à exigência de garantia do risco de auto-incriminação a respeito de fatos a si referentes, embora não haja razão que justifique a garantia se concernente a fatos de terceiros que não guardam vinculação com a efetiva tutela. Enquanto do ponto de vista da razão inspiradora seja inegável que o direito de permanecer calado se configura como uma espécie do princípio contra a auto-incriminação e, portanto, com validade restrita às declarações próprias, sob o aspecto prático, é quase impossível saber quando o acusado está omitindo voluntariamente fatos criminosos de outrem. A temática é ainda mais controversa, porque se pretende diferenciar a posição do acusado que oculta os próprios

<sup>545</sup> ISRAEL, Jeroïd H. LAFAVE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993, p. 231.

<sup>546</sup> HC 69.818/SP e HC 78.708/SP.

fatos do réu que silencia a respeito de fatos alheios, para aferir a necessidade de se impor a este a obrigação de falar a verdade e admitir a valoração da prova produzida.

O reconhecimento do princípio contra a auto-incriminação relativamente a fatos e circunstâncias de outrem depende, em princípio, da necessidade de se garantir funcionalmente a tutela dos próprios fatos.<sup>547</sup> O conteúdo incriminatório depreendido das declarações do acusado não deve ser utilizado contra ele, apesar de ser passível de uso contra os co-réus, pois o princípio de que se trata é contra a própria incriminação. A informação da faculdade de se valer do silêncio visa a resguardar, exclusivamente, o acusado e eventual declaração proferida contra terceiro, sem a prévia informação, pode ser empregada como fundamento da sentença, porque a proteção não diz respeito à esfera jurídica da pessoa denunciada, de acordo com a *Rechtskreisstheorie*.<sup>548</sup> Segundo a teoria do círculo jurídico, a suposta violação à proibição de produção da prova e da utilização da prova assim obtida depende essencialmente de se constatar se é baseada na ofensa ao círculo jurídico da pessoa interessada no reconhecimento da nulidade ou se nenhum ou menor significado tem para ela. Deve-se analisar quais interesses são atingidos na essência para justificar a exclusão da prova produzida em desobediência a alguma formalidade.<sup>549</sup>

Em desabono da teoria, por prolepse, poder-se-ia alegar ter o acusado o direito de que sejam observadas determinadas prescrições legais não apenas para sua própria proteção, mas também para assegurar as exigências formais de um processo justo:

Todavia, no direito brasileiro, em que as nulidades se assentam na identificação do prejuízo, as declarações proferidas contra terceira pessoa podem ser valoradas, mesmo não informado o réu acerca da faculdade em silenciar. Ainda que o desconhecimento da faculdade a ser exercida impeça a escolha consciente da conduta processual, desde que não resulte prejuízo para o declarante, a nulidade não deve ser reconhecida. Assim como prescreve o art. 565 do Código de Processo Penal que nenhuma das partes poderá argüir nulidade referente a formalidade cuja observância só à

<sup>547</sup> GREVI, Vittorio. Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 4, p. 1136, ott. dic., 1998.

<sup>548</sup> ROXIN, Claus. *Strafprozessrecht: Prüfe dein Wissen - Rechtsfälle in Frage und Antwort*. 15ª auf. München: Beck, 1997, p. 60.

<sup>549</sup> ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. 25ª auf. München: Beck, 1998, p. 182.

parte contrária interesse, não pode o co-réu suscitar nulidade por não-observância de formalidade que somente a outro acusado é útil.

Tanto é verdade que a exigência de garantia do acusado contra a auto-incriminação perderia o sentido em referência a fatos alheios depois que, de maneira voluntária e consciente, tivesse confessado a autoria do delito, como disserta *Grevi*:

*“Ragionando in base alla ratio dell'attribuzione del diritto al silenzio, essenzialmente riconducibile all'esigenza di garanzia dell'imputato contro il rischio dell'autoincriminazione (a sua volta radicata sulla presunzione di non colpevolezza), non avrebbe senso, in realtà, continuare a riconoscere tale diritto all'imputato con riferimento al fatto altrui, dopo che il medesimo avesse del tutto liberamente deciso di non avvalersene, rendendo una completa confessione sul fatto proprio”*.<sup>550</sup>

Ideal seria abrangesse o princípio contra a auto-incriminação, como o próprio nome indica, somente fatos relacionados a terceiros como instrumento de autodefesa. Caso contrário, haveria sua desvirtuação, sendo obstada a aquisição de provas na ausência de uma efetiva necessidade de tutela do risco de se auto-incriminar.

Mas pelo que até então foi visto, o princípio contra a auto-incriminação não se resume a um meio de autodefesa e passa a ser empregado como instrumento que permite ao acusado não colaborar com as autoridades encarregadas da persecução penal. Perde sentido, por conseguinte, tentar restringir as declarações alusivas a terceiros à própria proteção, porquanto em situações outras se fará uso do princípio sem que haja o intuito autodefensivo. Reconhece-se ao acusado, como adverte *Grevi*, uma total discricionariedade acerca da motivação, mais ou menos nobre, a legitimar a opção por não responder.<sup>551</sup>

Acrescente-se haver dificuldade em identificar o teor da declaração, quando teria caráter incriminatório ou não para o acusado, a despeito de relacionado com o co-

<sup>550</sup> Tradução livre: “Raciocinando com base na *ratio* da atribuição do direito ao silêncio, essencialmente voltado à exigência de garantia do acusado contra o risco de auto-incriminação (por sua vez radicata sobre a presunção de não-culpabilidade), não teria sentido, em realidade, continuar a reconhecer tal direito ao réu com referência a fato de outro, depois que o mesmo tivesse total e livremente decidido dele não se valer, produzindo uma completa confissão sobre fato próprio”. GREVI, Vittorio. *Diritto al silenzio ed esigenze cautelari nella disciplina della libertà personale dell'imputato*. In: *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*. Milano: Giuffrè, 1995. p. 41.

<sup>551</sup> GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale “giusto” – itinerari e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 339.

réu. As autoridades públicas não indagam as razões do silêncio no momento em que é exercido e, a seguir o tratamento conferido pelo Código de Processo Civil de 1939, que exigia da testemunha declarasse, por escrito e antes da audiência, os motivos de sua objeção para não depor (art. 242), perderia o sentido a tutela conferida pelo princípio.

Através de perguntas direcionadas é possível bem delimitar o objeto das declarações do acusado, conduzindo-as à constatação da responsabilidade do co-réu, bem como se permita antever a ausência de risco de auto-incriminação do declarante, o que, porém, não importa na obrigatoriedade em falar.

Conquanto não haja expressa previsão legal, a opção por falar ou calar independe do conteúdo do que se pretende afirmar ou ocultar, se diz respeito a fatos próprios ou alheios. E a escolha do silêncio não importa em que seja motivada pelo propósito defensivo, malgrado se converta em regra, podendo justificar-se por variadas razões, inclusive, para a proteção de terceiros. Portanto, mesmo que se consiga restringir o conteúdo das declarações que se pretende obter, sem risco de auto-incriminação, não será viável estabelecer a obrigação de falar em relação ao co-réu, por ter o acusado a si disposta a liberdade de escolher a conduta processual que melhor lhe aprouver.

Se toda declaração que ultrapasse os limites da imputação concernente ao interrogando integra uma verdadeira prova testemunhal, toda omissão correlata, em princípio, representaria a violação de obrigações elementares da testemunha. Contudo, a concepção simplificadora e reducionista de que as testemunhas estão sob a imposição de responder e não podem faltar à verdade e de que os réus, ao contrário, não só podem calar, como estão autorizados a mentir ainda persiste. A única hipótese imaginável em que o acusado efetivamente assumiria a posição de testemunha seria após o trânsito em julgado da sentença absolutória. Uma vez absolvido definitivamente não possui o direito ao silêncio se, mais tarde, é inquirido como testemunha sobre o fato. Nesse caso, a posição assumida a respeito do fato pelo qual é inquirido não se torna suscetível de ocasionar-lhe prejuízo<sup>552</sup> e não há mais a necessidade de se preservar a autonomia da vontade em referência a processo findo. As repercussões penais recairão apenas na esfera do co-réu cujo julgamento ainda está pendente.

<sup>552</sup> GIOSTRA, Glauco. Sull'incompatibilità a testimoniare anche dopo il provvedimento di archiviazione. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, fasc. 2, p. 991, mar./apr., 1992.

Mesmo que se considere o acusado uma testemunha, obrigada a dizer a verdade, até mesmo a ela se deve facultar a invocação do princípio contra a auto-incriminação, se houver risco de responsabilização criminal. Se para o acusado o exercício do direito de permanecer calado independe do risco de produzir prova contrária a seu interesse, para a testemunha, submetida à obrigação de depor, o silêncio somente poderá ser utilizado caso haja perigo em auto-incriminar-se. A impossibilidade de conciliação de ambos os papéis se estende igualmente a todos os co-réus no processo,<sup>553</sup> porque *das Schweigerecht des Beschuldigten kollidiert mit der Aussagepflicht des Zeugens*.<sup>554</sup> Por essa razão, não se podem empregar contra o co-réu as medidas normalmente utilizadas para as testemunhas que se recusam indevidamente a prestar depoimento.<sup>555</sup>

As contribuições cognoscitivas do acusado recebem tratamento diferenciado daquele conferido à prova testemunhal. Não se concebe, nos moldes do direito processual norte-americano, tomar as declarações do réu como se testemunha fosse, no intuito de obrigar-lhe a prestar compromisso de dizer a verdade, sob pena de sanção penal. Igualmente na Inglaterra, há mais de um século, eliminou-se a incompatibilidade do acusado em testemunhar. Se ele despreza o direito de permanecer calado, com a intenção de prestar declarações, fá-lo como testemunha, a quem se impõe a obrigação de dizer a verdade sobre o crime que lhe é imputado naquele procedimento. Sobre outros eventuais delitos que haja cometido mantém-se o princípio contra a auto-incriminação.

Na Espanha, "*la jurisprudencia viene tratando este problema de una forma peculiar, construyendo una figura híbrida a la que denomina testimonio impropio*",<sup>556</sup> não sendo um meio ordinário de prova, em face de não poder assimilar-se à confissão, nem depoimento, pois se profere independentemente da obrigação de veracidade exigida das testemunhas. Prada critica a construção jurisprudencial, pois acredita oferecer o *testimonio impropio*, como única virtude, uma ponta de veracidade nas declarações do

<sup>553</sup> Tradução livre: "O direito ao silêncio do acusado colide com a obrigação de declarar da testemunha". FISCHER, Thomas. Die Fortwirkung von Zeugnisverweigerungsrechten nach Verfahrenstrennung – zum Begriff des Beschuldigten in § 52 Abs. 1 StPO. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 11, p. 571, 1992.

<sup>554</sup> ROXIN, Claus. *Strafprozessrecht: Prüfe dein Wissen – Rechtsfälle in Frage und Antwort*. 15ª auf. München: Beck, 1997, p. 306.

<sup>555</sup> ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. 25ª auf. München: Beck, 1998, p. 199.

<sup>556</sup> PRADA, Ignacio Flores. *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 11.

co-réu, que não pode provir da natureza da declaração, mas, sim, da valoração livre e conjunta da prova.<sup>557</sup>

Considerando o conflito entre a obrigação de declarar e o dever de verdade de um lado e o direito de defesa e o direito ao silêncio de outro, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê o interrogatório do réu como testemunha. O processo penal pátrio não conhece uma figura híbrida ou *sui generis* de acusado-testemunha. Nesse aspecto, é omissivo o Código de Processo Penal, não obstante em sede doutrinária consideráveis vezes se ergam para defender a formação da prova em contraditório, admitindo-se a inquirição do co-réu pelo defensor do acusado denunciado.<sup>558</sup>

Levanta-se outra questão acerca da possibilidade de silenciar o acusado que, preteritamente, tenha feito declarações incriminatórias contra outrem, mas se recusa a ratificá-las em momento posterior.

Ao acusado resguarda-se o direito de submeter ao contraditório as declarações do co-réu feitas em seu prejuízo, para assegurar o método de formação dialética da prova perante o juiz. Se o co-réu, na fase extrajudicial, incrimina o acusado e, em juízo, recusa-se a proferir nova declaração, impedindo a sujeição ao contraditório, a prova deve ser vista com reservas. Seria por demais desastroso o magistrado aceitar sempre como verdadeira a acusação feita por um réu em relação a um terceiro, imputando-lhe a qualidade de co-autor, sem permitir a este o direito de reperguntas.<sup>559</sup>

No direito alemão, assegura-se, expressamente, às partes “o direito de participar das provas (§§ 355 e 397)” e a prerrogativa se estende a qualquer meio de prova, inclusive ao testemunho do co-réu que incrimina o outro.<sup>560</sup> Para o justo processo, consagrado na nova redação do art. 111 da Constituição italiana, ao acusado de um crime deve-se assegurar a faculdade, perante o juiz, de interrogar ou fazer interrogar a pessoa que produza declaração em seu prejuízo. E do mesmo dispositivo se depreende que a culpabilidade do acusado não pode ser provada com base em declarações feitas por quem, por livre escolha, subtraíu-se voluntária e conscientemente ao interrogatório feito pelo

<sup>557</sup> PRADA, op. cit. p. 13.

<sup>558</sup> Súmula nº 65 das Mesas de Processo Penal: “O interrogatório de co-réu, incriminando outro, tem, com relação a este, natureza de depoimento testemunhal, devendo por isso se admitir reperguntas”.

<sup>559</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 391.

<sup>560</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 1999, p. 69.

defensor daquele. Se o terceiro a quem é imputado o cometimento do delito não puder intervir no interrogatório do denunciante, fazendo perguntas elucidativas ou infirmativas das declarações increpantes, não se obedecerá ao princípio que adota o contraditório na instrução criminal.

Para que as declarações do co-réu, alheias a si próprio, sejam consideradas na formação do convencimento judicial, indispensável a submissão ao crivo do contraditório, com a possibilidade de intervenção da defesa do acusado denunciado, de acordo com *Grevi*. Pugna o autor pela obrigação de declarar do co-réu denunciante, dizendo a verdade, inclusive se for acusado que já tenha feito precedentes declarações incriminatórias a respeito do outro, pois o contraditório pressupõe a presença de sujeitos dispostos a falar.<sup>561</sup> Baseia-se a assertiva em um direito fundamental no processo: interrogar a pessoa fonte de acusação, como manifestação do direito à ampla defesa e ao contraditório e respeito ao princípio da imediatidade das provas.

Propõe-se, no entanto, solução diversa. Joeirando-se os valores em jogo, verifica-se possuir o co-réu o direito de permanecer calado. Se dele não faz uso e afeta o círculo jurídico do acusado, surge a responsabilidade em submeter-se ao contraditório. As declarações a respeito do acusado têm caráter testemunhal, para a qual o contraditório é indispensável à formação da prova. Não deixam, porém, de partir de pessoa interessada no processo ou na ocultação ou desvirtuamento da verdade, se a desfavorece. O co-réu denunciante teria, por conseguinte, os direitos garantidos ao acusado, sem as obrigações previstas para a testemunha. Poderia calar e mentir, desde que não incorresse em infração penal, e não teria necessidade de prestar compromisso, no típico papel de réu. Por outro lado, dever-se-ia possibilitar ao denunciado a oportunidade de perguntas e reperguntas, como se o co-réu denunciante testemunha fosse. As declarações se submeteriam ao contraditório e seriam garantidos os direitos inerentes ao princípio contra a auto-incriminação.

Em caso de impossibilidade de contrariedade na valoração da prova não ratificada em virtude do silêncio, a solução seria não considerá-la na formação do convencimento judicial. Como conseqüência, o co-réu denunciado se livraria do peso da

<sup>561</sup> GREVI, Vittorio. Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progettato nuovo modello di 'giusto processo'). *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 3, p. 856, lug./set., 1999.

prova desfavorável e o co-réu denunciante deixaria de gozar de circunstâncias atenuantes ou de causas de diminuição de pena.

Em verdade, trata-se de uma escolha no plano da dogmática processual. Entre optar por qual dos dois direitos deve prevalecer, privilegia-se o acertamento da verdade e a preocupação com a captação da prova em processos cuja acusação se funda sobre as declarações incriminantes do co-réu ou se repele o efetivo esclarecimento dos fatos em respeito à liberdade de autodeterminação contida no direito de permanecer calado. É preciso haver uma ponderação de interesses, que se dá na preferência pela tutela do direito ao silêncio, enquanto expressão do direito de defesa e do princípio do contraditório na formação da prova, ocasionando a proibição de valoração da declaração anteriormente colhida, com a conseqüente detrição do princípio da verdade material.

Caso se implante a sistemática adotada pelo projeto de Código de Processo Penal, serão evitados problemas desse teor. As provas produzidas durante o inquérito serão inutilizadas após o oferecimento da acusação e início da instrução criminal. O juiz, salvo as provas irrepetíveis e cautelarmente produzidas, não poderá conhecer de elementos probatórios formados fora do contraditório. Incumbirá à acusação demonstrar que a prova se enquadra em uma das situações que admitem o diferimento do contraditório para utilizá-la em juízo.

Um segundo desfecho, menos garantista, facultaria ao denunciado pronunciar-se sobre o conteúdo e a credibilidade das declarações do co-réu não corroboradas em juízo, a fim de infirmá-las. Entretanto, o fundamento nuclear de assegurar às partes a possibilidade de contraditar os depoimentos das testemunhas, com o intuito de elidir sua credibilidade, restaria mitigado. A desestruturação das acusações do co-réu se fariam através das contradições intrínsecas das declarações, sem a possibilidade de se recorrer a novos elementos argüidos no embate testemunhal e de se proceder à integral contraditoriedade da prova. O embasamento do princípio *hearsay is no evidence*, que nega valor à prova do ouvir-dizer, é similar à acusação do co-réu não contraditada, motivo por que se reputa preferível a primeira solução.

Na hipótese de declarações iniciais favoráveis ao acusado, mas não ratificadas em juízo pelo denunciante que optou por permanecer calado, mesmo a utilização *in bonam partem* deve ser vista com reservas. Interessa à acusação aferir a

credibilidade das declarações, sem o que é esvaziado o valor probatório. Porém, deve prevalecer o direito de provar a inocência sobre o interesse de proteção inspirador da norma que estabelece o contraditório na instrução criminal, pois não interessaria ao Estado a impunidade do verdadeiro culpado, em havendo elementos que apontam ser o acusado inocente. Excluir a prova favorável ao réu de antemão não seria a melhor medida, sendo recomendável sopesar o seu valor, considerando não ter sido elaborada sob o crivo do contraditório. Afora isso, nenhuma prova elaborada externamente ao contraditório imediato ou diferido deve ser valorada no processo.

Na situação oposta, quando, perante o juiz, o co-réu fornece prova contra o acusado, repelindo o direito de permanecer calado anteriormente exercitado, passa a prevalecer o direito de defesa deste, do que exsurge a oportunidade de confrontar-se com o denunciante para verificar a credibilidade das declarações. Trata-se de uma solução que conjuga o direito à prova com a exigência de justiça endereçada ao esclarecimento dos fatos, sem incidir em respostas penais repressivas ou indulgentes.

Assim como se assegura o direito de não inculpar o comparsa, como corolário da liberdade de autodeterminação do acusado, pelo mesmo fundamento garante-se a ele o direito de não ser obrigado a reconhecê-lo ou a praticar qualquer ato que o prejudique. A Corte constitucional italiana, através da *sentenza* n. 267, de 30 de junho de 1994, decidiu que

*“l'atto dichiarativo di ricognizione”, quando provenga ‘da un soggetto interessato ai fatti’ (coimputato o imputato in un separato procedimento connesso), risulta ‘assimilabile all’esame’, rispetto al quale ‘dal principio nemo tenetur se detegere deriva il diritto del coimputato o dell’imputato in un separato procedimento connesso a non prestarsi alla ricognizione attiva’: per conseguenza ‘sia l’imputato intraneus o extraneus rispetto al procedimento, nell’ambito del quale è chiamato a effettuare una ricognizione, l’esercizio del suo diritto al silenzio impedisce di fatto l’espletamento dell’atto”.*<sup>562</sup>

<sup>562</sup> Tradução livre: “o ato declaratório de reconhecimento, quando provém de um sujeito interessado nos fatos (co-réu ou acusado em um separado processo conexo), resulta assimilável ao *esame*, respeito ao qual do princípio *nemo tenetur se detegere* deriva o direito do co-réu ou do acusado em um separado processo conexo a não prestar-se ao reconhecimento ativo: em consequência, seja o acusado *intraneus* ou *extraneus* em relação ao processo, no âmbito do qual é chamado a efetuar um reconhecimento, o exercício de seu direito ao silêncio impede de fato a execução do ato”. GREVI, Vittorio *et al.* *Profili del nuovo codice di procedura penale*. 4ª ed. Padova: Cedam, 1996, p. 261, (nota de rodapé).

Se não está obrigado o acusado a prestar declarações heteroincriminatorias, dele não se pode exigir a prática de atos que também resultem na produção de prova desfavorável ao co-réu. A tutela conferida pelo princípio contra a auto-incriminação, que, em verdade, consiste em não-colaboração com as autoridades persecuidoras e nem sempre se reveste de cunho autodefensivo, agasalha manifestações verbais e não-verbais.

## 15 INTERVENÇÕES CORPORAIS

A colheita de provas no processo penal tem por objetivo esclarecer os fatos com a maior precisão possível. Para se alcançar a verdade supostamente considerada absoluta, o processo teria que se prolongar no tempo a tal ponto que talvez nunca chegasse a termo. A obtenção de uma verdade absolutamente correspondente à realidade dos fatos é incompatível com a natureza da atividade processual, malgrado a perseguição deva ser sempre almejada. E nessa perseguição, parafraseando *Lenckner*, deve o processo promover a revelação da verdade, porém não a qualquer preço (*soll der Prozess die Wahrheit zutage fördern, aber es soll es nicht um jeden Preis*).<sup>563</sup> O preço que se paga pela procura da verdade nem sempre compra os direitos e garantias impostos como limites ao esclarecimento dos fatos. Não há justiça sem garantias, porque o respeito a elas é essencial para assegurar a regularidade e correção no exercício da função jurisdicional. Mas é igualmente óbvio que as garantias consistem no meio de desenvolvimento do processo, sem, contudo, equivaler à sua finalidade.

Ao magistrado é atribuída a faculdade de diligenciar ao máximo o esclarecimento dos fatos. Permite-se a ele praticar todos aqueles capazes de conduzir à elucidação do crime e de sua autoria. A sujeição do acusado a intervenções corporais suscita dúvidas, porque, tanto não há norma expressa proibitiva da produção desse tipo de prova, quanto se entende compreendida dentro das faculdades judiciais como medida útil à elucidação dos fatos. O ordenamento jurídico nacional incorpora o princípio da não-taxatividade dos meios de prova, de modo a possibilitar ao juiz o recurso a qualquer elemento para a formação de sua convicção, caso não sejam moralmente ilegítimos ou legalmente proscritos.

A questão das intervenções corporais envolve a discussão sobre a lesão de princípios e direitos constitucionais que afetam a validade da prova. No Brasil, a discussão tem sido bastante tímida. Em parte porque nem todos os órgãos de investigação dispõem de condições técnicas de realização de tais exames. Centrando-se as investigações na confissão, inibe-se a necessidade de se recorrer a novas técnicas e,

<sup>563</sup> LENCKNER, Theodor. Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, n. 8, p. 321, 25 fev. 1965.

conseqüentemente, desenvolvê-las, de forma a permanecer arcaica a atividade investigativa policial.

Por outro lado, quando a polícia pratica as intervenções corporais que estão ao seu alcance, fá-lo sem qualquer cuidado em relação à prévia autorização judicial e sem nenhum respeito à intimidade do suspeito. As buscas pessoais são realizadas normalmente; a domiciliar é amparada sempre em duvidosa autorização do morador; a exalação de ar é feita sem contestação; enfim, o que está ao alcance da polícia, ela o faz sem mandado judicial e, normalmente, os interessados nada alegam em sua defesa e, quando o fazem, não raro, encontram a indiferença dos tribunais.<sup>564</sup>

Nas vezes em que se insurgem contra a submissão a exames e intervenções corporais, alega-se ofensa a uma série de direitos fundamentais de status constitucional, tais como a liberdade (art. 5º, LIV e LXV), a integridade física e a proscricão de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a intimidade corporal (art. 5º, X), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII). Como assevera *Gomes Filho*,

“à vista do que estabelece a Constituição Federal (art. 5º, inc., LVI), torna-se indispensável ressaltar que na obtenção do material a ser examinado não podem ser desprezados os direitos fundamentais do investigado ou acusado, como integridade corporal, a intimidade, a honra, a imagem etc., até porque ninguém pode ser compelido a fazer prova contra si mesmo”.<sup>565</sup>

Não é princípio inserto na Constituição que a verdade tenha de ser investigada custe o que custar, tampouco que o esclarecimento e punição dos crimes represente, incondicionalmente, o interesse preponderante do Estado. Reconhecendo a existência de limites na elucidação da verdade, correspondentes a direitos e garantias a serem respeitados, é possível verificar em que medida o recurso às intervenções corporais é admissível, sem lesar bens juridicamente protegidos, e até que ponto se entrelaça com o princípio contra a auto-incriminação.

<sup>564</sup> CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 36.

<sup>565</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O teste de dna como prova criminal. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 18, p. 1, jul., 1994.

## 15.1 INTERVENÇÕES CORPORAIS E EXAME DE DNA

As constantes alusões às intervenções corporais dizem respeito à coleta de material orgânico do indivíduo, tal como sangue, saliva, pêlos etc, no intuito de realizar exame pericial sobre as amostras colhidas.

Entre as provas periciais realizadas sobre o material orgânico humano, o exame de DNA é o mais conhecido e consiste na análise do ácido desoxirribonucléico encontrado no interior das células. Por ser uma abreviação do objeto analisado, mais correto seria o emprego da sigla ADN. A Lei nº 8.974/95, art. 3º, II ao fazer referência ao ADN (ácido desoxirribonucléico), optou por traduzir o termo inglês *desoxyribonucleic acid*, para afastar anglicismos. Entretanto, a sigla DNA tornou-se uma expressão universalmente conhecida. Embora a legislação tenha adotado o termo ADN, será feito o emprego do termo DNA, porquanto, à semelhança da sigla AIDS, adquiriu notoriedade internacional e permite o pleno conhecimento do objeto em análise, apesar de vir em idioma estrangeiro.

Segundo Keller, "*revolutioniert werden soll die Kriminalistik durch die Genomanalyse, das bisher sicherste Mittel der Täteridentifikation*".<sup>566</sup> O exame de DNA é semelhante ao sistema dactiloscópico, por prestar-se à identificação de pessoas através de características individuais, porém mais eficaz. Enquanto as impressões digitais são capazes de comprovar a presença do acusado no local do crime ou a posse de instrumentos relacionados à sua prática, o exame de DNA permite desvendar a origem de outros materiais encontrados na cena do delito, a partir dos quais se identifica o provável autor.

As investigações que recaem sobre o DNA têm uma extensão muito variada, sendo possível diferenciar o âmbito codificante do não-codificante. Do primeiro extraem-se informações relativas ao indivíduo, que incidem mais intensamente em sua esfera pessoal, tais como suas características externas, enfermidades de origem genética ou prevenções futuras a certas doenças ou a malformações. Não possui muita utilidade para uso forense, pois é formado por seqüências com muito poucas variações interindividuais

<sup>566</sup> Tradução livre: "a criminalística deve ter-se revolucionado através da análise do genoma, o até então mais seguro meio de identificação de autores de crimes". KELLER, Rainer. Die Genomanalyse im Strafverfahren. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, n. 37, p. 2289, 13 sept. 1989.

e intergeracionais. Já o DNA não-codificante apresenta grande variação de um indivíduo para outro e, por isso, é a opção para o emprego forense da técnica.

Em tese, todo material orgânico que contenha DNA pode ser submetido aos exames, inclusive dentes e ossos. O melhor material é o sangue, porque contém uma maior quantidade de células e, portanto, mais material genético para ser analisado. O espermatozoides também possui grande número de células e é bastante estável, porém, no caso de amostras colhidas na vítima, pode estar mais contaminado do que o sangue, sendo necessário separá-lo de outros fluidos antes da análise.<sup>567</sup> As amostras colhidas do lado interno da face, na mucosa bucal, também são utilizadas com alto grau de sucesso. São mais apropriadas quando recolhidas de crianças – para evitar o uso de injeção – ou recomendável por razões médicas ou religiosas, além de não provocarem nenhum dano, mínimo que seja, à integridade física. As raízes de cabelo e, não, os fios, contêm DNA que pode ser empregado para exames realizados pela técnica PCR.

Esta é uma das duas técnicas prevaletentes para a análise do DNA, ao lado da técnica RFLP.

A grosso modo, a técnica PCR (*polymerase chain reaction*) permite que uma área específica do DNA seja copiada muitas vezes e, assim, aumente a sua quantidade até se ter o suficiente para o exame. Propicia o aproveitamento de amostras de DNA degradadas, cujo comprimento dos filamentos foi reduzido.

O sistema de tipagem por RFLP (*restriction fragment length polymorphism*) é o de maior poder de discriminação, porque o número de alelos, destinados a descrever a constituição genética de um indivíduo dentro da seqüência genômica do DNA, é bastante superior. Em consequência, um número relativamente baixo da seqüência genômica é analisado para se alcançar valores percentuais aceitáveis. Como nas investigações criminais o material recolhido para exame costuma estar degradado e em reduzida quantidade, a técnica RFLP cede à PCR. A extração de amostras, nos exames realizados para a elucidação de crimes, é a etapa mais dificultosa e, por isso, causa a morosidade com a qual a análise se desenvolve. Isso decorre da escassez ou da degradação do material biológico, degradação esta decorrente de contaminação do material por fungos e

<sup>567</sup> GUTIÉRREZ, Jaime Robleto. El A.D.N. y su importancia en la investigación criminalística. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, n. 18, p. 90, nov., 2000.

bactérias ou pela exposição à luz solar e intempéries ou por se tratar de partes de cadáver em decomposição. Nessa etapa são gastos dias, às vezes, semanas ou meses.<sup>568</sup>

O material examinado deve ser removido de qualquer objeto a que esteja fixado. Após, o DNA será extraído da célula, isolado e purificado. Muitas vezes outros materiais são encontrados na células, tais como gorduras, carboidratos e proteínas e, caso não sejam excluídos, a realização do exame fica impossibilitada. Comumente se usam detergentes para dissolver as paredes da célula e enzimas para digerir as proteínas.

Se o material recolhido estiver íntegro e em quantidade suficiente, faz-se o exame por RFLP; caso esteja degradado ou em pequena quantidade, usa-se a técnica PCR. Uma quantidade equivalente a dois nanogramas é suficiente para a realização de um exame através de PCR. A partir de vinte nanogramas é possível realizar o exame por RFLP.<sup>569</sup> Um nanograma corresponde a um bilionésimo de grama.

No Brasil, como assevera *Cleunice Pitombo*,

“há certas coisas que, por sua natureza, não são aprendidas, embora sirvam ao processo. O sangue, saliva, esperma, pêlo e a impressão digital, por exemplo, submetem-se à colheita (art. 6º, n. III, e art. 240, § 1º, letra h, do CPP). É imprescindível, porém, que aludidas colheitas sejam realizadas por técnicos habilitados. A imperícia, no ato da colheita, redundará na sua inutilidade para instrução”.<sup>570</sup>

Necessita-se de zelo para garantir a incolumidade da “cadeia de amostra”, relacionada ao asseguramento da identidade, da adequada conservação e da custódia do material biológico sobre o qual são realizadas as análises de DNA, a partir de sua obtenção no lugar do delito até que se incorpore definitivamente ao processo como meio de prova.<sup>571</sup>

O valor do teste de DNA depende inteiramente da qualidade do método de pesquisa e da meticulosidade na interpretação dos resultados.<sup>572</sup> Na tarefa de valoração

<sup>568</sup> BONACCORSO, Norma. Elaboração de laudos e relatórios de análises de exames DNA realizados pelo Instituto de Criminalística de São Paulo. *Arquivos da Polícia Civil*, São Paulo, v. XLVI, p. 60, 2001.

<sup>569</sup> ARRUDA, José Acácio. PARREIRA, Kleber Simônio. *A prova judicial de ADN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 32.

<sup>570</sup> PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 208.

<sup>571</sup> CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito*. São Paulo: IBCCRIM, 1999, p. 95.

<sup>572</sup> HOMMES, Gertrud A. van Eikema. TAK, Peter J. P. *Le test ADN et la procédure pénale en Europe*. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 4, p. 681-2, out./dec., 1993.

dos testes, possui capital importância a realização de um cálculo de probabilidade dos resultados obtidos, em relação ao suspeito e aos grupos populacionais.<sup>573</sup> Para se chegar ao resultado final do exame, deverão ser feitos cálculos para se determinar a raridade da combinação entre os perfis encontrados nas amostras testadas. É essa raridade que vai determinar qual a probabilidade de o suspeito, na identificação criminal, ser a única fonte do DNA da amostra testada.<sup>574</sup>

Posto que o exame de DNA não seja uma prova determinante, de modo a excluir toda dúvida possível, mas se trate de uma prova de probabilidade, cuja credibilidade é robustecida por outros elementos coadjuvantes, não há óbices à sua aceitação no direito pátrio, sobretudo porque a prova indiciária, de menor força probatória, foi acolhida pelo Código de Processo Penal e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>575</sup>

Em verdade, as conclusões do exame de DNA podem fornecer prova tão vigorosa que dificilmente a vinculação do acusado ao crime será produto de mera coincidência. Só o fato de haver um suspeito, porque indícios contra ele existem, e a amostra dele colhida apontar resultado positivo, é difícil crer que se trate de simples coincidência ou que outra pessoa possa ser autora do crime. É lógico que o exame de DNA não vai determinar se o indivíduo é culpado ou inocente, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal.<sup>576</sup> A análise do exame, em confronto com as demais provas, permitirá ao juiz absolver ou condenar. O mesmo raciocínio valeria para a hipótese de resultado positivo na identificação dactiloscópica. O DNA não determina a autoria do delito, apenas liga uma prova ao acusado. Caso assim não fosse, haveria a geneticização da Justiça, em que a investigação criminal e a formação do convencimento judicial se ateriam apenas ao resultado da prova técnica. Por isso se diz que *“das zentrale Problem der DNA-Analyse liegt indes ... in der Eingriffsermächtigung, sondern in der Beurteilung des Beweiswertes des Analyseergebnisses”*.<sup>577</sup>

<sup>573</sup> CASABONA, op. cit. p. 98.

<sup>574</sup> ARRUDA, PARREIRA, op. cit. p. 50.

<sup>575</sup> HC 70.344/RJ e HC 75.809/SP.

<sup>576</sup> HC 73.795/SP. Firmou-se o entendimento de que o exame de DNA não é essencial à valia da conclusão sobre a autoria de uma infração penal, podendo fundar-se a condenação em provas outras, em respeito à livre convicção do juiz e porque inexistentes valores absolutos ou hierarquia entre elas.

<sup>577</sup> Tradução livre: “O problema central do exame de DNA não se situa, porém, na autorização das intervenções, mas sim na apreciação do valor da prova do resultado da análise”. FEZER, Gerhard.

Inúmeras serão as hipóteses em que o resultado positivo não importará em condenação. O guante ensangüentado encontrado na residência de *O.J. Simpson* coincidiu com seu DNA. A defesa, contudo, asseverou ter sido plantada a prova na cena do crime por um dos detetives de Los Angeles, motivado por razões racistas. O sangue localizado no veículo foi desconsiderado como prova, porque não obtido imediatamente, além de se levantar a hipótese de ter sido manipulado. Malgrado o resultado da prova técnica, o processo resultou em absolvição.

Na Alemanha, o *Bundesgerichtshof*, julgando questão atinente à matéria em exame, reconheceu, com base na prova pericial, que havia uma probabilidade de acerto de 99,986% no exame de DNA realizado sobre o acusado. Através de simples cálculo aritmético, a probabilidade de erro situava-se em 0,0014%. Concluiu que, em uma população de 250.000 pessoas, como a existente em Hannover, o número de 35 pessoas equivaleria aos 0,0014%. Entendeu ser o exame de DNA insuficiente para se levar a uma condenação, havendo necessidade do recurso a outras provas e indícios, pois não se podia negligenciar com a relatividade das provas.<sup>578</sup>

O recurso ao exame de DNA não retirará do magistrado o poder para apreciar e avaliar as provas,<sup>579</sup> inclusive, sobre a necessidade de sua produção, como estampado em decisão do Supremo Tribunal Federal.<sup>580</sup>

Quanto à credibilidade do exame, já se afirmou que “a certeza científica proporcionada pela nova técnica oferece ao julgador um elemento sólido para a construção da verdade”.<sup>581</sup> No tocante à confiabilidade do teste, frisou o Ministro Francisco Rezek, em seu voto no HC 71.373/RS, “que o DNA leva sabidamente a resultados positivos de índices probabilísticos tendentes à certeza”.<sup>582</sup> Por outro lado, não é unânime a confiança depositada no exame, pois “esta prova, que hoje se tem como

---

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht – Teil 1. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 12, p. 605, 1996.

<sup>578</sup> KELLER, Rolf. Entscheidungen: Strafprozessrecht – Anmerkung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 2, p. 103, 1993.

<sup>579</sup> HC 81.907/GO.

<sup>580</sup> RHC 80.762/PE.

<sup>581</sup> Voto do Ministro Francisco Rezek no HC 71.373/RS.

<sup>582</sup> Idem.

quase incontrastável, admite, entretanto, erro. Há, teoricamente, a possibilidade de erro”.<sup>583</sup>

Quanto à falibilidade do exame, sustenta-se ser possível, em âmbito cível,

“realizar a reconstrução de laços parentais com base nestas técnicas e determinar, logicamente, com um altíssimo grau de certeza, a pertença a um indivíduo de diferentes células do corpo, constituindo o método neste sentido um sistema tão confiável como o das impressões digitais, embora com um espectro de atuação muito mais amplo”.<sup>584</sup>

Não se deve mais discutir os preceitos científicos em que se apoia a perícia, mas os fatores externos que podem colocá-la em dúvida.<sup>585</sup> É preciso ter cuidado com a crença incondicional no teste, pois a infalibilidade da técnica gerada pelo conhecimento humano pode desfazer-se diante do humano falível que a manuseia. A técnica não tem falhas, mas a realização do exame é passível de impropriedades.

Se no Brasil poucos são os casos noticiados de erro nas investigações de paternidade, isso se explica porque raras são as vezes em que se mostram atuantes os peritos assistentes, acompanhando a realização e contestando o resultado. A confiança é tamanha na prova que a indicação de falhas, se existentes, não ganha notoriedade. Mas há informações de que apenas no mês de maio de 2000, o Laboratório Gene, de Belo Horizonte, detectou quatro laudos errados. Além disso, cerca de 15% dos testes realizados pelo laboratório são de contraprova, ou seja, a fim de verificar a exatidão de exame anterior.<sup>586</sup>

O laboratório deve assegurar a custódia das alíquotas das amostras, garantir a realização dos testes de maneira própria, com reagentes apropriados, por indivíduos qualificados e os resultados, interpretados por técnicos experientes.<sup>587</sup> Somente assim a confiabilidade do exame de DNA será útil às investigações criminais.

<sup>583</sup> Voto do Ministro Néri da Silveira no HC 71.373/RS.

<sup>584</sup> MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCRIM, 1998, p. 220-1.

<sup>585</sup> ARRUDA, José Acácio. PARREIRA, Kleber Simônio. *A prova judicial de ADN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 179.

<sup>586</sup> BARBOSA, Bia. Quem é o pai? *Revista VEJA*, São Paulo, Justiça, 19 jul. 2000, p. 108.

<sup>587</sup> BONACCORSO, Norma. Elaboração de laudos e relatórios de análises de exames DNA realizados pelo Instituto de Criminalística de São Paulo. *Arquivos da Polícia Civil*, São Paulo, v. XLVI, p. 59, 2001.

## 15.2 DIREITO COMPARADO

A discussão sobre as intervenções corporais, se é incipiente no direito brasileiro, encontra profunda análise nos Estados estrangeiros.

A Corte constitucional italiana, na *sentenza* n° 54/86, considerou ser cabível o exame hematológico, porque é prática médica de ordinária administração, não lesa a dignidade ou a psique da pessoa, tampouco a coloca em risco de morte ou prejudica a incolumidade ou a saúde, salvo em caso patológicos excepcionais que o perito saberia facilmente identificar. Seria uma “*minime prestazioni personali imposte all'imputato o a terzi, da un normale e legittimo mezzo istruttorio*”.<sup>588</sup>

Nesse período, mais precisamente no ano de 1995, a Polícia Científica recorreu a exames genéticos para a produção de prova em cerca de mil delitos. Em 65% houve voluntária submissão ao exame, em 34% foi necessário o recurso à coercitividade e em 1%, em torno de 10 casos, o juiz não considerou oportuno atender o pedido de coerção para consecução do teste.<sup>589</sup>

Depois de dez anos, o tribunal italiano se pronunciou de forma diametralmente oposta, considerando ilegítimo o exame hematológico coativo na ausência de uma específica regulamentação das hipóteses e dos modos pelos quais tal ato poderia ser exigido.<sup>590</sup> Ao proferir a *sentenza* n° 238/96, a Corte decidiu interessar o exame hematológico não só à liberdade pessoal, mas também invade a esfera corporal do acusado em mínima medida, sem, contudo, comprometer-lhe a integridade física ou a saúde, nem a dignidade, por se tratar de prática médica de ordinária administração. Não deixa, porém, de subtrair da esfera de liberdade pessoal, para fins de aquisição probatória no processo penal, uma parte que, talvez insignificante, certamente não é nula.<sup>591</sup> A *sentenza* até admitiu o recurso à força, mas entendeu necessária a determinação legal das hipóteses em que seria cabível o exame hematológico e dos meios de colheita do

<sup>588</sup> Tradução livre: “mínima prestação pessoal imposta ao acusado ou a terceiro de um normal e legítimo meio instrutório”. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, fasc. 4, p. 2155, lug./ago., 1996.

<sup>589</sup> VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del dna. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 4, p. 1024, ott./dic., 1996 (nota de rodapé).

<sup>590</sup> GIACCA, Mariuccia. In tema di prelievo ematico coatto: brevi note a margine della sentenza della Corte Cost. n. 238 del 1996. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 2, p. 603, apr./giu., 1997.

<sup>591</sup> *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, fasc. 4, p. 2145-6, lug./ago., 1996.

material, não podendo o juiz ordenar medidas incidentes sobre a liberdade pessoal do indiciado ou do acusado ou de terceiro além dos casos especificamente previstos na lei.<sup>592</sup>

A doutrina que se ocupa das intervenções corporais, reconhecendo o traço constitucional do princípio *nemo tenetur se detegere* (art. 24 comma 2 da Constituição italiana), restringe sua aplicação às declarações auto-incriminantes, a comportamentos nos quais é requisitada uma colaboração ativa e, não, em que é compelido a submeter-se a determinada investigação de modo que a própria pessoa venha a ser considerada um objeto de averiguação, em respeito ao qual um fazer não é requerido mas um deixar fazer é imposto.<sup>593</sup>

Na Espanha, o Tribunal Supremo, 2ª Sala, em 21 de junho de 1994, reconheceu que a extração de sangue, enquanto se trata de uma intervenção corporal que afeta os direitos fundamentais da integridade física e corporal e da intimidade, requer inescusavelmente um controle judicial mediante decisão fundamentada, conforme estabelece o art. 120.3 da Constituição Espanhola.<sup>594</sup> Por sua vez, o Tribunal Constitucional, 1ª Sala, na decisão 207 de 16 de dezembro de 1996, ponderou serem causas legítimas para justificar a realização de intervenções corporais o interesse público próprio da investigação de um delito e a determinação de fatos relevantes para o processo penal, sem vulnerar o direito à integridade física, desde e sempre que a medida estiver prevista em lei.<sup>595</sup>

Quanto ao tratamento desumano ou degradante decorrente das intervenções corporais, o Tribunal Constitucional, na mesma decisão, entendeu que a extração de cabelos de diferentes partes da cabeça e de pêlos das axilas, efetivada por médico-legal, não supõe ofensa nem por sua finalidade, nem pela maneira de execução. Os graves atributos devem ser reservados para aqueles tratamentos que impliquem padecimento físico ou psíquico ilícitos e infligidos de modo vexatório para quem os sofre.

<sup>592</sup> FELICIONE, Paola. Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma. *L'indice Penale*, Padova, n. 2, p. 496, mag./ago., 1999.

<sup>593</sup> DOLSO, Gian Paolo. Libertà personale e prelievi ematici coattivi. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, fasc. 5, p. 3227, set./ott., 1996. No mesmo sentido: PIACENTINI, Claudio. In tema di rifiuto dell'imputato a sottostare alla ricognizione personale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 1, p. 327-8, gen./mar., 1980.

<sup>594</sup> FERNÁNDEZ, Ricardo Rodríguez. *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*. Granada: Comares, 1999, p. 115.

<sup>595</sup> FERNÁNDEZ, op. cit. p. 116.

No direito alemão, se o acusado está sob o dever de tolerar certas atividades, a pretensão em investigar a verdade é claramente priorizada em detrimento do interesse em manter as informações sobre seu corpo e em evitar sua divulgação.<sup>596</sup> E quanto mais grave o delito, menor valor se atribui à privacidade e a outros bens jurídicos. Isso vale inclusive para terceiros, que podem sujeitar-se a intervenções corporais mesmo contra a vontade.<sup>597</sup>

O exame corporal pode ser ordenado pelo juiz, pelo representante do Ministério Público ou pela autoridade policial em caso de urgência. A coleta de sangue, a análise genética, o encefalograma, entre outros, são executados por um médico, a teor do § 81 "a" *StPO*, sem necessidade de consentimento do acusado. O assentimento do réu somente é exigido se há risco para a saúde, em caso de intervenção médica particularmente grave ou suscetível de fracasso. Mesmo para as pessoas que possuam no corpo uma seqüela ou um elemento do crime (projétil, veneno, esperma etc) é cabível a intervenção médica, aplicando-se medidas de constrição em caso de recusa, além de se condenar ao pagamento de multa.<sup>598</sup> O *Bundesverfassungsgericht*, na decisão nº 15 de 14 de dezembro de 1978, reconheceu a admissibilidade e entendeu conforme com a Constituição a intervenção sobre cabelos e sobre a barba do acusado.<sup>599</sup>

Essa regulamentação remonta a 1933, data em que entrou em vigor a modificação da legislação. Até 1933, o *StPO* admitia apenas os exames corporais. Com a introdução do § 81 "a", passou-se a admitir a intervenção corporal. A proximidade temporal entre a criação do § 81 "a" e a tomada de poder pelos nacionais-socialistas foi essencial para a redação do dispositivo legal. À época, sequer existia o teste de DNA e os questionamentos acerca da aplicação do § 81 "a" do *StPO* como fundamento legal do exame hematológico resolveram-se pela admissibilidade, através da jurisprudência.<sup>600</sup> A introdução da análise do genoma se deu em março de 1997, quando foram acrescentados os §

<sup>596</sup> ROXIN, Claus. Involuntary self-incrimination and the right to privacy in criminal proceedings. *Israel Law Review*, Jerusalem, v. 31, p. 84, winter-summer, 1997.

<sup>597</sup> ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. 25ª auf. München: Beck. 1998, p. 277.

<sup>598</sup> DELMAS-MARTY, Mireille et al. *Procédures pénales d'Europe*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 98-9.

<sup>599</sup> RUOTOLO, Marco. Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, fasc. 4, p. 2160, lug./ago., 1996 (nota de rodapé).

<sup>600</sup> HOMMES, Gertrud A. van Eikema. TAK, Peter J. P. Le test ADN et la procédure pénale en Europe. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 4, p. 686, oct./déc., 1993.

81 “e” e “f” ao *StPO*.<sup>601</sup> A inspiração nacional-socialista da redação do dispositivo legal não só se perpetuou no tempo, como foi acrescida da previsão de exames genéticos.

Nos países do *common law*, tem-se admitido o recurso às intervenções corporais. Na Inglaterra, o *Criminal Police Evidence Act* de 1984 distinguiu entre amostra biológica íntima e não íntima, dispensando para a coleta desta última o consentimento do acusado. O critério seria o local onde fosse colhida a amostra e, na hipótese de estar localizada em um orifício do corpo humano, considerar-se-ia íntima. Posteriormente, o *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994 reputou a saliva como uma amostra não íntima, posto que colhida no interior da boca. Nos Estados Unidos, a compreensão do princípio contra a auto-incriminação se restringe às situações que envolvem a produção de declarações orais e, em algumas hipóteses, à apresentação de documentos. Logo, é reconhecido o direito de extrair uma amostra de sangue, inclusive para a comprovação de direção em estado de embriaguez, consoante decidido no julgamento *Schmerber v. California* (1966).

### 15.3 ADMISSIBILIDADE DE INTERVENÇÕES CORPORAIS NO DIREITO BRASILEIRO

O Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou a respeito da admissibilidade da prova de DNA obtida involuntariamente para a elucidação de infrações penais. Porém, já se manifestou a respeito em processos atinentes à investigação de paternidade. Como meio de se preservar a dignidade do homem, a intimidade, a intangibilidade do corpo humano, o império da lei, mais precisamente o princípio da legalidade, e para afastar a execução específica e direta de obrigação de fazer, decidiu ser incabível a condução do requerido “debaixo de vara” para a coleta do material hematológico. Indicou o plano jurídico-instrumental para solução da causa, em que a avaliação da prova e o ônus de produzi-la deve ser feita e distribuído considerando-se a recusa imotivada do requerido em submeter-se ao exame de DNA. Em nenhum

<sup>601</sup> KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren – Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*. Aachen: Shaker, 1999, p. 156.

momento se invocou o princípio contra a auto-incriminação para justificar a recusa do requerido, o que se explica por tratar-se de causas cíveis sem repercussão penal.<sup>602</sup>

A primeira decisão foi prolatada pelo Tribunal Pleno, por maioria de votos, o que não induz, necessariamente, seja similar o resultado na apreciação da questão no âmbito criminal. Houve quatro votos vencidos entendendo ser possível conduzir o investigado à colheita hemática para a pesquisa do DNA, em face da “reduzidíssima invasão à sua integridade física”.<sup>603</sup> O segundo julgamento teve decisão unânime, porque se concluiu, antes de tudo, ser desnecessária, no caso submetido à apreciação, a realização da prova pericial.

Por outro lado, admitiu-se a coleta da placenta de extraditanda grávida, após o parto, para a realização de exame de DNA com a finalidade de instruir inquérito policial instaurado para a investigação de fatos relacionados com a origem da gravidez. Também foi aceita a coleta do material mesmo contra o consentimento da extraditanda e considerando o interesse de elucidação da origem da gestação, supostamente decorrente de estupro atribuído a policiais federais que trabalhavam na carceragem em que ela estava recolhida.<sup>604</sup> O recolhimento da placenta não resultaria violência ou coação à liberdade de locomoção da extraditanda, pois ocorreria após o parto, quando não mais agregado ao corpo da grávida, caracterizando-se como matéria desintegrada de onde saiu.<sup>605</sup>

As intervenções corporais compulsórias, porque obrigam o acusado a sujeitar-se à extração de material orgânico, são veemente criticadas. Arrolam-se variados bens jurídicos lesados pelo procedimento: integridade corporal, privação de liberdade, intimidade e privacidade, dignidade humana, autodeterminação informativa e o princípio contra a auto-incriminação. Por se tratarem de bens de índole constitucional, a edição de lei que disciplinasse a forma e as condições em que seriam executadas deveria manter coerência com os postulados da Constituição da República. A questão central passa a ser averiguar a existência de inconstitucionalidade na lei que regulamentasse a matéria e prever em que medida a disciplina mais se adequaria aos princípios constitucionais.

<sup>602</sup> HC 71.373/RS e HC 76.060/SC.

<sup>603</sup> Voto do Ministro Sepúlveda Pertence no HC 76.060/SC.

<sup>604</sup> RCL 2.040/DF.

<sup>605</sup> HCMC 81.718/DF

À primeira vista, refutam-se as supostas ofensas a direitos fundamentais, conquanto não haja dúvida que sofriam limitações constitucionalmente admissíveis. Não são restrições insuperáveis, a ponto de se igualarem a efetivas lesões dos bens jurídicos. São limitações do exercício de alguns direitos que, a exemplo de muitos outros em processo penal, justificam-se e se toleram, porque compatíveis com os cânones constitucionais.

É difícil conceber que o acusado possa ser privado de sua liberdade durante o curso do processo, ter sua vida monitorada vinte quatro horas ao dia por escutas telefônicas, conduzido coercitivamente para as audiências, ter quebrado o sigilo bancário e fiscal, sujeitar-se ao reconhecimento pela vítima, apesar de não consentir, revistado em suas vestes e em seu domicílio, condenado à longa pena privativa de liberdade, após o devido processo legal, admitindo-se até mesmo o extermínio da vida em restritas hipóteses, mas dele não se possa extrair pequena quantidade de saliva ou um fio de cabelo sem que assinta. Em confronto com os meios de prova existentes, o exame compulsório de DNA pode ser incorporado ao processo penal brasileiro sem que constitua limitação de bens jurídicos que já não sofram restrições admissíveis pela atual legislação.

Aponta-se o caráter invasivo da integridade física como empecilho à adoção das intervenções corporais. Mas o exame hematológico, quando executado em ambiente sob controle médico e em normais condições de assepsia, com a possibilidade de abolir toda sensação dolorosa através da prescrição de analgésicos, não causa risco de morte ou à integridade física do acusado, sendo prática médica ordinária. A pequena quantidade de sangue necessária ao exame priva-o de quase toda repercussão sobre a hemodinâmica do organismo humano. Além disso, não há inoculação de nenhuma substância, sendo a suposta invasividade aferida apenas no momento de inserção do instrumento de coleta do sangue, o que nem sempre ocorrerá. Como é possível utilizar diversos materiais orgânicos para a realização do exame de DNA, o recurso a amostras de cabelos e saliva afasta a suposta invasividade.

Não se reconhece ofensa à integridade física pela mera submissão à intervenção corporal, pois as lesões no corpo podem ser suportadas sem integrar o sentido

material de sua tipicidade.<sup>606</sup> O afastamento da tipicidade material das ofensas corporais que não traduzam seqüelas ou sofrimento físico considerável, que não comprometam anatômica, estética, fisiológica ou mentalmente o acusado é uma exigência das combinações dos critérios da tolerância, da danosidade social e da proporcionalidade.<sup>607</sup>

Se o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso de Habeas Corpus nº 66.869/PR, decidiu ser de absoluta insignificância a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito, a ponto de impedir fosse instaurada a ação penal, não é coerente levar em consideração pequena ofensa à integridade física resultante da intervenção corporal consistente na extração de sangue ou de outra amostra de material biológico. Se o princípio da insignificância favorece o agente cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo direito penal,<sup>608</sup> não se pode erigir a insignificante lesão à integridade física como óbice às intervenções corporais.

Ao contrário, se a intervenção corporal for prejudicial à saúde do acusado, há de ser evitada. Deve-se poupar a saúde do réu hemofílico, se a coleta de sangue importar no risco de hemorragia. Parece indiscutível que nessas situações o direito à vida e à saúde constitui um limite intransponível, a exemplo do § 81 "a" do Código de Processo Penal alemão.<sup>609</sup>

Por uma questão de lógica, se houver risco de morte, não se justifica o recurso à prova derivada da intervenção corporal. Se a morte é causa extintiva da punibilidade, porque priorizar o esclarecimento dos fatos a ponto de se correr o risco de provocá-la, se, uma vez esta alcançada, de nada adiantará a elucidação, extinguindo-se o processo por uma sentença não condenatória? *Mors omnia solvit*. A prova colhida seria inócua para os fins do processo penal, posto que pudesse ter alguma utilidade em âmbito cível, para instruir a ação *ex delicto* e obter a reparação do dano decorrente do ato ilícito, observada a questão processual de admissibilidade da prova emprestada. Mas a previsão

<sup>606</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal – análise à luz das Leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência atual*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 159.

<sup>607</sup> LOPES, op. cit. p. 160.

<sup>608</sup> REBÊLO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância – interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 37.

<sup>609</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 118.

legal poderia ser no sentido de admitir a prova somente em âmbito criminal, de forma a impedir o uso dos resultados do exame de DNA em outros processos e para outras situações.

Por vezes, equipara-se o procedimento de extração de amostras biológicas à privação da liberdade, pois o acusado, para fornecer o material destinado à investigação genética, necessita de se sujeitar, por determinado lapso temporal, a restrições em seu direito de locomoção. A suposta privação de liberdade assemelha-se mais à condução coercitiva, aceita pelo Estatuto Processual Penal, não revogada pela Constituição Federal e mantida no projeto de código. Se há incertezas quanto à vigência da condução coercitiva para o acusado no interrogatório,<sup>610</sup> não há dúvida de que pode ser conduzido debaixo de vara para submeter-se ao reconhecimento, assim como a testemunha para prestar depoimento e, em relação a isso, nunca se alegou estarem sofrendo privação de liberdade por ter restringido o direito de ir e vir. O Supremo Tribunal Federal afirmou ser a condução coercitiva uma restrição aceitável à liberdade de locomoção física, jamais a sua supressão.<sup>611</sup> A retenção do acusado para a realização do exame nada mais seria do que mera restrição da liberdade para fins probatórios, circunstância que encontra respaldo legal no direito pátrio vigente.

Afirmar que o uso da força para obter uma amostra de material genético pode servir de oportunidade para a imposição de sevícias com objetivos escusos<sup>612</sup> é incorreto. Se as autoridades perseguidoras exercem tão arbitrariamente suas funções, não será através da oportunização da colheita de material genético que os abusos e violências entrarão em cena, pois muitas são as ocasiões em que podem agir arbitrariamente. Além disso, existem mecanismos capazes de evitar essas situações. O recolhimento da amostra pode ser feito perante o juiz, porque “o método de coleta do sangue é simples, pois existe material apropriado para facilitar essa tarefa”<sup>613</sup> e caso se opte por amostra de saliva, o procedimento é ainda mais singelo.

Objeta-se principalmente que o teste de DNA forneceria mais informações

<sup>610</sup> SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 265.

<sup>611</sup> HC 71.039/RJ.

<sup>612</sup> ARRUDA, José Acácio. PARREIRA, Kleber Simônio. *A prova judicial de ADN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 163.

<sup>613</sup> ARRUDA, PARREIRA, op. cit. p. 180.

sobre a pessoa do que as necessárias para a identificação das amostras, possuindo o dado suplementar caráter privado, por se tratar de informação genética. O grande receio, como anota Casabona, na difusão descontrolada da engenharia genética, seria o “risco de converter o ser humano em cidadão ‘transparente’ ou de ‘cristal’”.<sup>614</sup>

Realmente, a decodificação genética possui um lado perverso ao dar ensejo à criação de discriminações de caráter pessoal, familiar e trabalhista, para pactuar seguros de vida, de enfermidade ou aposentadoria, com o risco de se estabelecer preconceitos éticos, pois certas doenças aparecem com maior incidência em determinados grupos raciais.<sup>615</sup>

A melhor defesa contra a discriminação genética é a privacidade genética.<sup>616</sup> Basta que não se dê publicidade às informações genéticas do indivíduo e se restrinja o acesso a elas ao foro criminal.<sup>617</sup> A divulgação de dados seria o mais relevante revés do conhecimento das informações genéticas pelas autoridades perseguidoras, pois representaria, além da possível devassa da intimidade do acusado, uma reprovável maneira de conduzir-se no cargo público. Cuida-se de conduta ilícita, passível de sanções penais, cíveis e administrativas.

O nosso vetusto Código Penal prevê o delito de violação de sigilo profissional (art. 325), em que se pune a revelação de fato de que tem ciência o funcionário público em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, apenando-se também a facilitação da revelação. Além da norma vigente, está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.610/98, que define os crimes resultantes de discriminação genética, punindo, entre outras, a conduta de seguradoras, planos de saúde e estabelecimentos de ensino que recusam ou limitam a prestação de serviços com base em informação genética do indivíduo. Em complementação, o Projeto de Lei nº 4.662/01 proíbe a exigência de apresentação do exame de DNA a seguradoras, a prestadoras de assistência médica e odontológica e a escolas públicas e privadas. Por sua vez, o Projeto de Lei nº 4.661/01

<sup>614</sup> CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito*. São Paulo: IBCCRIM, 1999, p. 56.

<sup>615</sup> CASABONA, op. cit. p. 56.

<sup>616</sup> ARRUDA, PARREIRA, op. cit. p. 145.

<sup>617</sup> Em seara distinta, revela-se a preocupação com a divulgação de dados. No exame nacional de cursos de nível superior, realizado anualmente pelo MEC, os resultados individuais obtidos pelos alunos não são computados para a sua aprovação e são fornecidos exclusivamente a cada um deles. A divulgação dos resultados dos exames implicará a responsabilidade do agente público e as informações somente poderão

dispõe sobre a proteção do código genético individual, considerando-o sigiloso e sendo expressamente proibido o fornecimento de informações por laboratórios e clínicas. No mesmo sentido caminha o Projeto de Lei nº 3.377/00, apresentado pelo então deputado Aloizio Mercadante, vedando a utilização do código genético para fins de encaminhamento à obtenção de emprego ou trabalho, aceitação em seguro de vida ou plano de saúde e qualquer outro tipo de sistema de seleção de candidatos, inclusive, para registro de identificação.

A previsão de sanções de variada natureza é importante elemento para preservar a intimidade do acusado. Na realidade, a propagação de informações obtidas através da prova pericial não pode funcionar como óbice à efetivação das intervenções corporais. Seria como proibir a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal sob a alegação de que, preso, o acusado sujeitar-se-ia a tortura ou a tratamento cruel ou degradante. A análise da questão não deve ater-se aos possíveis efeitos reflexos da medida, que precisam ser evitados por outras formas. A informação resultante de um mapeamento genético, caso revelada pelo profissional encarregado da intervenção corporal ou pelo responsável pela obtenção do resultado, acarretará a responsabilização pela prática do ato ilícito. Puna-se administrativa, civil e penalmente, mas se preserve a consecução do exame.

Para contornar o problema, assevera *Stella Maris Martinez*, citando a Resolução de 16 de março de 1989 adotada pelo Parlamento Europeu, que as análises genéticas nos procedimentos judiciais exigem “que seja passível de utilização unicamente aquelas partes da análise do genoma que estejam revestidas de importância para o caso e que não permitam nenhum tipo de dedução sobre a totalidade da informação hereditária”.<sup>618</sup> Restringir a extensão do exame sobre o DNA é uma das formas de se impedir o acesso a dados de caráter pessoal e, conseqüentemente, a sua divulgação. O exame que se realiza sobre a parte não codificada, isto é, que não contém as informações hereditárias, não ofende os direitos de personalidade do acusado. Nesse sentido, para resguardar a intimidade do réu, o *Bundesverfassungsgericht* condicionou a legitimidade

---

ser usadas para avaliar a qualidade e eficiência das atividades de ensino, pesquisa e extensão. Trata-se de um bom exemplo de como se pode regulamentar a preservação de informações.

<sup>618</sup> MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCRIM, 1998, p. 214.

constitucional da análise de DNA ao âmbito não codificante, com fundamento no § 81 “a” *StPO*.<sup>619</sup>

A técnica deve ser empregada com o intuito de identificação de autores de delitos, com base em vestígios encontrados na cena do crime ou na vítima. Por conseguinte, não se pode identificar o gene determinante da agressividade ou de algum desvio sexual e, com base nessa informação inserida em banco de dados, inferir a participação da pessoa em crimes violentos ou contra os costumes. Seria desvirtuar a utilização do exame e introduzir um direito penal do autor, em que a pena seria imposta baseada em sua suposta periculosidade. É preciso ter ainda em conta que entre ser portador de um gene alterado e apresentar a doença ou a disfunção relacionadas a este gene existe uma probabilidade e, não, uma certeza.

Na Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht* decidiu ser garantia da dignidade humana a liberdade de declaração (*Aussagefreiheit*)<sup>620</sup> e toda violação à recusa em falar ou, por extensão, à recusa em fazer ou agir consiste em ofensa à dignidade. Por outro lado, a jurisprudência alemã não observa lesão à dignidade em decorrência da submissão do acusado a intervenções corporais, especialmente porque não há desrespeito à recusa em fazer ou em agir do acusado. Valer-se da força para empregar métodos invasivos de colheita de material probatório não violaria a dignidade, caso contrário, toda expressão do poder coercitivo estatal redundaria na lesão da dignidade humana e importaria em deixar inerte o Estado no exercício do poder-dever punitivo.

Conforme seja o método empregado para a colheita da amostra biológica e o tipo de material extraído, admite-se possa a intervenção corporal ser ofensiva ao pudor e à intimidade. Nessas hipóteses, deve-se respeitar a dignidade ao máximo, proibindo-se, por exemplo, as intervenções que recaiam sobre zonas íntimas do corpo. A tutela constitucional da intimidade, da honra e da imagem parece justificar, mais do que nunca, a recusa do suspeito ou do acusado em submeter-se a exames de partes íntimas.<sup>621</sup>

<sup>619</sup> GURIDI, José Francisco Etxebarria. Las investigaciones genéticas como medio de prueba en el proceso penal alemán tras la reforma de la ordenanza procesal penal de 17 de marzo de 1997 (parte II). *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 10, p. 74, ene./jun., 1999.

<sup>620</sup> KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren – Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*. Aachen: Shaker, 1999, p. 39.

<sup>621</sup> FERNANDES, António Scarance. GOMES FILHO, António Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 116.

Não é possível, porém, sob a falsa premissa de ofensa ao pudor ou à intimidade, garantir ao acusado uma posição de domínio exclusivo sobre a informação e impedir seja recolhido o material destinado à realização do exame. Estabelecer regras rígidas sobre as situações nas quais seria vedada a produção da prova, baseada na ofensa ao pudor, não constitui a medida mais precisa. A exemplo da legislação penal, que não discrimina o que seria ato obsceno, cuja prática em lugar público constitui delito inserido no Capítulo que trata “Do Ultraje Público ao Pudor” (art. 233), tampouco define o que seria “Importunação ofensiva ao pudor” (art. 61 da Lei de Contravenções Penais), convém relegar aos juízes decidir quando estaria configurada a lesão para os fins processuais de colheita de prova. Estando caracterizada a ofensa à intimidade através da lesão ao pudor, o exame de DNA não seria realizado.

Na literatura estrangeira, indica-se a autodeterminação informativa (*informationelle selbstbestimmung*) como bem passível de sofrer ofensas em face da compulsão às intervenções corporais.<sup>622</sup> Consiste na “faculdade do indivíduo, derivada da idéia de autodeterminação, de decidir basicamente por si próprio quando e dentro de quais limites deve revelar situação referente à própria vida”,<sup>623</sup> conforme decidiu o *Bundesverfassungsgericht*.

Conquanto a autodeterminação informativa não seja objeto de maior apreciação pela doutrina e jurisprudência brasileiras, a reduzida atenção dispensada à sua análise é suficiente para excluir uma suposta incompatibilidade com as intervenções corporais.

Não há lesão ao direito de autodeterminação das informações pessoais. Na ponderação do interesse geral no esclarecimento dos fatos e da intensidade da intervenção corporal, prevalece o primeiro, como corolário da interpretação sistemática do ordenamento processual penal. O acusado possui maior controle sobre seus dados pessoais na seara cível e é sintomático que a decisão prolatada pelo tribunal alemão diga respeito a uma causa não-penal. Discutia-se acerca da divulgação de dados censitários.

No âmbito cível não há nenhuma forma de coação para a obtenção forçada de prova. A sua ausência resolve-se pela aplicação das presunções e pela distribuição do

<sup>622</sup> KELLER, Rainer. Die Genomanalyse im Strafverfahren. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, n. 37, p. 2295, 13 sept. 1989.

<sup>623</sup> CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Do gene ao direito*. São Paulo: IBCCRIM, 1999, p. 59.

ônus entre as partes. A prisão civil prevista para o depositário infiel e para o devedor de alimentos, exemplo de coação empregada no direito processual civil, limita-se a compelir a parte ao cumprimento de uma obrigação e, não, ao fornecimento de prova.

Por outro lado, nem toda inserção de prova no processo penal requer o consentimento do acusado. A interceptação telefônica possibilita a obtenção de prova sem o seu conhecimento; através da decretação da prisão preventiva, por conveniência da instrução criminal, priva-se o réu da liberdade, mesmo contra sua vontade, para facilitar a inserção de provas no processo; documentos podem ser apreendidos na sua residência e dados de informática são passíveis de interceptação. Se diversas provas referentes ao acusado são introduzidas no processo, independentemente de sua vontade, é inexato afirmar possuir ele controle sobre os dados pessoais. A autodeterminação informativa não tem alcance abrangente no processo penal capaz de impedir se proceda às intervenções corporais.

Ronald Torka sustenta, a respeito das intervenções corporais, que "*der Betroffene werde so stark durch keine andere staatliche Massnahme in seiner persönlichen Selbständigkeit getroffen*".<sup>624</sup> Porém, a assertiva merece ponderações. A pena privativa de liberdade, a prisão provisória, o monitoramento de diálogos, a sanção capital e a medida de segurança de caráter indeterminado são superlativamente mais lesivos do que as intervenções corporais, mormente em relação àquelas que não possuem o caráter de invasividade. A admissão das intervenções corporais compulsórias no direito brasileiro, posto que seja uma novidade em relação ao tipo de prova que se disponibilizará, não representa nenhuma inovação acerca das restrições a bens jurídicos que já suporta o acusado.

#### 15.4 INTERVENÇÕES CORPORAIS EM FACE DO PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO

Em se tratando do objeto central do estudo, o princípio contra a auto-incriminação merece análise à parte.

<sup>624</sup> Tradução livre: "o envolvido não é afetado tão intensamente em sua autonomia pessoal através de nenhuma outra medida estatal". TORKA, Ronald. *Nachtatverhalten und Nemo tenetur – eine Untersuchung über die Grenzen "zulässiger Verteidigung" und die Relevanz des Nemo-tenetur-Prinzips bei der*

Aponta-se que as intervenções corporais ofenderiam o princípio *nemo tenetur se detegere*, porque ele mais contribui para assegurar ao acusado a plena liberdade de autodeterminação e, por consequência, obsta a aquisição de prova contrariamente à sua vontade e à sua consciência.<sup>625</sup> No direito brasileiro, a afirmação exige ressalvas, porquanto a liberdade de autodeterminação por trás do princípio contra a auto-incriminação não é exercida incondicionalmente.

Não há nenhuma disposição que, especificamente, proíba ou autorize a intervenção corporal no acusado, com o intuito de aquisição de prova. A questão situa-se em saber se a intervenção corporal é viável, em caso de negativa do réu. A resposta é formulada com base em outra pergunta: se o falar depende de uma escolha voluntária, por que não exigir a voluntariedade para todas as provas cuja produção possua nexos com o acusado?

Afirmar ter a Constituição Federal de 1988 consagrado apenas o direito de permanecer calado, de modo a limitar-se a falta de colaboração ao testemunho oral, vai contra a firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e contra robusta doutrina. O direito de permanecer calado é expressão sinedóquica do princípio contra a auto-incriminação e compreende todas as ações que redundem em exigir do acusado prova de sua responsabilidade penal.

Também não é adequado pugnar que o princípio se resuma a não obrigar o acusado a fornecer elementos cognoscitivos contraproducentes à sua posição processual e, não tendo as intervenções corporais natureza cognoscitiva, pois “não é o acusado que é forçado a falar, mas são os fatos (a coincidência ou não dos códigos genéticos) que falam por si”,<sup>626</sup> não haveria a tutela do princípio. A conclusão é exata, mas o raciocínio empregado para se alcançá-la merece críticas.

---

*Strafzumessung selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000, p. 86.

<sup>625</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O teste de dna como prova criminal. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 18, p. 1, jul., 1994. KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren – Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*. Aachen: Shaker, 1999, p. 170. BONACCORSO, Norma. Elaboração de laudos e relatórios de análises de exames DNA realizados pelo Instituto de Criminalística de São Paulo. *Arquivos da Polícia Civil*, São Paulo, v. XLVI, p. 75, 2001.

<sup>626</sup> ARRUDA, José Acácio. PARREIRA, Kleber Simônio. *A prova judicial de ADN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 161.

Esse raciocínio se baseia no fato de que a ordem para a realização do exame médico do acusado não é considerada prejudicial ao estabelecimento da inocência ou da culpabilidade e constitui um aspecto normal e freqüentemente desejável em uma instrução completa e conscienciosa.<sup>627</sup> Os métodos baseados na análise de DNA não consistem em instrumentos de indagação da verdade que beneficiem exclusivamente os órgãos incumbidos da investigação e persecução dos delitos, mas também podem resultar interessantes para o próprio acusado, se não for responsável pelos fatos que se lhe atribuem.<sup>628</sup> Argumenta-se que uma diligência destinada ao esclarecimento dos fatos, que dependa da colaboração do acusado para se concretizar, não teria conteúdo incriminatório por não se saber de antemão o resultado obtido.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal reconheceu ser uma faculdade do acusado participar ou não de alguma diligência que tenha indiscutível eficácia probatória, independentemente se poderia facilitar a defesa ou favorecer a acusação.<sup>629</sup> O princípio contra a auto-incriminação protege a liberdade de autodeterminação e o árbitro do possível prejuízo decorrente da diligência é o acusado, a quem se confia decidir ou não por colaborar. Ao escolher se calar, somente ao acusado é possível saber se as declarações, caso proferidas, seriam incriminatórias. Nem por isso dele se retira o direito de permanecer calado. A imprevisão do resultado do exame de DNA não é o real motivo para se obrigar o acusado a sujeitar-se à prova, mas, sim, a exclusão da liberdade de autodeterminação que informa o princípio *nemo tenetur se detegere*.

O princípio contra a auto-incriminação se limita à faculdade de todo indivíduo em não ser convertido em meio ativo de prova contra si próprio. Quando se permite ao réu não contribuir para a própria incriminação, autoriza-se possa ser omissivo. Sempre que se requeira um comportamento ativo de caráter probatório – porque a prova somente se produz através da ação – faculta-se a recusa em agir. Desde logo, portanto, são excluídas da tutela do princípio contra a auto-incriminação a produção de prova que

<sup>627</sup> KERCHOVE, Michel van de. La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 1, p. 6, jan./mars, 1992.

<sup>628</sup> GURIDI, José Francisco Etxeberria. Las investigaciones genéticas como medio de prueba en el proceso penal alemán tras la reforma de la ordenanza procesal penal de 17 de marzo de 1997 (parte II). *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 10, p. 69, ene./jun., 1999. No mesmo sentido é o posicionamento da Comissão Europeia dos direitos do homem. In: KERCHOVE, op. cit. p. 5.

<sup>629</sup> RHC 64.354/SP.

prescinde da vontade do acusado e a conduta ativa destinada a impedir a elucidação da verdade, através da destruição de elementos probatórios inseridos ou passíveis de o serem no processo. Outra não é a razão por que o princípio contra a auto-incriminação simboliza-se, no direito positivo, pelo direito de permanecer calado, típica conduta omissiva.

Argumentar que nas intervenções corporais se suprime a liberdade de autodeterminação e o acusado se transforma em objeto de prova, trazendo à memória a triste lembrança do processo inquisitório, no qual não ocupava o posto de sujeito processual, é emblemático, mas inverídico. A idéia força, que seria a realização absoluta do interesse do Estado, reduzindo o acusado a objeto do processo, sem direitos ou liberdade de autodeterminação, é ilusória.

Com mestria *Figueiredo Dias* explica o motivo do repúdio à concepção do acusado como objeto de prova:

“As soluções legais em matéria de silêncio e de cessação do dever de colaboração explicam-se perfeitamente pela oposição que assim se quer fazer à velha e odiosa ideia inquisitória, segundo a qual o arguido, enquanto meio de prova, poderia ser obrigado – inclusivamente através de meios de coacção física e psíquica, sem excluir a própria tortura – à prestação de declarações que o incriminassem”.<sup>630</sup>

Se no procedimento inquisitório o acusado era, exclusivamente, objeto de prova, o pensamento liberal que passou a informar o processo penal garantiu-lhe a posição de sujeito, sem, contudo, apagar o aspecto probatório que o envolvia. O acusado é, sempre foi e, provavelmente, nunca deixará de ser objeto de prova. A evolução se nota na civilidade dos meios para usufruir desse objeto. Isso não lhe reduz o status de sujeito no processo ou subtrai direitos e garantias. Apenas responde a uma necessidade de apuração dos fatos.

A opinião predominante no direito alemão considera o acusado um meio de prova (*Beweismittel*), sem retirar-lhe a posição de sujeito processual.<sup>631</sup> No direito brasileiro, a situação não é diferente. O Código de Processo Penal admite a realização de

<sup>630</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda, 1974, v. 1, p. 450.

<sup>631</sup> AMELUNG, Knut. Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 15/16, p. 739, 1987.

busca pessoal sobre o acusado sempre que houver fundada suspeita de que esteja ocultando arma proibida ou objetos relacionados ao crime, hipótese em que se converte em objeto de prova. Autoriza a legislação processual o reconhecimento de pessoas, se necessário com o emprego da condução coercitiva, determinando que o réu seja colocado como objeto de observação entre outros indivíduos para permitir identificá-lo como autor do crime. Havendo dúvida sobre sua integridade mental, será submetido a exame médico-legal que, embora não esteja capitulado como prova, apresenta inequívoco caráter probatório, no sentido de apontar a inimputabilidade penal e conduzir à absolvição. O acusado torna-se objeto de exames, sem perder o posto de sujeito processual, tampouco se transformar em coisa.

É incorreto afirmar que nenhuma prova pode ser admitida no processo se produzida inibindo a liberdade de autodeterminação do réu. Necessário evitar que da previsão normativa do direito de permanecer calado não se depreenda uma verdadeira cultura de não-colaboração e de absoluta intangibilidade. Melhor, é preciso que a ausência do dever de cooperação do acusado seja compreendida nos seus devidos termos.

O princípio contra a auto-incriminação, erigido sobre a liberdade de autodeterminação, sofre restrições assim como esta também padece. Assim como o indivíduo não tem ampla liberdade sobre sua vida, não podendo dela dispor, haja vista o direito brasileiro não admitir a figura da eutanásia, o acusado não possui ampla liberdade sobre as provas a serem inseridas no processo.

O Estado tem o poder de agir com o emprego de força para colher provas e assegurar a aplicação da lei penal. A estruturação de um direito genérico de não suportar nenhuma diligência de prevenção, de inquirição e de prova poderia deixar inermes as autoridades encarregadas da persecução penal no desempenho de legítimas atividades de proteção da convivência e da segurança social. Em decorrência, o exercício da *vis absoluta* está autorizado, ao mesmo tempo em que é excluída a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*. Conforme visto no capítulo 10, uma das condicionantes do princípio contra a auto incriminação é a possibilidade de colheita de prova através de coerção, independentemente do consentimento do acusado.

Se não se impuser ao acusado a obrigação de suportar negativamente diligências em sua pessoa, a investigação das infrações penais seria inviabilizada, pois se

vedaria exigir identificação dactiloscópica, tirar fotografias para registro criminal, submeter-se ao reconhecimento pessoal, sujeitar-se à prisão provisória de finalidade instrutória indireta etc. Essas imposições já existem no direito brasileiro e a previsão de intervenções corporais em nada inovaria, no sentido de restringir direitos do réu.

Ao se aceitar as intervenções corporais compulsórias, emerge uma aparente contraditoriedade da disciplina da matéria, com um sistema sustentado no direito de refutar o diálogo, mas, ao mesmo tempo, que obriga a suportar o exame sobre o corpo. Essa suposta contraditoriedade explica-se pela possibilidade de exercício de coação pelo Estado em relação a condutas que não se traduzem em um fazer, mas, sim, em mero tolerar. Por isso, o princípio contra a auto-incriminação não é empecilho a que se procedam às intervenções corporais, conquanto outros bens jurídicos possam sofrer restrições juridicamente admissíveis, que não se igualam a efetivas lesões.

#### 15.5 PRESCRIÇÕES A SEREM OBSERVADAS

Não existe lei específica regulamentando as intervenções corporais compulsórias.<sup>632</sup> O fato de o direito processual admitir a produção de provas legalmente permitidas e moralmente legítimas não constitui autorização para obrigar o acusado a submeter-se ao exame de DNA. A expressão é muito genérica para impor uma obrigação e restringir direitos fundamentais. As restrições devem ser específicas, necessitam de previsão legal, cujos pressupostos precisam ser discriminados, assim como a extensão da limitação. A obtenção de dados pessoais se faz com a indicação específica e precisa dos dados sobre os quais se quer obter informação e desde que seja necessária e adequada à finalidade pretendida.<sup>633</sup> Por enquanto, “em vez do princípio da procura sem limites da verdade, vigora hoje a regra de que toda a actividade probatória, que implique uma

<sup>632</sup> Entre os inúmeros projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, tendo como objeto a pesquisa do código genético, a identificação individual e a colheita de material, o Projeto de Lei nº 3.078/00, cujo relator é o Deputado Jorge Costa, é a proposta tecnicamente mais aceitável.

<sup>633</sup> KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren – Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo teneatur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*. Aachen: Shaker, 1999, p. 48.

intervenção mais ou menos relevante nos direitos individuais postula invariavelmente a necessária legitimação legal".<sup>634</sup>

Somente nas hipóteses em que há voluntariedade do acusado em submeter-se ao exame, dispensável lei que imponha a obrigação. Não são desconhecidas do direito processual penal as perícias laboratoriais, como é o caso do exame de DNA, não obstante a técnica tenha sido criada mais de quarenta anos após a edição do código. O art. 170 do Código de Processo Penal dispõe que "nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas". Se o acusado se dispõe a sujeitar-se ao exame, basta que sejam adotadas as disposições aplicáveis à prova pericial, entre as quais o art. 170 do estatuto processual.

A Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo editou a Resolução nº 194/99, estabelecendo normas para coleta e exame de materiais biológicos para identificação humana. Como não poderia deixar de ser determinou que "a coleta de material biológico em pessoas vivas será feita somente em locais apropriados e com o expreso consentimento destas" (art. 5º, parágrafo único).

Em decorrência, atualmente, não se pode compelir o acusado a sujeitar-se às intervenções corporais, pois consistiria em constrangimento ilegal. Nenhum direito fundamental pode sofrer restrição sem a intervenção do legislador e "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II da Constituição). Indispensável, portanto, a regulamentação da matéria, com a observância de determinadas prescrições.

É preciso, como salientado, lei específica. Mesmo o §:81 "a" do Código de Processo Penal alemão, que regulamenta a forma das intervenções corporais, como ressalta Keller, não podia ser usado como fundamento para a análise do genoma, havendo necessidade de edição de regulamentação própria.<sup>635</sup> Essa regulamentação específica veio

<sup>634</sup> ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 22.

<sup>635</sup> KELLER, Rainer. Die Genomanalyse im Strafverfahren. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, n. 37, p. 2296, 13 sept. 1989.

com a *Strafverfahrensänderungsgesetz*, de 17 de março de 1997, que passou a permitir os exames moleculares genéticos.<sup>636</sup>

A lei deve detalhar as hipóteses em que o exame pode ser compulsoriamente executado, em que condições será realizado, bem como de quais direitos e prerrogativas dispõe o réu. Deve-se saber as circunstâncias e os objetivos pré-determinados a partir do que serão realizados exames genéticos; quem terá acesso à informação resultante das análises das amostras biológicas e a utilização a ser dada, bem como quais medidas de proteção da informação deverão ser adotadas.

Em se tratando de imposição de limitações a determinados direitos, além de aferir a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente estabelecida, deve-se verificar a compatibilidade desta com o princípio da proporcionalidade.

“Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)”.<sup>637</sup>

A regulamentação legal deve guardar a proporcionalidade entre a gravidade do crime objeto de investigação e o resultado que se pretende atingir com o meio de prova. Um cânone de proporcionalidade deve orientar a disciplina da matéria. O legislador brasileiro já fez opção pelo princípio da proporcionalidade ao limitar as interceptações telefônicas a crimes punidos com reclusão, ao vedar a concessão de anistia e graça aos crimes hediondos, assim como ao considerar inafiançáveis e imprescritíveis outras infrações e ao restringir a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos aos delitos cuja pena não seja superior a quatro anos, excluídos os culposos. E a jurisprudência pátria também não desconhece o princípio da proporcionalidade.<sup>638</sup>

<sup>636</sup> ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. 25ª auf. München: Beck, 1998, p. 539.

<sup>637</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamentais e controle de constitucionalidade – estudos de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 43.

<sup>638</sup> A primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está relacionada com o direito de propriedade, RE 18.331. Rel. Min. Orozimbo Nonato, 1953. MENDES, op. cit. p. 194.

Há de se excluir a intervenção corporal em crimes não particularmente graves, tendo por parâmetro o limite das penas cominadas.<sup>639</sup> Apesar de o exame de DNA ter por foco o esclarecimento de delitos que envolvam violência sexual<sup>640</sup> ou homicídios,<sup>641</sup> em relação aos quais é comum encontrar material orgânico no local do crime ou junto à vítima, não se pode excluir, açodadamente, as demais infrações. A miríade de situações em que se imaginaria ser possível fazer uso do exame de DNA recomenda não restringir o alcance da prova em face do bem jurídico sobre o qual se erigiu o tipo penal.

Não se deve aproveitar o rol de crimes trazido por outras leis, a exemplo da Lei nº 8.072/90, pois seria impróprio.<sup>642</sup> Além de selecionar aqueles delitos para os quais se supõe a utilidade da realização do exame para elucidação dos fatos, o rol próprio impede se converta a lei em letra morta, indicando crimes que dificilmente fariam boa utilização da técnica, a exemplo do tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12 da Lei nº 6.368/76) e da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273 do Código Penal). Caso se pretenda reduzir a aplicação do exame de DNA, recomendável seja feita a limitação tendo em vista o *quantum* mínimo da pena imposta ou o tipo de sanção cominada ao delito que se pretende apurar, a exemplo das hipóteses em que é cabível a prisão preventiva.

Deve-se dar preferência às intervenções corporais não-invasivas. Além de trazer menor risco de lesão à integridade física do acusado, afasta sensações dolorosas e torna mais fácil o procedimento de coleta da amostra. No direito inglês, as coletas são

<sup>639</sup> O Projeto de Lei da relatoria do Deputado Wasny de Roure impõe a identificação genética, desde que não identificado civilmente, ao preso em flagrante delito, ao indiciado em inquérito policial, àquele que pratica infração penal de menor potencial ofensivo e contra quem for expedido mandado de prisão. Até nas infrações de que dificilmente resultará prisão exige-se a submissão a exame de DNA, sem nenhuma indicação da necessidade.

<sup>640</sup> O Projeto de Lei de autoria da Deputada Zelinda Novaes dispõe sobre a obrigatoriedade da coleta de material para a elaboração de exame pericial de DNA apenas nos crimes contra a liberdade sexual que deixem vestígios.

<sup>641</sup> No Estado de São Paulo, até novembro de 2000, dos mais de 120 casos recebidos pelo Laboratório de DNA do Instituto de Criminalística, 39% disseram respeito a crimes sexo-relacionados; 38% a crimes de homicídios; 22% a identificação de cadáveres e 1% a outros crimes, obtendo-se êxito nas análises em 70% dos casos que já foram concluídos. BONACCORSO, Norma. Elaboração de laudos e relatórios de análises de exames DNA realizados pelo Instituto de Criminalística de São Paulo. *Arquivos da Polícia Civil*, São Paulo, v. XLVI, p. 79, 2001.

<sup>642</sup> O Projeto de Lei nº 188/99 institui a obrigação de identificação criminal genética para todos aqueles que cometerem crimes hediondos, o que não consiste em boa técnica.

classificadas em *intimate samples*, caso da coleta sanguínea, e *non intimate samples*, a exemplo da extração de fios de cabelo e de saliva.<sup>643</sup> Semelhante normatização poderia ser adotada, para se recorrer às extrações de sangue nos casos estritamente necessários.

A previsão de indícios razoáveis da autoria ou da participação na infração penal, além da impossibilidade de se fazer a prova por outros meios deve constar como requisito indispensável à realização do exame de DNA.

Deve-se utilizar a prova apenas em âmbito penal e, exclusivamente, no procedimento que gerou a necessidade de se fazer uso da intervenção corporal. A informação obtida será usada unicamente para o fim que a originou. Pode-se ainda prever a destruição da amostra após a utilização no processo, como meio de se evitar a utilização em outras áreas. Contudo, caso se queira constituir um banco de dados similar aos já existentes em relação às impressões digitais, os resultados dos exames de DNA poderiam ser registrados, com aplicação exclusiva para fins penais, como ocorre hoje com os antecedentes criminais. Em complemento, devem ser previstas medidas específicas mais restritivas em relação à divulgação de dados genéticos.

A coleta do material deverá ser realizada por uma pessoa habilitada e apenas se não houver risco de lesar a integridade física ou de morte. O exame deverá ser de atribuição da polícia técnica e, não, de laboratórios civis, comumente designados para constatação de paternidade através da análise do DNA.

Além da regulamentação legal, a determinação judicial é o segundo requisito imprescindível à realização compulsória do exame de DNA. O filtro judicial, naquelas hipóteses previstas em lei, prestar-se-ia a evitar o uso desvirtuado do instrumento probatório, como assinala *Stalteri*.<sup>644</sup> Além do requisito objetivo – previsão legal – exige-se o subjetivo, que deixa à autoridade judicial a valoração da necessidade da prova para esclarecimento dos fatos. É truísmo afirmar que a decisão judicial há de ser fundamentada.

O recurso às intervenções corporais só deve acontecer nas hipóteses em que se apresentar indispensável para a elucidação dos fatos, não sendo possível ao juiz

<sup>643</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2002, p. 287-8 (Tese, Doutorado em Processo Penal).

<sup>644</sup> STALTERI, Marcello. *Genetica e processo: la prova del 'dna fingerprint'*. Problemi e tendenze. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 1, p. 199, gen./mar., 1993.

formar seu convencimento de outro modo. As intervenções corporais, tal como o Direito Penal, devem existir como *ultima ratio*.

As intervenções corporais devem ser aptas a atingir os objetivos pretendidos, sem que nenhum meio menos gravoso para o acusado se revele igualmente eficaz na consecução da pretensão. Em consonância com o princípio da proporcionalidade, as intervenções devem ser adequadas, necessárias e convenientes aos fins que se pretendem alcançar.<sup>645</sup> Assim como o princípio da proporcionalidade orienta a determinação judicial na decretação da prisão provisória, em que se afere a necessidade e a utilidade da custódia cautelar, a ordem que obrigue a submeter-se à intervenção corporal há de assegurar que as limitações a direitos fundamentais sejam imprescindíveis para conseguir o fim perseguido, tomando como norte a proporção entre o sacrifício do direito e a situação que se pretende esclarecer.

Dispensável dizer, porque o próprio sistema processual brasileiro já prevê, acerca da faculdade de recorrer das decisões judiciais. Deve ser recorrível a decisão, atribuindo-se a ela efeito suspensivo da execução da determinação judicial. Na atual sistemática do Código de Processo Penal, cabível seria o recurso em sentido estrito, acrescentando-se ao art. 584 a hipótese de decisão que defere o pedido de realização de intervenção corporal sobre o acusado.

Além de se estabelecer o efeito em que seria recebido o recurso, recomendável garantir ao acusado o direito de contra-análise. A razão de ser do art. 170 do Código de Processo Penal é justamente assegurar a contra-prova pelo acusado, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. A prova produzida a partir de intervenção corporal deve e pode mais facilmente se submeter ao contraditório, sujeitando-se, por isso mesmo, a um controle judicial mais rígido e objetivo que aquele resultante do silêncio do acusado.<sup>646</sup>

<sup>645</sup> KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren – Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*. Aachen: Shaker, 1999, p. 115.

<sup>646</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, n. 8, p. 160, 2001.

## 15.6 ALTERNATIVAS ÀS INTERVENÇÕES CORPORAIS

A previsão da submissão compulsória às intervenções corporais, em caso de ausência de consentimento do acusado, apresenta-se como a medida mais adequada para inserir o exame de DNA no contexto do processo penal. Caso não se opte por submetê-lo coativamente à intervenção, tampouco se aceite a recusa injustificada, abrem-se dois caminhos: impor uma penalidade ou avaliar as conseqüências da recusa no contexto probatório.

Nos Estados Unidos, ao acusado que se recusa a cooperar na instrução probatória, comumente se utiliza o *civil contempt* ou o *criminal contempt* como meio de coagi-lo ou puni-lo por não obedecer à ordem judicial para participar de algum procedimento de identificação.<sup>647</sup> A recusa só se aceita se a procura por provas do crime acarretar perigo de vida ou risco à saúde do suspeito, como firmado em *Winston v. Lee* (1985).<sup>648</sup>

Pode-se conceber uma sanção autônoma em decorrência da recusa injustificada, embora se trate de um modelo que não se integra com as exigências próprias do processo penal, pois converteria o ônus da prova em obrigação. A aplicação de pena “*può costituire un'efficace forma di pressione al fine di convincere l'interessato a mutare atteggiamento*”.<sup>649</sup> É possível que a sanção independente seja superior à pena do delito em relação ao qual o acusado se recusa a sujeitar-se à intervenção corporal. Por outro lado, se a aplicação de uma sanção tem cunho preventivo, a fim de evitar que a recusa não se opere novamente ou estimule outros réus a ter o mesmo comportamento, quando o crime pelo qual responde é particularmente grave, a previsão de uma pena reduzida é pouco eficaz, sem aptidão para provocar a obediência do acusado.

A inflicção de uma multa teria o mesmo efeito prático da sanção pecuniária no

<sup>647</sup> ISRAEL, Jerold H. LAFAVE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993, p. 238.

<sup>648</sup> BLOOM, Robert M. BRODIN, Mark S. *Criminal procedure: examples and explanations*. 2ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1996, p. 351.

<sup>649</sup> Tradução livre: “Pode constituir uma eficaz forma de pressão a fim de convencer o interessado a mudar de postura”. VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del dna. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 4, p. 1048, ott./dic., 1996.

direito penal, isto é, bastante reduzido. Assim como poucos são os acusados que efetuam o pagamento da pena pecuniária a que foram condenados, poucos serão os réus que terão condições de pagar a multa imposta pelo descumprimento da obrigação.

Determinar a prisão até que se disponha a realizar o exame é arbitrário. A privação da liberdade, no curso do processo, é excessivamente mais rigorosa do que a coleta de material orgânico e com ela não mantém relação de proporcionalidade. A prisão somente deve ocorrer nas restritas hipóteses discriminadas em lei e, a título de punição, depois de assegurado o devido processo legal. A prisão como forma de compelir ao cumprimento de uma obrigação é prevista apenas para o depositário infiel e o devedor de alimentos, dela não conhecendo o processo penal, uma vez que a detenção provisória é empregada, exclusivamente, para a asseguuração da prova e da aplicação da lei penal.

O descumprimento da obrigação pelo acusado poderia ser sancionado com a agravação da pena, aplicada a todos os delitos, como forma de repreender quem obstaculizou a atividade persecutória. Seria o anverso da circunstância atenuante da confissão espontânea, que premia o acusado facilitador do trabalho da acusação. Contudo, contrariaria a sistemática das circunstâncias agravantes e atenuantes do Código Penal, pois associa às condutas manifestadas pelo acusado após o crime apenas a finalidade de abrandamento da pena. Ademais, a pena deixaria de equivaler à medida da culpabilidade, ou seja, a culpabilidade deixaria de ser o parâmetro superior do estabelecimento da punição, porquanto fatores posteriores à conduta típica e estranhos à infração praticada seriam considerados para o agravamento da sanção.

Por outro lado, a recusa poderia ser valorada como prova, deixando ao alvedrio judicial sopesá-la. Afirma-se que quanto mais elevada a qualidade dos resultados provenientes do exame corporal, tanto mais processualmente relevantes serão as implicações da recusa a sujeitar-se a eles.<sup>650</sup> É a solução encontrada na Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e República da Irlanda, prevista no *Police and Criminal Evidence Act* de 1984.

A valoração da recusa injustificada como elemento de prova é já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no tocante ao processo civil.<sup>651</sup> Pode servir

<sup>650</sup> STALTERI, Marcello. Genetica e processo: la prova del 'dna fingerprint'. Problemi e tendenze. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 1, p. 221, gen./mar., 1993.

<sup>651</sup> HC 71.373/RS.

suficientemente para a formação do convencimento judicial ou funcionar como mero elemento que, concorrendo com outros, autorize decisão desfavorável a quem se recusou a submeter ao exame. Na área cível aceitam-se com mais facilidade as presunções decorrentes da recusa em submeter-se ao exame de DNA para constatação da paternidade. Isso porque o novo Código Civil, repetindo o anterior, traz algumas presunções de paternidade capazes de influir no julgamento da ação de reconhecimento de filiação. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; os nascidos nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação judicial, nulidade e anulação de casamento; os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (art. 1597). O Código de Processo Civil não fica atrás, pois determina que a recusa injustificada em exhibir documentos acarreta a presunção de veracidade dos fatos alegados. Além disso, se o réu não contesta a ação, reputam-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor.

Na esfera penal, a situação é diversa. Em matéria probatória, o trabalho com presunções é excepcionalíssimo, pois tudo há de ser efetivamente provado. Em verdade, as mais importantes presunções existentes são favoráveis ao acusado, que deve ser considerado inocente em havendo dúvida insuperável sobre sua culpabilidade, como resultado da aplicação do princípio *in dubio pro reo*. A presunção mais notória em processo penal é a de inocência, segundo a qual se reputa inocente o acusado até decisão condenatória transitada em julgado.

Por conseguinte, estabelecer presunções desfavoráveis ao réu por não sujeitar-se à realização do exame de DNA equivale a extrair inferências negativas do completo silêncio durante o interrogatório. Nesse tópico, o processo penal chegou a um ponto em que não mais se pode condescender com retrocessos. O princípio da presunção de inocência impede o seu oposto, qual seja, a presunção de culpabilidade resulte da recusa injustificada à submissão ao exame de DNA. Há o risco da discricionariedade do juiz agudizar-se e culminar em condenações sustentadas exclusivamente sobre a recusa,

fazendo do provérbio “quem não deve, não teme” princípio jurídico interpretativo. Extrair inferências da recusa é basear a sentença na íntima convicção. A não-colaboração nada influi na aferição da culpabilidade, embora o espírito do julgador se previna, indevidamente, com a recusa imotivada em produzir prova a cargo da acusação, mas que poderia facilmente ser introduzida no processo pelo réu.

Comunga-se da opinião de *Vigoni*, para quem

*“non appare interpretabile nel senso di desumerne con sicurezza elementi a favore dell'accusa, ma solo un 'sospetto' che, di per sé, non potrebbe essere assunto a fondamento di alcuna conclusione, ma diverrebbe significativo solo in presenza di elementi già idonei a sostenere un giudizio di colpevolezza”*.<sup>652</sup>

Em sentido contrário, o Tribunal Constitucional espanhol não tomou como *ficta confessio* a recusa injustificada de submeter-se à prova, mas esse comportamento obstrucionista do trabalho da justiça pode ser considerado como indício juntamente com os demais elementos probatórios acumulados no processo.<sup>653</sup> O posicionamento não poderia integrar-se ao processo penal brasileiro, porque a presunção de inocência goza de status constitucional e nenhuma norma de hierarquia inferior poderia retirar-lhe o valor.

A consecução coercitiva da extração de amostras de material orgânico, ao mesmo tempo que obsta sejam adotadas as temerárias presunções de culpabilidade, não acrescenta nova acusação ou punição pela recusa injustificada do acusado. Ademais, o recurso às intervenções corporais compulsórias propicia maior segurança no julgamento através da apresentação de prova de credibilidade considerável.

O caminho natural que se observa é desenvolver e aperfeiçoar o programa genético humano, assim como incrementar sua aplicação no processo penal,<sup>654</sup> porque as pesquisas devem voltar-se à utilização do conhecimento obtido nos diversos campos da ciência. Através do exame de DNA, no futuro, será possível obter um perfil de DNA que seja único para cada pessoa, abandonando-se os atuais cálculos de probabilidade. A

<sup>652</sup> Tradução livre: “não se apresenta explicável no sentido de deduzir com segurança elementos a favor da acusação, mas apenas uma ‘suspeita’ que, por si só, não poderia ser suposição que fundamentasse alguma conclusão, mas se mostraria significativa apenas na presença de elementos já idôneos a sustentar um juízo de culpabilidade” VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del dna. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 4, p. 1043, ott./dic., 1996.

<sup>653</sup> CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito*. São Paulo: IBCCRIM, 1999, p. 101-2.

<sup>654</sup> KELLER, Rainer. Die Genomanalyse im Strafverfahren. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, n. 37, p. 2295, 13 sept. 1989.

tendência é a Genética Forense, especialidade da Medicina Forense, desenvolver-se cada vez mais.

Nas próximas décadas, experimentar-se-á a evolução de novas técnicas mais acuradas para a aquisição de evidências a partir do corpo humano, subtraídas da posse e do controle do acusado. A modernização das técnicas de coleta das amostras tem apresentado cada vez mais soluções menos invasivas ou lesivas da integridade física do réu. Os novos métodos, assim como os atuais, para serem admitidos no processo devem atender três requisitos: gozar a fonte de autoridade reconhecida na comunidade científica, assentar-se em preceitos irrefutáveis e exibir a coerência lógica do resultado proposto. Com o passar do tempo mais se evidenciará a grande importância dos modernos meios técnicos para auxiliar a identificação de autores de crimes e para demonstrar a inocência de vítimas de erros judiciários, em face do elevado índice de probabilidade de acerto.

E “a atitude do jurista deverá ser expectante e aberta, disposta a reconsiderar suas formulações à luz das inovações científicas – e tecnológicas – e sempre a serviço do ser humano”.<sup>655</sup>

## 15.7 COLETA DE MATERIAL ORGÂNICO SEM CONHECIMENTO DO ACUSADO

Embora se alegue que a análise do material genético não codificado, retirado do corpo ou da esfera privada (*Privatsphäre*) do acusado, sem o consentimento, constitua uma violação aos direitos da personalidade,<sup>656</sup> é necessário bem definir as situações em que a lesão pode ocorrer.

Em regra, os direitos da personalidade podem até ser limitados, mas não violados. Excepcionalmente, observa-se a lesão a esses direitos, especialmente na obtenção de prova mediante o laivado do réu.

Excluída a hipótese em que o acusado é compelido a fornecer amostra de material orgânico, duas outras situações são observadas: a primeira, na qual se recolhe a amostra sem seu conhecimento, a partir de restos orgânicos coletados por agentes que

<sup>655</sup> CASABONA, op. cit. p. 122.

<sup>656</sup> KELLER, Rainer. op. cit. p. 2293.

rastreamos seus passos; e a segunda, quando o material a ser analisado é obtido também sem o conhecimento, mas mediante procedimentos sub-reptícios.

Tendo em vista a forma da coleta da amostra, a falta de conhecimento do réu sobre o fornecimento de material não constitui obstáculo à sua inserção no processo, ao passo que o vício do conhecimento é impeditivo à produção da prova.

Uma coisa é obter prova, com emprego ou não de força, com ou sem o conhecimento do acusado, outra, conseguir através de engano do conhecimento. O Estado está autorizado a exercer a força. Mas não há nenhum princípio constitucional ou dispositivo infraconstitucional que lhe autorize ludibriar. Ao contrário. Os vícios de consentimento são anuláveis; os erros materiais nunca transitam em julgado; o erro de tipo isenta de pena. Essas disposições reconhecem a existência do erro, mas sempre com o intuito de saná-lo, não havendo norma que permita ao Estado enganar para obter prova.

Pode-se conseguir a prova mediante força. Pode-se consegui-la sem conhecimento do acusado, basta lembrar as interceptações telefônicas.<sup>657</sup> Mas não é possível obtê-la através de fraude.

Raciocínio similar é feito em referência ao flagrante esperado e ao flagrante preparado. Enquanto naquele, a autoridade policial em nada intervém para a consumação do delito e apenas aguarda a prática dos atos de execução, neste, existe a participação direta do agente provocador, a caracterizar o crime impossível. A figura do agente provocador não tem validade tanto em âmbito penal, pois caracteriza o crime impossível na maioria das vezes, quanto em nível processual, pela simples razão de que não cabe ao Estado esclarecer fatos através do engano dos supostos autores do delito.

O flagrante esperado se assemelharia à coleta da amostra abandonada pelo acusado, enquanto o flagrante preparado se identificaria com a obtenção da amostra mediante subterfúgio. Com fundamento nessa analogia, é lícita a conduta dos policiais que somente esperam o desenrolar dos acontecimentos para efetuar a prisão em flagrante, o mesmo não podendo ser dito em relação à ativa participação dos agentes de polícia no alcançamento do resultado. Excluir a licitude da prova na primeira hipótese "seria o

<sup>657</sup> No direito alemão, a disciplina não é diversa, porquanto o *Bundesgerichtshof* decidiu que as informações obtidas na audição de diálogo do acusado com terceiro podem ser valoradas como prova. FEZER, Gerhard. *Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht – Teil 1. Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 12, p. 611, 1996.

mesmo que punir a diligência e a perseverança do investigador que teve paciência e não recorreu a métodos violentos de investigação e premiar o descuido do criminoso".<sup>658</sup>

O *Bundesgerichtshof* decidiu haver lesão à dignidade humana, ainda que não haja conteúdo íntimo ou privado, na gravação de voz, mais tarde utilizada como prova, obtida sem o conhecimento do acusado.<sup>659</sup> Ateve-se ao aspecto formal, pois houve erro no método de colheita da prova. Falou-se em ofensa ao princípio contra a auto-incriminação, porque se provocou a produção de prova sem o consentimento do réu.<sup>660</sup> E isso é correto, pois surge a figura do agente provocador, com a diferença que, em processo penal, a provocação é para obter prova sobre fato já ocorrido, ao passo que, em direito penal, visa ao cometimento de delito cuja consumação é de impossível ocorrência. Em ambos há a fraude, determinante da invalidade do ato.

Embora seja admissível a atividade investigativa que colhe material orgânico abandonado pelo acusado ou agregado a algum objeto, a oposição que se levanta gira em torno de aferir a autenticidade da amostra recolhida sem a ciência do réu e a correção da conduta de quem efetuou a coleta. Por isso é preferível seja feito o exame com o conhecimento do acusado, embora sem o consentimento, ao invés de se realizar mediante material recolhido seguindo-se seus passos, em que sempre haverá maior risco de erro. Terá ele um mínimo de controle sobre a produção da prova.

A questão resolve-se em melhor solução com a imposição da autorização judicial como requisito para recolher a amostra de material orgânico. A prova obtida sem o conhecimento do acusado não teria validade, o que daria credibilidade ao procedimento compulsório, não obstante a história recente revele inúmeras irregularidades constatadas em interceptações telefônicas executadas com autorização judicial.

<sup>658</sup> ARRUDA, José Acácio. PARREIRA, Kleber Simônio. *A prova judicial de ADN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 164.

<sup>659</sup> ROXIN, Claus. Involuntary self-incrimination and the right to privacy in criminal proceedings. *Israel Law Review*, Jerusalem, v. 31, p. 80, winter-summer, 1997.

<sup>660</sup> ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. 25ª auf. München: Beck, 1998, p. 202.

A cada vez maior dependência do homem aos veículos automotores, aferida pela crescente utilização do transporte rodoviário, repercute de forma direta sobre o direito. Normas de circulação de veículos, regras de trânsito e, até mesmo, punições pela lesão de bens jurídicos alheios são criadas a fim de disciplinar a utilização das vias terrestres.

Nos últimos anos, dado o aumento considerável do uso de veículos automotores em igual proporção eleva-se o número de acidentes de trânsito, muitos dos quais cometidos por motoristas em estado de embriaguez. Impedir a ingestão de bebidas alcoólicas antes de se conduzir um veículo ou tolerá-la em limites mínimos são medidas adotadas para reduzir o índice de acidentes e, conseqüentemente, as mortes no trânsito. Apenar o motorista embriagado tornou-se precaução destinada a tolher acontecimentos mais graves e a difundir a cultura de que substâncias alcoólicas ou entorpecentes não se associam com a condução de automóveis.

O princípio contra a auto-incriminação toca a questão da embriaguez no trânsito quando se torna necessário constatar a direção sob a influência de álcool. Malgrado os meios existentes para a aferição da embriaguez, é discutido se podem ser utilizados independentemente do consentimento do acusado nas hipóteses em que elementos de prova desfavoráveis são passíveis de serem extraídos. O uso do bafômetro acirra as discussões principalmente porque, em sede administrativa, há normas impondo a sua aplicação.

H. W. Smith mostrou, através de estudos de diversos pesquisadores, as dificuldades do diagnóstico clínico da intoxicação alcoólica, cujas variações aparentes no resultado do diagnóstico clínico de embriaguez, firmado por diferentes médicos em exame do mesmo paciente, correm por conta de fatores subjetivos.<sup>661</sup> Da pesquisa se concluiu não ser o exame clínico a prova mais eficaz para a constatação da embriaguez.

O bafômetro ou etilômetro ou etiloteste surge como instrumento apto à realização do teste de alcoolemia. Os métodos de dosagem baseiam-se na premissa de que o álcool se distribui entre o sangue e o ar do alvéolo pulmonar e graças à estreita

<sup>661</sup> SMITH, H. W. Drinking and driving. *Criminal Law Quart.*, n. 3, p. 113, 1960.

correlação mantida entre a concentração de álcool no ar alveolar e no sangue é possível proceder à dosagem.<sup>662</sup> A aferição da quantidade de álcool era, em geral, feita pela oxidação com bicromato de potássio em meio ácido.<sup>663</sup> Atualmente, equipamentos mais sofisticados estão disponíveis comercialmente: os descartáveis, os portáteis e os de uso forense. O princípio químico utilizado e a tecnologia agregada, refletidos nos custos dos equipamentos variam em proporção das necessidades das determinações de precisão e exatidão e das condições em que serão utilizados, tais como o tempo de resposta e de recuperação do aparelho para a próxima análise.

O bafômetro descartável, construído para indicar a presença de concentrações específicas de etanol no sangue, é geralmente empregado nos países em que o cidadão quer saber se está apto a dirigir segundo o código de trânsito local e adota a clássica reação óxido-redução com íons bicromato. Os etilômetros portáteis normalmente são empregados para a autuação de motoristas pela autoridade policial e baseiam-se em medidas eletroquímicas, usando as chamadas células de combustível. Bafômetros baseados em medidas de condutividade elétrica, usando materiais condutores ou medidas espectrofotométricas na região do infravermelho, também são utilizados, especialmente em análises usadas como provas legais, porque melhor se adaptam às condições encontradas em laboratório.<sup>664</sup>

Os bafômetros baseados em células de combustível começaram a ser comercializados no meio da década de 1970 e vêm sendo continuamente aprimorados. Os desenvolvimentos mais recentes melhoraram a precisão do equipamento, reduziram efeitos residuais entre as análises (efeitos de memória) e aumentaram a eficiência dos equipamentos, em termos do número de análises por hora. Além disso, estudos realizados na década de 1990 mostraram que as medidas realizadas com bafômetros baseados em células de combustível são menos afetadas pela presença de outras substâncias, potencialmente interferentes e geralmente presentes no ar expirado. Este tipo de bafômetro é encontrado em diversos modelos e vem sendo usado no Brasil.<sup>665</sup>

<sup>662</sup> PRADO, Aymar Baptista. Um rápido e preciso método para diagnóstico químico da embriaguez. *Revista Brasileira de Farmácia*, São Paulo, ano II, p. 210-1, jul./ago., 1970.

<sup>663</sup> PRADO, op. cit. p. 210.

<sup>664</sup> ANDRADE, João Carlos de. COSCIONE, Aline Renée. Simulação de um bafômetro. Disponível na internet em maio/2001. [http://www.chemkeys.com/bra/md/eddns\\_2/sdub\\_2/sdub\\_2.htm](http://www.chemkeys.com/bra/md/eddns_2/sdub_2/sdub_2.htm)

<sup>665</sup> ANDRADE, COSCIONE, op. cit. [http://www.chemkeys.com/bra/md/eddns\\_2/sdub\\_2/sdub\\_2.htm](http://www.chemkeys.com/bra/md/eddns_2/sdub_2/sdub_2.htm)

O método de colheita da amostra é relativamente simples:

“A colheita de amostra de ar expirado dispensa a presença de pessoa especialmente habilitada e de material asséptico como acontece nas dosagens alcoólicas procedidas no sangue. O ar expirado é material de mais fácil colheita, não requer nenhum tratamento prévio da amostra e o resultado da análise pode ser conseguido cêrca de 3 minutos após a colheita da amostra. Exige, como é natural, participação ativa do examinado, porém não viola a integridade física do mesmo”.<sup>666</sup>

No Direito Comparado, o Código Penal da Espanha, no art. 380, pune a recusa em sujeitar-se ao exame como crime de desobediência grave, previsto no art. 556. Em recente decisão, o Tribunal Constitucional não reconheceu a inconstitucionalidade do art. 380 do Código Penal, decisão essa que vem merecendo extensos reparos na doutrina especializada.<sup>667</sup>

No direito italiano, o *Codice della Strada* (art. 186 e 187) prevê em caso “*di rifiuto dell'accertamento (compiuto mediante analyse dell'area espirata o dei liquidi biologici) che il conducente sia punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con l'arresto fino a un mese e con l'ammenda fino a due milioni*”.<sup>668</sup> Afasta-se a execução coercitiva do exame, embora se admita a condução do acusado até o local da coleta do material (urina ou sangue).<sup>669</sup> A Corte Constitucional italiana, através da *sentenza* n° 194/96, excluiu a suposta inconstitucionalidade do disciplinamento em questão, pois se trata de uma verificação obrigatória, prevista em lei e não danosa à saúde, que encontra justificação na exigência de solidariedade social, com base na qual o comportamento perigoso do indivíduo não deve prejudicar os outros.<sup>670</sup>

O Código da Estrada de Portugal (Decreto-lei n° 265-A/2001), em seu art. 158, dispõe em sentido semelhante, havendo previsão de punição por desobediência para

<sup>666</sup> PRADO, op. cit. p. 213.

<sup>667</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: RT, 1998, p. 52.

<sup>668</sup> Tradução livre: “de recusa da verificação (teste mediante análise do ar expirado ou do líquido biológico) o motorista seja punido, salvo se o fato constituir crime mais grave, com privação de liberdade até um mês e multa de até 2.000.000 de liras”. RUOTOLO, Marco. Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, fasc. 4, p. 2154, lug./ago., 1996.

<sup>669</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O principio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2002, p. 268 (Tese, Doutorado em Processo Penal).

<sup>670</sup> FELICIONE, Paola. Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma. *L'indice Penale*, Padova, n. 2, p. 498-9, mag./ago., 1999.

quem se recusar a submeter-se às provas estabelecidas para a detecção do estado de embriaguez. O *Code des Débits de Boisson e des Mesures contre l'Alcoolisme*, em França, estabelece a pena de prisão por um ano e multa de 25.000 francos para quem se recusar à verificação da embriaguez.

A Suprema Corte americana firmou o entendimento, no julgamento *Dakota v. Neville* (1983), que o acusado, diferentemente do direito de se recusar a testemunhar, não é protegido pela 5ª Emenda para subtrair-se ao exame de dosagem etílica, caso haja suspeita de que dirige embriagado.<sup>671</sup>

Na Alemanha, apesar das prescrições contidas no § 81 do *StPO*, não se pode obrigar o indivíduo a submeter-se ao exame de alcoolemia. A obrigação insculpida no § 81, "a" refere-se à tolerância passiva à coleta de sangue. Para a colaboração ativa do acusado, tal como a expiração de ar, o dispositivo legal não confere autorização.<sup>672</sup>

No direito pátrio, a Lei nº 9.503/97, em seu art. 269, IX determina às autoridades de trânsito e aos agentes da autoridade a realização de teste de dosagem de alcoolemia ou perícia de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. Fixou-se o limite de seis decigramas de álcool por litro de sangue dentro do qual poderá o indivíduo conduzir o veículo. Para a constatação do excesso, estão previstos os testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam constatar a embriaguez.

Nos termos do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro, o recurso aos testes e exames é necessário se o condutor de veículo automotor envolver-se em acidente de trânsito ou for alvo de fiscalização de trânsito, desde que haja, nessa última hipótese, suspeita de haver excedido os limites de seis decigramas.

A resolução nº 81, de 19 de novembro de 1998, emanada do CONTRAN, determinou que a comprovação de que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor, sob suspeita de haver excedido os limites de seis decigramas de álcool por

<sup>671</sup> UVILLER, H. Richard. Self-incrimination by inference: constitutional restrictions on the evidentiary use of a suspect's refusal to submit to a search. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 81, n. 1, p. 48, summer, 1990.

<sup>672</sup> ROXIN, Claus. *Strafprozessrecht: Prüfe dein Wissen – Rechtsfälle in Frage und Antwort*. 15ª auf. München: Beck, 1997, p. 118. ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. 25ª auf. München: Beck, 1998, p. 273.

litro de sangue, ou de haver usado substância entorpecente, será confirmada pelo teste em aparelho de ar alveolar (bafômetro), pelo exame clínico com laudo conclusivo e firmado pelo médico examinador da Polícia Judiciária ou por exames realizados por laboratórios especializados, em caso de uso da substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos, de acordo com as características técnicas científicas (art. 1º, I, II e III). Os art. 2º e 3º estabelecem ser obrigatória a realização do exame de alcoolemia para as vítimas fatais de trânsito, sob pena de aplicar a penalidade administrativa estabelecida no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, qual seja, multa e suspensão do direito de dirigir.

A redação do art. 2º (“é obrigatória a realização do exame de alcoolemia para as vítimas fatais de trânsito”) parece uma garantia ao condutor, para comprovar que a vítima fatal estava embriagada, no intuito de excluir ou atenuar a culpa daquele. Mas o art. 3º afasta a dúvida, ao especificar a penalidade aplicada ao condutor que se recusa em submeter-se ao exame de alcoolemia.

Procura-se assegurar a idoneidade do exame de alcoolemia ao determinar o art. 5º a aferição dos aparelhos sensores de ar alveolar por entidades indicadas pelo órgão máximo executivo de trânsito da União. A Resolução nº 109, de 21 de dezembro de 1999, dispõe que a homologação de cada modelo de aparelho sensor de ar alveolar (etilômetros, etilotestes ou bafômetros), de que trata o art. 5º da Resolução nº 81/98 – CONTRAN, far-se-á mediante Portaria do Órgão Máximo Executivo de Trânsito da União.

Das disposições regulamentares se depreende a previsão da realização de testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam constatar a embriaguez.

A recusa em sujeitar-se ao exame de alcoolemia, na hipótese em que há vítimas fatais, foi equiparada, pela Resolução nº 81/98, à infração descrita no art. 165 da Lei nº 9.503/97: “Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”. A quem se negar submeter-se ao exame de alcoolemia será aplicada a mesma penalidade por dirigir embriagado. Mais do que uma presunção de

culpa, a equiparação da recusa à própria infração administrativa transforma uma circunstância em elemento determinante da inflicção de penalidade.

A respeito do exame de dosagem alcoólica, *Mirabete* salienta proibir a Constituição a violação da integridade física até do preso e, tratando-se de exame invasivo, só pode ser realizado com o consentimento do motorista.<sup>673</sup> Quanto ao consentimento do motorista, efetivamente mostra-se necessário, porquanto a Lei nº 9.503/97 não prevê a realização da extração de sangue, as hipóteses, condições e modo em que seria efetuado o exame. Simplesmente faz referência à perícia, o que, por si só, é insuficiente para autorizar a extração de material biológico do condutor do veículo. Para o efeito de apuração da embriaguez mediante a extração de sangue, *Geraldo de Faria* defende ser legítima a recusa do cidadão, inclusive aquele envolvido em acidente, ou surpreendido na rotina do policiamento, por não existir lei a respeito da obrigatoriedade do exame de sangue, valendo, para tanto, o princípio da legalidade firmado no art. 5º, II, da Constituição Federal.<sup>674</sup> Sustenta o autor, porém, ser legítima a extração de sangue pelo médico, em caso de acidente, para fins de medicação e de anestesia. Eventual dado coletado capaz de prejudicar o indivíduo está acobertado pelo segredo profissional que, por via reflexa, assegura o princípio contra a auto-incriminação.<sup>675</sup>

*Mirabete* também diferencia, a exemplo da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, o direito de permanecer calado do princípio *nemo tenetur se detegere* ao discorrer sobre o uso do bafômetro. “A Constituição Federal só prevê o direito ao silêncio. (art. 5º, Inc. 63), não essa regra doutrinária genérica, *nemo tenetur se detegere*. Estaria proibida portanto qualquer outra determinação: andar na linha, fazer o quatro, submeter-se ao exame clínico (deixar que o perito examine o hálito, os olhos, etc.)”.<sup>676</sup> O autor admite a utilização do bafômetro, proibida qualquer outra determinação, por falta de amparo legal. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em repetidas vezes, inferiu do direito de permanecer calado o princípio *nemo tenetur se detegere*, de modo a tolher o emprego do etilômetro. Como o indivíduo não é obrigado a produzir prova que o

<sup>673</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Código nacional de trânsito: questões diversas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 24, p. 232, out./dez., 1998.

<sup>674</sup> PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. Embriaguez ao volante e lesão corporal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 13, p. 200, jan./mar., 1996.

<sup>675</sup> PINHEIRO, op. cit. p. 200.

<sup>676</sup> MIRABETE, op. cit. p. 232.

incrimine – função que compete ao Estado –, o teste obrigatório do bafômetro caracteriza-se violador da cláusula do devido processo, na lição de *Paulo Fernando Silveira*.<sup>677</sup>

Em outra vertente, situa-se *Callegari*, para quem

“o condutor tem o direito a negar-se a colaborar no momento em que é submetido a uma investigação como a do teste de alcoolemia, podendo ocorrer, em contrapartida, as conseqüências que podem derivar de tal negativa, é dizer, no momento de apreciação judicial da prova e da íntima convicção, poderá o Juiz servir-se de tal negativa e formular sua decisão”.<sup>678</sup>

Posição semelhante permite inferir do silêncio provas contrárias ao acusado, o que é atualmente repellido pela doutrina majoritária. Ademais, é mister que o juiz externe sua íntima convicção através da motivação em fatos objetivos, não sendo possível a tanto proceder através do raciocínio presuntivo baseado em ato omissivo, que nada prova.

Aproveitando-se da lição da doutrina e da interpretação dos dispositivos legais, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, chega-se a algumas conclusões.

Exigir do acusado se sujeite ao etilômetro viola o princípio contra a auto-incriminação, segundo o qual não se pode impor comportamentos ativos tendentes à produção de prova. Por outro lado, não haveria óbice a que se coletassem amostras biológicas para aferição da embriaguez, uma vez que o réu toleraria a ingerência estatal sem contribuir ativamente para a própria incriminação. No entanto, não há autorização legal – sendo insuficiente mera resolução administrativa – para compelir o réu a submeter-se à extração de sangue, de forma a caracterizar constrangimento ilegal eventual determinação nesse sentido. A previsão de realização do teste de alcoolemia do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro não implica seja ele executado mediante a extração de sangue, cuja autorização, por importar em restrição de direito, não deve ser compreendida em termos tão genéricos.

<sup>677</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 387.

<sup>678</sup> CALLEGARI, André Luís. A inconstitucionalidade do teste de alcoolemia e o novo código de trânsito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 757, p. 429, nov., 1998.

Resta recorrer, para a constatação do excesso de álcool no sangue, aos exames clínicos ou à perícia. A esta são aplicáveis as mesmas ponderações tecidas para o exame de alcoolemia. Não poderão ter caráter invasivo, por falta de previsão legal, e o consentimento do acusado será o único meio para tornar possível a realização da prova pericial que envolva a extração de material biológico.

Por derradeiro, o exame clínico, apesar de os resultados às vezes imprecisos como atrás mencionado, afigura-se como medida utilizável à constatação da embriaguez. Em havendo previsão legal de sua realização e por não representar restrição de direitos do acusado, não poderá existir recusa em a ele sujeitar-se. Não se afasta, como é óbvio, a valoração de outras provas não previstas no art. 277 da Lei nº 9.503/97. A confissão, as testemunhas e a palavra de eventual vítima não devem ser esquecidas para a formação do convencimento judicial, mormente se é manifesta a intenção do acusado em não sujeitar-se a nenhuma prova técnica. Nos delitos de trânsito, apesar de a embriaguez apresentar-se como conceito eminentemente técnico, em face do estabelecimento de limites toleráveis de ingestão de álcool, cuja comprovação dependeria igualmente de meios técnicos, a prova oral, associada às regras de experiência comum ou profissional a respeito do metabolismo da substância, pode servir de elemento para a constatação da condução sob influência de bebida alcoólica. A testemunha que relate ter presenciado o acusado ingerir determinada quantidade de álcool possibilita ao juiz, considerando a massa corporal do réu, o tipo de líquido e a ingestão de medicamentos ou de alimentos juntamente com a bebida, concluir se está caracterizada a embriaguez. Pessoas com peso corporal elevado são mais resistentes ao álcool. A ingestão de bebidas juntamente com alimentos costuma diminuir a velocidade de absorção do etanol e a combinação álcool-medicamentos pode provocar interações bastante danosas, dependendo da substância envolvida.

Se a verdade alcançada pela sentença penal é imperfeita, admitindo-se a prova indiciária para a prolação de decreto condenatório, não haverá maior prejuízo em se valorar como suficiente a prova testemunhal, na ausência de perícia ou testes outros de alcoolemia para a apuração da culpabilidade.

A recusa obstinada em sujeitar-se a todo tipo de prova não gera a aplicação da punição descrita no art. 165 da Lei nº 9.503/97, consoante preconizado pela Resolução nº 81/98, embora o direito administrativo não tenha incorporado o princípio *nemo tenetur se*

*detegere*.<sup>679</sup> Não porque seja ineficaz ou inadequada, mas, sim, porque sanções penais ou administrativas somente podem ser trazidas por lei, em respeito ao princípio da legalidade. É indevida a extensão de sanção prevista para uma infração a outra que sequer possui seus elementos constitutivos descritos em lei, especialmente quando a aplicação extensiva é feita por resolução administrativa.

Atualmente, para a constatação da embriaguez, o acusado pode apenas ser compelido a submeter-se ao exame clínico, previsto em lei, desde que este se restrinja a uma inspeção sem caráter invasivo.

---

<sup>679</sup> Vide capítulo 7.

A todo tempo se fez referência ao princípio contra a auto-incriminação, pressupondo a involuntariedade do acusado em produzir prova em seu desfavor. O direito de permanecer calado evita que essa produção involuntária de prova, isto é, a compulsão pelos órgãos de persecução penal acarrete a introdução no processo de elementos não desejados pelo acusado, observados alguns pressupostos.

Em sentido oposto, existe a auto-incriminação voluntária, quando o próprio acusado, através de ato de vontade livre, faz surgir elementos utilizáveis para selar a condenação penal. O direito penal e o direito processual penal da atualidade têm erigido a auto-incriminação voluntária, assim como a heteroincriminação voluntária, em importantes instrumentos para a repressão, sobretudo da criminalidade organizada. Em substituição à tortura, não mais cabível em face da expressa vedação constitucional (art. 5º, III da Constituição de 1988), diante da previsão do direito de permanecer calado e porque afastado foi o juramento, observa-se uma tendência de obter a confissão através de prêmios. No atual momento histórico mais se avulta o papel do direito premial.

O princípio contra a auto-incriminação se cruza de modo sutil com as ofertas de cooperação sugeridas aos acusados cada vez em maior medida. É certo que o princípio envolve a incriminação involuntária, ao passo que o direito premial se assenta na voluntariedade do acusado em colaborar na persecução penal. Mas ambas as situações se assemelham pelos efeitos: a possibilidade de incriminação em decorrência de uma conduta do acusado, exigida (involuntária) ou desempenhada (voluntária).

De acordo com *Ferrajoli*, o garantismo processual acusatório exclui qualquer colaboração do acusado que seja fruto de sugestões ou negociações, tanto mais se forem desenvolvidas à sombra...<sup>680</sup>... como única solução, para afastar a tentação de se escambar confissão e delação por impunidade ou reduções de sanção, a absoluta proibição legal de atribuir alguma relevância penal ao comportamento processual do acusado, inclusive para os fins de determinação da pena, vedação que se tornaria, com a prática, regra de deontologia profissional dos magistrados.<sup>681</sup> Em uníssono, *Gomes Filho*

<sup>680</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5ª ed. Madrid: Trota, 2001, p 609.

<sup>681</sup> FERRAJOLI, op. cit. p. 609-10.

considera incompatível com o princípio da presunção de inocência as disposições legais que possam, direta ou indiretamente, forçar o suspeito, indiciado ou acusado a uma auto-incriminação.<sup>682</sup> Em desarmonia com os dois autores, *Kirsch* sustenta que a colaboração no processo penal requer se abandonem posições erigidas para a proteção do acusado.<sup>683</sup>

Há, no entanto, um termo médio no qual se pode ancorar. A expectativa da contribuição do acusado na persecução penal não importa na supressão ou na restrição da tutela a ele dispensada, mesmo naquelas hipóteses em que a auto-incriminação é inexigível, sendo possível sua coexistência com disposições que, sem constrangimento físico ou moral, incentivem sua colaboração. Ademais, a presunção de inocência, instituída em benefício do acusado, não é violada se, dada a liberdade de autodeterminação que comanda a conduta processual do réu, escolhe-se uma tese defensiva entre aquelas inseridas no conceito constitucional da ampla defesa.

Justifica-se vigorizar o direito premial para suplantar a precariedade das investigações criminais. Consiste em um fenômeno mundial, quando o Estado se revela impotente diante da criminalidade, especialmente a organizada e transnacional. Na Itália, por exemplo, a partir do final da década de 70, em correspondência à expansão do fenômeno da criminalidade organizada particularmente grave, promulgou-se uma série de leis que incentivavam, premiando de várias formas, a colaboração com a autoridade processante das pessoas envolvidas na atividade criminosa.<sup>684</sup> Nos Estados Unidos, o acusado se declara culpado porque a lei estabelece uma pena mais severa para aqueles que insistem em ir a juízo ou porque é sabido que geralmente os juízes impõem penas mais benignas aos que renunciam o seu direito de ter um julgamento.<sup>685</sup> A opção revela ser o direito premial importante mecanismo para o próprio funcionamento do sistema processual norte-americano. O simplificado procedimento do *plea bargaining*, em que o acusado, reconhecendo-se culpado, deixa de ser processado por outros delitos ou recebe pena mais branda, reduz a carga de trabalho dos juízes criminais, afasta o áspero

<sup>682</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 113.

<sup>683</sup> KIRSCH, Stefan. Derecho a no autoinculparse. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 262.

<sup>684</sup> CALAMANDREI, Iolanda. La collaborazione processuale di imputati e testimoni nei sistemi di common law. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 1, p. 240, gen./mar., 1986.

<sup>685</sup> GARCIA, Nicolás Rodríguez. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano: repercussões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 13, p. 83, jan./mar., 1996.

embate dos advogados no *trial* e dá fôlego à máquina judiciária norte-americana, evitando seu colapso.<sup>686</sup>

O direito brasileiro possui variados estímulos à escolha da colaboração em detrimento do direito de permanecer calado ou do direito de opor-se à acusação, tais como a confissão espontânea e a redução ou a extinção da pena do comparsa delator. O Código Penal prevê no art. 65, III, "d" a confissão espontânea da autoria do crime como circunstância atenuante da pena. A Lei nº 7.492/86, alterada pela Lei nº 9.080/95, estabelece em seu art. 25, § 2º outro efeito da confissão espontânea. A revelação à autoridade policial ou judicial de toda a trama delituosa que envolva co-autores ou partícipes funciona como causa de diminuição de pena, de 1/3 a 2/3. Semelhante disposição é estatuida no art. 16, parágrafo único da Lei nº 8.137/90, em referência aos crimes praticados contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, em quadrilha ou co-autoria. O art. 8º, parágrafo único da Lei nº 8.072/90 dispõe sobre a redução da pena de 1/3 a 2/3, nas hipóteses de crimes hediondos ou assemelhados cometidos em quadrilha, para o associado ou participante que denunciar o bando à autoridade, possibilitando seu desmantelamento. A Lei nº 9.034/95 reza, em seu art. 6º, que nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de 1/3 a 2/3, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria. O art. 301 da Lei nº 9.503/97 é um estímulo a que o acusado preste socorro pronto e integral em caso de acidente de trânsito de que resulte vítima, pois a ele não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. A recompensa não se situa em âmbito de direito material, pois não haverá repercussão sobre a medida da pena. Trata-se de benefício de direito processual relativamente à prisão provisória. Outros dois institutos relacionados à colaboração do acusado estão disciplinados no art. 14, III e IV da Lei n. 9.605/98 – Lei Penal Ambiental – que prevê a atenuação da pena, respectivamente, pela comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental e pela colaboração com os servidores encarregados da vigilância e do controle ambientais, atitudes que geram risco de incriminação. A Lei nº 9.269/96 modificou o § 4º do art. 159 do Código Penal ao dispor sobre a redução da pena, de 1/3 a 2/3, do concorrente que

<sup>686</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 103, p. 98, jul./set., 2001.

denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado. A Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98) foi mais longe ao conferir maior amplitude à delação do co-réu. Além da redução da pena e do início de cumprimento em regime aberto, pode o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou participe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objetos do crime. A Lei nº 9.807/99 trata da proteção dos acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. A colaboração deve resultar na identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa, na localização da vítima com a sua integridade física preservada e na recuperação total ou parcial do produto do crime (art. 13, I, II e III) e poderá o juiz conceder o perdão judicial se o réu for primário, devendo considerar ainda sua personalidade, a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. O art. 14 traz previsão de redução da pena, de 1/3 a 2/3, se a colaboração com a investigação policial ou com o processo criminal resultar na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime. Não se exige a primariedade, tampouco a apreciação da personalidade e de outras circunstâncias que envolveram o cometimento da infração. A Lei nº 9.983/00 que introduziu os art. 168-A e 337-A no Código Penal previu como causa de extinção da punibilidade, aliada ao pagamento do débito, a declaração e confissão espontânea dos valores devidos e a prestação de informações à Previdência Social, antes do início da ação fiscal. O art. 32, § 2º da nova Lei de Entorpecentes (Lei nº 10.409/02) autorizou o sobrestamento do processo ou a redução da pena em caso de acordo entre o órgão do Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita ou que, de qualquer modo, contribuir para os interesses da Justiça. O § 3º do mesmo artigo dispõe sobre o perdão judicial ou a redução da pena, de 1/6 a 2/3, caso o oferecimento da denúncia tenha sido posterior à revelação eficaz dos demais integrantes da associação criminosa, da localização do produto, substância ou droga ilícita.

Posto que o acusado não possua o dever de colaboração com as autoridades encarregadas da persecução penal, as oportunidades para colaborar sofreram acréscimo nos últimos anos. E a tendência é se criar mais atrativos à confissão ou à delação, constituindo um fenômeno visível em vários Estados. O processo penal perde a qualidade de inflexível e a colaboração passa a fazer parte do léxico, contra o que não se levanta objeção, desde que seja fruto da voluntariedade.

Essa tendência do direito processual penal é repelida por Ferrajoli, que, de maneira sintética, aponta as mazelas do direito premial: "*Legalidad, jurisdiccionalidad, inderogabilidad de la acción y del juicio e indisponibilidad de las situaciones penales se desvanecen en definitiva en esta negociación desigual, dejando espacio a un poder enteramente dispositivo que desemboca inevitablemente en el arbitrio*".<sup>687</sup>

Da análise das disposições premiais do direito brasileiro, infere-se não haver lesão aos princípios da legalidade, jurisdicionalidade, inderogabilidade da ação penal e à indisponibilidade das situações penais.

A recompensa somente é sadia se prevista em lei, objetiva e previamente conhecida. O acusado, como diz Barros, não pode confessar pela ilusão de atenuar a sua responsabilidade, ilusão esta, muitas vezes, ocasionada pelo próprio magistrado inquirente.<sup>688</sup> Os efeitos de sua opção devem ter embasamento legal e não podem ser de existência fictícia. Os dispositivos legais acima referidos delimitam a conduta a ser desempenhada pelo réu e a recompensa cabível à espécie. É possível ter conhecimento prévio dos efeitos de uma confissão ou delação, porque, em respeito ao princípio da legalidade, há expressa previsão em lei do prêmio pela colaboração.

Não se afeta a jurisdicionalidade, porque tudo se faz sob o crivo judicial. Mesmo a previsão do art. 32, § 2º da nova Lei de Entorpecentes (Lei nº 10.409/02), abrangente do acordo entre o Ministério Público e o indiciado, pressupõe a intervenção judicial, para decidir acerca do sobrestamento do processo ou da redução da pena.

Em nenhuma das hipóteses referidas existe derrogação da indisponibilidade da ação. O acordo entre o representante do Ministério Público e o indiciado, apesar de

<sup>687</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 609.

<sup>688</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 1. p. 461.

realizado antes do oferecimento da denúncia, não confere ao órgão da acusação poderes para eximir-se da obrigação de denunciar, pois o oferecimento da acusação é condição prévia ao sobrestamento do processo e à redução da pena. De qualquer forma, ainda que caracterizada a disponibilidade da acusação, a ação penal pública indisponível não é mais dogma no direito brasileiro. A partir da introdução dos Juizados Especiais Criminais, previu-se em lei as hipóteses em que se faculta o exercício da ação penal, ao mesmo tempo que se estabeleceu a fiscalização judicial sobre os atos de disposição deduzidos pelo órgão do Ministério Público.

Quanto à suposta ofensa à indisponibilidade das situações penais, pelo menos em relação ao acusado, não há risco que aconteça. A defesa é um direito indisponível e mesmo que o acusado manifeste interesse em não ser representado em juízo por profissional habilitado, ainda assim, ser-lhe-á nomeado defensor. Não obstante a nomeação de defensor seja medida imperativa, a atividade por ele desempenhada no processo, por vezes, apresenta caráter facultativo. À conveniência dos interesses do acusado, prefere-se não produzir alegações na defesa prévia, deixa-se de recorrer contra a decisão de pronúncia ou não se faz sustentação oral durante o julgamento em segunda instância. Inúmeros são os motivos que levam o defensor a omitir a prática de determinados atos sem que implique deficiência da defesa: indicam a opção por uma estratégia. Do mesmo modo, várias são as razões que impulsionam o acusado a assumir e a delatar a responsabilidade pelos atos criminosos, sem que se possa falar em disponibilidade da defesa.

Defender não é apenas evitar a condenação. Ainda que se não consiga a absolvição, o exercício da defesa pode destinar-se a desclassificar a infração para outra com pena mais branda; minorar a sanção a ser imposta ou abrandar-lhe o regime de cumprimento; obter a suspensão da execução da punição ou a substituição por restrição de direitos ou pena pecuniária; pleitear a concessão do perdão judicial ou conseguir um benefício processual. Se a defesa se limitasse a afastar a condenação, quando a autoria e a materialidade delitiva fossem notórias não haveria necessidade de atuação do defensor.

Em sendo a defesa mais do que simplesmente impedir a condenação, a opção por colaborar voluntariamente na persecução penal não importa em ofensa à indisponibilidade da situação penal do acusado. Pode ele decidir se lhe convém confessar

ou delatar comparsas, como instrumento para, como dito alhures, obter algum benefício penal ou processual. Sua decisão nada mais representa do que o exercício da ampla defesa.

É um problema a possibilidade de se tomar a promessa ou a perspectiva de impunidade ou de diminuição de pena como uma valiosa moeda de troca para obter a colaboração no esclarecimento da responsabilidade de terceiros a respeito do mesmo delito ou de crime diverso. Pessoas em relação às quais não existe nenhum elemento incriminatório seriam alvo de delações nem sempre fundadas. Isso, no entanto, não é um atributo, mas um efeito indesejado do direito premial. A solução não seria proscrever a colaboração. Necessário atuar junto às autoridades da persecução penal, orientando e fiscalizando, porque o desvirtuamento da funcionalidade do instituto estaria sendo causado por ato oficial. Além disso, será sempre necessário haver o aprofundamento das investigações a fim de apurar a idoneidade da incriminação de terceiro.

O legislador, ciente das possíveis pressões exercidas sobre o acusado, exigiu, em algumas disposições legais, a colaboração espontânea, que é mais restrita do que a voluntária. Preserva em maior intensidade a autonomia do réu em decidir se contribui para a própria incriminação e procura evitar sintá-se pressionado em aceitar o que lhe é oferecido.

Vedar a colaboração voluntária equivaleria a proibir o direito de arrependimento do acusado, uma das molas-mestras do sistema penal. Se a desistência voluntária, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior são medidas de política criminal que atenuam a punição ou até mesmo evitam a configuração do fato típico, por que não dar valor ao arrependimento externado durante o processo? Para harmonizar direito e processo penal, nada mais razoável do que, em ambos, situe-se o arrependimento como medida disponível e benéfica ao réu.

Desde que a opção resulte de ato voluntário, não há razão para impedir a contribuição do acusado no processo penal. Não se pode é impor a ferro e fogo a colaboração ou discriminar o réu que, ao contrário dos comparsas, não demonstra interesse em auxiliar os órgãos encarregados da persecução penal. É até possível que o acusado rejeite o silêncio, para não ser mal visto, de modo a ameaçar o exercício do direito constitucionalmente previsto para todos que se encontram na mesma situação

processual. Se um acusado concorda em colaborar com as autoridades e outro se recusa; se um deles permanece calado e o outro fala, podem sentir-se pressionados aqueles que não manifestaram vontade em cooperar, levantando-se a suspeita de que há algo a esconder. Mas para a hipótese aplicar-se-ia a regra: do silêncio não se podem inferir presunções contrárias à presunção de inocência.

Caso haja voluntariedade na conduta do acusado, mas careça de sinceridade, sofrerá as conseqüências do falso praticado. O Código Penal, em seu art. 341, trata do crime de auto-acusação falsa, consistente em "acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem", com previsão de pena de detenção de três meses a dois anos, ou multa. Conforme observa *Camargo Aranha*, "a liberdade de mentir, por resultar em impunidade, é no sentido de defender-se e não acusar-se, pois quem assume falsamente crime praticado por outrem comete o delito do art. 341 do Código Penal".<sup>689</sup> Para *Florian* "*sarebbe assurdo ammettere, che la falsa incolpazione di sè stesso possa considerarsi quale un mezzo lecito di difesa dell'imputato: essa costituisce, invece, un tentativo di perturbazione e di sviamento del retto esercizio della funzione giurisdizionale*".<sup>690</sup> Ao invés de se autodefender, o réu se auto-acusa, conduta não amparada por excludentes ou dirimentes.

Se as declarações do acusado, visando aos prêmios previstos em lei pela delação, imputarem falsamente a prática de crime a co-réu, deverá ser responsabilizado pelo cometimento do delito de calúnia (art. 138 do Código Penal). Por sua vez, a prática do crime de denúncia caluniosa (art. 339) seria de mais difícil ocorrência, uma vez que o delator normalmente não dá causa à instauração de investigação policial ou processo judicial, apenas presta declarações que robustecem as provas colhidas no procedimento que já se encontra em curso.

A colaboração figura como uma faculdade recompensada. Não há obrigação em colaborar e, caso por ela se opte, sopesa o acusado as vantagens e desvantagens da forma como se comportará diante da acusação contra si oferecida. Caso não se aceitasse a

<sup>689</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 73-4.

<sup>690</sup> Tradução livre: "seria um absurdo admitir que a falsa acusação de si mesmo possa ser considerada como um meio lícito de defesa do acusado: ela constitui, ao invés, uma tentativa de perturbação e de desvio do reto exercício da função jurisdicional". FLORIAN, Eugenio. *Delle prove penali*. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1924, v. 2, p. 36-7.

cooperação do acusado, estaria sendo restringida a liberdade de autodeterminação, que o próprio princípio contra a auto-incriminação procura resguardar.

O princípio contra a auto-incriminação é espécie do princípio *nemo tenetur se detegere*, aplicável no campo probatório do processo penal. O Supremo Tribunal Federal, através de raciocínio sinedóquico, viu no espírito do dispositivo constitucional que assegura o silêncio uma orientação em que se integra o princípio contra a auto-incriminação, não obstante a disposição normativa se resume à singela hipótese de permanecer calado.

Apesar de a previsão constitucional cingir-se ao “direito de permanecer calado”, o princípio contra a auto-incriminação abrange todas as ações, verbais ou físicas, capazes de contribuir para a própria condenação. É possível agrupar as ações sob duas perspectivas: o acusado possui liberdade em suas declarações e dele não se pode exigir a colaboração na produção de prova de caráter incriminatório. A liberdade de declaração cinde-se em três classes de situações: a impossibilidade de o acusado ser obrigado a confessar-se culpado, a proscrição do juramento e o direito de permanecer calado.

O princípio contra a auto-incriminação pressupõe a existência de vontade em decidir o que fazer ou não. Se falta o elemento volitivo, sequer há que se falar em possibilidade de auto-incriminação, cujo conceito compreende uma decisão voluntária inerente ao indivíduo. A falta de emissão de vontade identifica-se com os atos que constituem mera tolerância, em relação aos quais a tutela do princípio está excluída.

A produção de prova é ato eminentemente comissivo, do que decorre a inaplicabilidade do princípio contra a auto-incriminação às condutas omissivas que consistem em mero tolerar do acusado. Somente por meio de conduta ativa pode ser produzida a prova penal pelo réu e apenas quando há produção de prova existe espaço para a tutela do princípio contra a auto-incriminação, especificamente na hipótese de participação positiva do acusado.

Não são abrangidas pelo princípio contra a auto-incriminação as condutas comissivas praticadas no intuito de evitar a produção, por terceiros, de prova desfavorável. Se for possível que a prova seja colacionada aos autos independentemente da vontade do réu, a conduta por ele desempenhada em sentido contrário não consistirá

ações ilícitas descritas em tipos penais. O direito penal fornece limites ao princípio contra a auto-incriminação através da tipificação de infrações, punindo condutas que lesam bens alheios e ultrapassam a esfera jurídica do acusado.

O princípio contra a auto-incriminação protege a liberdade de decisão e o resultado desse decidir, que se traduz na opção em realizar ou não uma conduta ativa de cunho probatório, sem que a inércia do acusado importe em assunção de culpa. O bem jurídico protegido é a liberdade de autodeterminação. Tendo o acusado o direito de se autodeterminar no processo, não implica isso nenhuma condenação possa tê-lo como instrumento, pois seria conferir-lhe plena soberania sobre a produção e a utilização das provas, autorizando-o a excluir aquelas que a ele se relacionem, em contrariedade a toda a dogmática processual penal, haja vista as constantes e intensas interferências que deve suportar em sua esfera pessoal. Sempre que o Estado puder agir para obter a prova, mediante o emprego de força ou através de procedimentos ocultos, em restritas hipóteses legalmente previstas, não haverá espaço para a tutela, a exemplo das intervenções corporais, como resultado da supremacia do poderio e do interesse estatal sobre o indivíduo em âmbito penal.

O princípio contra a auto-incriminação mais se assemelha a um direito de não-colaboração do acusado com as autoridades perseguidoras, porque, independentemente da exposição das razões, pode omitir-se em praticar uma ação, ainda que sem risco de auto-inculpação. Sob a base de uma prática amplamente difundida, perdeu-se ou nunca se adquiriu o vínculo finalístico do princípio com a exigência de perigo de auto-incriminação, além de não se ter conseguido evitar que o acusado seja veículo de sua própria condenação. Prefere-se, porém, insistir no emprego da locução "auto-incriminação", não só porque é a hipótese que com maior frequência surge para justificar a invocação do princípio, mas também porque se destina a delimitar a área em que incide.

## 19 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: (sine nomine), 1937, 225 p.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959, 477 p.
- ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária: o processo psicológico e a verdade judicial*. 2ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1981, v. 2, 743 p.
- AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios penais – da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, 256 p.
- AMBOS, Kai. O direito à não-auto-incriminação de testemunhas perante o tribunal penal internacional. *Revista de Estudos Criminais*, Rio Grande do Sul, n. 8, p. 67-85, 2003.
- AMELUNG, Knut. Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 15/16, p. 737-45, 1987.
- AMODIO, Ennio. Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 3, p. 408-19, 1974.
- ANDRADE, João Carlos de. COSCIONE, Aline Renée. *Simulação de um bafômetro*. Disponível na internet em maio/2001. [http://www.chemkeys.com/bra/md/eddns\\_2/sdub\\_2/sdub\\_2.htm](http://www.chemkeys.com/bra/md/eddns_2/sdub_2/sdub_2.htm)
- ANDRADE, Manoel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal – contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, 708 p.
- *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, 343 p.
- AQUINO, José Carlos G. Xavier de. NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997, 320 p.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, 205 p.
- ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, 430 p.

- AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997, 192 p.
- ARRUDA, José Acácio. PARREIRA, Kleber Simônio. *A prova judicial de ADN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, 276 p.
- ASÚA, Luiz Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada S.A., 1950, tomo I, 1129 p.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, 239 p.
- AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Curso de direito judiciário penal*. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 2, 276 p. .
- BARBOSA, Bia. Quem é o pai? *Revista VEJA*, São Paulo, Justiça, p. 108, 19 jul. 2000.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1993, 112 p.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002, 307 p.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 1, 617 p.
- BARROSO, Luis Roberto. Dez anos da constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 346, p. 113-32, abr./jun., 1999.
- BASTOS, Cleunice A. Valentim. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Defesa penal: direito ou garantia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 4, p. 110-25, out./dez., 1993.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1997, 149 p.
- BECO, Réginald de. BOULOC, Bernard. LEGROS, Pierre. *Le droit au silence et la détention provisoire*. Bruxelles: Bruylant, 1997, 135 p.
- BERGER, Mark. Burdening the fifth amendment: toward a presumptive barrier theory. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Chicago, v. 70, n. 1, p. 27-41, summer, 1979.
- BETTIOL, Giuseppe. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Padova: Cedam, 1966, 245 p.

- BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6<sup>a</sup> ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1990, 1657 p.
- BLOOM, Robert M. BRODIN, Mark S. *Criminal procedure: examples and explanations*. 2<sup>a</sup> ed. Boston: Little, Brown and Company, 1996. 390 p.
- BONACCORSO, Norma. Elaboração de laudos e relatórios de análises de exames DNA realizados pelo Instituto de Criminalística de São Paulo. *Arquivos da Polícia Civil*, São Paulo, v. XLVI, p. 59-79, 2001.
- BOSCH, Nikolaus. *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, 381p.
- BOULOC, Bernard. LEVASSEUR, Georges. STEFANI, Gaston. *Procédure pénale*. 16<sup>a</sup> ed. Paris: Dalloz, 1996, 898 p.
- BRATHOLM, Anders. The privilege against self-incrimination under foreign law. *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Northwestern, v. 51, n. 2, p. 186-8, jul./aug., 1960.
- BUZZELLI, Silvia. Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 3, p. 885-909, lug./set., 1990.
- CALAMANDREI, Iolanda. La collaborazione processuale di imputati e testimoni nei sistemi di common law. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 1, p. 240-61, gen./mar., 1986.
- CALLEGARI, André Luís. A inconstitucionalidade do teste de alcoolemia e o novo código de trânsito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 757, p. 426-31, nov., 1998.
- CALMON DE PASSOS, J.J. Confissão (direito processual civil). In: *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, v. 18, p. 1-13, 1977.
- CAMPANHOLE, Adriano. CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituição do Brasil*. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 1992, 820 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3<sup>a</sup> ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, 1414 p.
- CAPITTA, Anna Maria. Le limitazioni del diritto al silenzio nella riforma del processo penale inglese. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 1, p. 243-71, gen./mar., 1998.

- CAPOTORTI, Enrico. Il contegno processuale dell'imputato. *Archivio Penale*, Roma, v. 3, n. 1-2, p. 227-31, gen./feb. 1947.
- CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 318, p. 119-28, abr./jun., 1992.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971, v. 1, 477 p.
- Diritto dell'imputato agli esperimenti sul suo corpo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 11, 2ª parte, p. 270-5, 1956.
- CARR, Jayne A. FLAUM, Joel M. Public service: self-incrimination vs. the public's right to an accounting. *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Chicago, v. 63, n. 3, p. 325-9, winter, 1972.
- CARULLI, Nicola. *La difesa dell'imputato*. 4ª ed. Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1985, 247 p.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 177 p.
- CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito*. São Paulo: IBCCRIM, 1999, 367 p.
- CERNECCHIARO, Luiz Vicente. Omitir informações. *Correio Braziliense*, Brasília, Suplemento Direito e Justiça, p. 3, 29 jul. 1996.
- CERVINI, Raúl. GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*. São Paulo: RT, 1997, 279 p.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, 518 p.
- COLAMUSSI, Marilena. Interrogatorio dell'imputato ed omesso avvertimento della facoltà di non rispondere. In: *Percorsi di procedura penale: dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito*. Milano: Giuffrè, p. 15-22, 1996.
- COUTURE, Eduardo J. Sobre el precepto "nemo tenetur edere contra se". *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, v. 1, p. 53-71, ene./jun., 1943.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo - direito comparado*. 2ª ed. Lisboa: Meridiano, 1978, 638 p.

- DELMANTO, Roberto. O testemunho exclusivo de policiais e a violação do direito ao silêncio nos casos de tóxicos. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 53, p. 23-9, out., 1998.
- DELMAS-MARTY, Mireille *et al.* *Procédures pénales d'Europe*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, 639 p.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda, 1974, v. 1, 600 p.
- DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 179-204, jul./set., 1997.
- DOLSO, Gian Paolo. Libertà personale e prelievi ematici coattivi. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, fasc. 5, p. 3222-8, set./ott., 1996.
- DOTTI, René Ariel. A ausência do defensor no interrogatório – jurisprudência comentada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 41, p. 332-44, jan./mar., 2003.
- Garantia do direito ao silêncio e dispensa do interrogatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 775, p. 425-31, maio, 2000.
- *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1980, 300 p.
- Temas de processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 748, p. 468-77, fev., 1998.
- DRIPPS, Donald A. Against police interrogation – and the privilege against self-incrimination. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 78, n. 4, p. 699-734, spring, 1988.
- EINESMAN, Floralynn. Confessions and culture: the interaction of miranda and diversity. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 90, n. 1, p. 1-47, summer, 1999.
- ESER, Albin. ROBINSON, Cyril D. Le droit du prévenu au silence et son droit à être assisté par un défenseur au cours de la phase préjudiciaire en Allemagne et aux États-Unis d'Amerique. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 3, p. 567-618, jul./sept., 1967.

- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, v. 3, 621 p.
- FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: RT, 2002, 176 p.
- FARIA, Bento de. *Código de processo penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942, v. 2, 590 p.
- FELICIONE, Paola. Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma. *L'indice Penale*, Padova, n. 2, p. 495-526, mag./ago., 1999.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 1999, 337 p.
- FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, 266 p.
- FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Direito e dever ao silêncio. In: *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. Coord. Rubens Prestes Barra e Ricardo Antunes Andreucci. São Paulo: RT, p. 302-19, 1992.
- FERNÁNDEZ, Ricardo Rodríguez. *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*. Granada: Comares, 1999, 580 p.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001, 1019 p.
- FEZER, Gerhard. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht – Teil 1. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 12, p. 602-12, 1996.
- Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht – Teil 2. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 13, p. 655-68, 1996.
- FISCHER, Thomas. Die Fortwirkung von Zeugnisverweigerungsrechten nach Verfahrenstrennung – zum Begriff des Beschuldigten in § 52 Abs. 1 StPO. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 11, p. 570-5, 1992.
- FLORIAN, Eugenio. *Delle prove penali*. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1924, v. 2, 575 p.

- FLORIDIA, Giuseppe. False dichiarazioni dell'imputato sulla incensuratezza e jus mentiendi. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 4, p. 1326-34, ott./dic., 1976.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, 158 p.
- FRANCO, Alberto Silva. MARREY, Adriano. STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1997, 1008 p.
- FRANCO, Ary Azevedo. *Código de processo penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. 1, 574 p.
- GAMA, José de Souza. *Confissão penal e direitos humanos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1984, 247 p.
- GARCIA, Nicolás Rodriguez. A justiça penal e as formas de transação no direito norteamericano: repercussões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 13, p. 79-92, jan./mar., 1996.
- GASTALDO, Massimo Ceresa. La ricognizione personale 'attiva' all'esame della Corte costituzionale: facoltà di astensione o incompatibilità del coimputato? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 1, p. 263-72, gen./mar., 1995.
- GIACCA, Mariuccia. In tema di prelievo ematico coatto: brevi note a margine della sentenza della Corte Cost. n. 238 del 1996. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 2, p. 602-11, apr./giu., 1997.
- GIOSTRA, Glauco. Sull'incompatibilità a testimoniare anche dopo il provvedimento di archiviazione. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, fasc. 2, p. 984-93, mar./apr., 1992.
- GIRARD, Charlotte. *Culpabilité et silence en droit comparé*. Paris: L'Harmattan, 1997, 224 p.
- GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: RT, 1998, 261 p.
- A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil (particular enfoque da convenção americana sobre direitos humanos). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 710, p. 21-31, dez., 1994.

- GOMES, Luiz Flávio. PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, 466 p.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, 192 p.
- *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, 97 p.
- O teste de dna como prova criminal. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 18, p. 1, jul., 1994.
- GONÇALVES, M. Maia. *Código de processo penal anotado*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1990, 1322 p.
- GONZAGA, João Bernardino. *Violação de segredo profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976, 259 p.
- GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale "giusto" – itinerari e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2000, 359 p.
- Considerazioni preliminari sul diritto al silenzio dell'imputato nel 'nuovo' 3º comma dell'art. 78 C.P.P.". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 4, p. 1121-81, ott./dic., 1970.
- Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progettato nuovo modello di 'giusto processo'). *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 3, p. 821-56, lug./set., 1999.
- Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 4, p. 1129-50, ott./dic., 1998.
- *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*. Milano: Giuffrè, 1972, 378 p.
- O segredo como limite à prova no processo penal italiano. *Ciência Penal*, São Paulo, ano II, n. 4, p. 3-23, 1975.
- GREVI, Vittorio et al. *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*. Milano: Giuffrè, 1995, 235 p.
- GREVI, Vittorio et al. *Profili del nuovo codice di procedura penale*. 4ª ed. Padova: Cedam, 1996, 904 p.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. Coord: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 1999, p. 46-50.
- Interrogatório do réu e direito ao silêncio. In: *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978, 254 p.
- *Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1982, 288 p.
- Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 1, nº 4, p. 60-9, out./dez., 1993.
- O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 17, p. 112-26, jan./mar., 1997.
- GRÜNWARD, Gerald. Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 9, p. 423-9, 1981.
- GUERRA, Gema Galgani. *Textos positivos de direito internacional público*. Belo Horizonte: Átomo e Cosmos Ltda, 1995, 516 p.
- GURIDI, José Francisco Etxeberria. Las investigaciones genéticas como medio de prueba en el proceso penal alemán tras la reforma de la ordenanza procesal penal de 17 de marzo de 1997 (parte II). *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 10, p. 65-90, ene./jun., 1999.
- GUTIÉRREZ, Jaime Robleto. El A.D.N. y su importancia en la investigación criminalística. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, n. 18, p. 77-104, nov., 2000.
- HALL, Livingston. Os direitos do réu nas ações criminais. In: *Aspectos do direito americano*. Rio de Janeiro: Forense, p. 50-61, 1963.
- HELLMANN, Uwe. Entscheidung: Strafrecht. Steuerrecht – Anmerkung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 12, p. 615-20, 2002.
- HELMHOLZ, R. H et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, 310 p.
- HOMMES, Gertrud A. van Eikema. TAK, Peter J. P. Le test ADN et la procédure pénale en Europe. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 4, p. 679-93, out./dec., 1993.

- HOWARTH, William. Self-monitoring, self-policing, self-incrimination and pollution law. *The Modern Law Review*, Oxford, v. 60, p. 200-237, mar., 1997.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 6, 427 p.
- Confissão (limite do direito à). In: *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Coord. J.M. de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Borsóí, v. XI, p. 43-5, 1972.
- ILLUMINATI, Giulio. In difesa del diritto al silenzio. *L'indice Penale*, Padova, n. 2, p. 549-50, mag./ago., 1993.
- INGRAHAM, Barton L. The right of silence, the presumption of innocence, the burden of proof, and a modest proposal: a reply to O'REILLY. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 86, n. 2, p. 559-95, fall, 1996.
- ISRAEL, Jerold H. LAFAVE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993, 488 p.
- JARDIM, Afrânio Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 295, p. 65-73, jul./set., 1986.
- JOLOWICZ, H. F. *Historical introduction to the study of roman law*. 2ª ed. Cambridge: The University Press, 1952, 596 p.
- KARAM, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 35, p. 55-73, jul./set., 2001.
- KATZENMEIER, Christian. Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 11, p. 533-40, 2002.
- KELLER, Rainer. Die Genomanalyse im Strafverfahren. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, n. 37, p. 2289-96, 13 sept. 1989.
- KELLER, Rolf. Entscheidungen: Strafprozessrecht – Anmerkung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 2, p. 102-4, 1993.
- KERCHOVE, Michel van de. La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 1, p. 1-29, jan./mars, 1992.
- KIRSCH, Stefan. Derecho a no autoinculparse? In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 247-64.

- KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren – Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*. Aachen: Shaker, 1999, 224 p.
- LAFAVE, Wayne R. SCOTT JR., Austin W. *Criminal law*. 2ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1986, 918 p.
- LANGBEIN, John H. The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 92, p. 1047-85, mar., 1994.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 729 p.
- LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentários ao código de processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 1, 505 p.
- LEÃO, Nilzardo Carneiro. Direitos fundamentais, garantias constitucionais e processo penal. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 12, p. 127-40, jul.98/dez.99.
- LENCKNER, Theodor. Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, n. 8, p. 321-7, 25 feb. 1965.
- LEO, Richard A. The impact of miranda revisited. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 86, n. 3, p. 621-92, winter, 1996.
- LEVY, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee paperback ed., 1999, 562 p.
- LÉVY-BRUHL, Henri. *La preuve judiciaire*. Paris: Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964, 152 p.
- LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 28ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1986, 331 p.
- LINO, Bruno Teixeira. *Prisão temporária*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, 112 p.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal – análise à luz das Leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência atual*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, v. 2, 448 p.

- LUSHING, Peter. Testimonial immunity and the privilege against self-incrimination: a study in isomorphism. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 73, n. 4, p. 1690-739, spring, 1982.
- MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária – aspectos práticos e aplicação da lei. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 83, p. 6-7, out., 1999.
- *Curso de direito tributário*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, 440 p.
- O direito ao silêncio e o dever de informar. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 21, p. 413, 1ª quinzena de nov., 1993.
- MALATESTA, Nicola Framarino del. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996, 644 p.
- MANZILLO, Fabio Foglia. “Nemo tenetur se detegere”: un limite all’applicazione del reato di falso in bilancio? *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’economia*, Milano, p. 237-62, gen./giug., 1999.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, tomo IV, 532 p.
- MARINO, Pedro Luiz Amaral. O dever de informar e o direito ao silêncio: o direito ao silêncio (art. CF, art. 5º, LXIII); o dever de informar (CTN, art. 197) e o direito de não se auto-incriminar. Inadmissibilidade de discriminação contra o contribuinte. In: *Direito penal tributário contemporâneo – estudos de especialistas*. São Paulo: Atlas, p. 113-8, 1996.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 2, 443 p.
- MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCRIM, 1998, 300 p.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *Crimes contra a ordem tributária*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, 422 p.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de teoria geral do direito – introdução ao direito*. 3ª ed. Belo Horizonte: UFMG/PROED, 1986, 363 p.
- McNAUGHTON, John T. The privilege against self-incrimination: its constitutional affectation, raison d’etre and miscellaneous implications. *The Journal of Criminal*

- Law, Criminology and Police Science*, Northwestern, v. 51, n. 2, p. 138-54, jul./aug., 1960.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamentais e controle de constitucionalidade – estudos de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, 520 p.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Código nacional de trânsito: questões diversas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 24, p. 229-33, out./dez., 1998.
- *Código de processo penal interpretado*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, 871 p.
- *Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1992, 744 p.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – constituição e inconstitucionalidade*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, tomo II, 546 p.
- *Manual de direito constitucional – direitos fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, tomo IV, 485 p.
- MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1997, 403 p.
- MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. 2ª ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, 671 p.
- MORAES, Maurício Zanoide de. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 6, p. 133-47, abr./jun., 1994.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, p. 144-55, out./dez., 1996.
- O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 35, p. 178-82, abr./jun., 1994.
- *O novo processo civil brasileiro*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 344 p.
- Processo civil e direito à preservação da intimidade. In: *Temas de direito processual (segunda série)*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 3-20.
- Processo civil e processo penal: mão e contramão?. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 94, p. 13-23, abr./jun., 1999.
- O processo penal norte-americano e sua influência. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 103, p. 95-107, jul./set., 2001.

- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. Disponível na internet: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dpp0013.html>.
- NORONHA, Magalhães E. *Direito penal*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 2, 513 p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, 280 p.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, n. 8, p. 151-76, 2001.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Agostinho. *O Ministério Público e o processo penal*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1950, 35 p.
- O'REILLY, Gregory W. England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 85, n. 2, p. 402-452, fall, 1994.
- PÊCEGO, Antônio José F. de S. O real alcance do novo conceito de crime de menor potencial ofensivo – breves considerações. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, n. 29, p. 8-10, set., 2002.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal – o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, 392 p.
- Prova penal. Rio de Janeiro: Aide, 1994, 182 p.
- PERINI, Andrea. Ai margini dell'esigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 2, p. 538-86, apr./giu., 1999.
- PIACENTINI, Claudio. In tema di rifiuto dell'imputato a sottostare alla ricognizione personale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 1, p. 326-36, gen./mar., 1980.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal - evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, 823 p.
- PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. Embriaguez ao volante e lesão corporal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 13, p. 198-202, jan./mar., 1996.

- PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 1999, 303 p.
- PITOMBO, Sérgio M. Moraes. Breves notas em torno da coação processual penal. *Ciência Penal*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 107-10, 1970.
- PRADA, Ignacio Flores. *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*. Madrid: Tecnos, 1998, 88 p.
- PRADO, Aymar Baptista. Um rápido e preciso método para diagnóstico químico da embriaguez. *Revista Brasileira de Farmácia*, São Paulo, ano II, p. 209-16, jul./ago., 1970.
- PRADO, Luiz Regis *et al.* *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: RT, 2001, 216 p.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2002, 459 p. (Tese, Doutorado em Processo Penal).
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, 477 p.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999, 981 p.
- REBÊLO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância – interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, 88 p.
- RENZIKOWSKI, Joachim. Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 14, p. 710-7, 1997.
- ROGALL, Klaus. Strafprozessuale Grundlagen und legislative probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren. *Juristen Zeitung*, Tübingen n. 18, p. 847-53, 1987.
- Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozess. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 19, p. 944-55, 1996.
- ROLIN, Jean. *Drogas políciacas*. Barcelona: Luis Miracle, 1952, 240 p.
- ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, 244 p.
- ROSA, Inocencio Borges da. *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Barcellos, Bertaso e Cia, 1942, v. 1, 513 p.

- ROSEN, Lionel. The privilege against self-incrimination as to adultery should it be abolished? *The Modern Law Review*, Oxford, v. 23, p. 275-84, may, 1960.
- ROSSETTO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2001, 283 p.
- ROXIN, Claus. Involuntary self-incrimination and the right to privacy in criminal proceedings. *Israel Law Review*, Jerusalem, v. 31, p. 74-93, winter-summer, 1997.
- Das Recht des Beschuldigten zur Verteidigerkonsultation in der neuesten Rechtsprechung. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 7, p. 343-7, 1997.
- *Strafprozessrecht: Prüfe dein Wissen – Rechtsfälle in Frage und Antwort*. 15ª auf. München: Beck, 1997, 532 p.
- *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. 25ª auf. München: Beck, 1998, 568 p.
- RUOTOLO, Marco. Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, fasc. 4, p. 2151-62, lug. ago., 1996
- SALOMÃO, Heloisa Estellita. O direito humano de não cooperar na própria incriminação, a proteção ao domicílio e a fiscalização tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, p. 129-42, abr./jun., 1999.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à intimidade e à vida privada – uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, 616 p.
- SARAIVA, Railda. *A constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, 130 p.
- SCHMIDT, Eberhard. Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, n. 27, p. 1209-19, 4 juli 1968.
- SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. *As quaestiones perpetuae*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 21, p. 65-74, jan./mar., 1998.
- SEIER, Jürgen. Der strafprozessuale Vergleich im Lichte des § 136 a StPO. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 14, p. 683-8, 1988.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7ª ed. São Paulo: RT, 1991, 756 p.

- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 714 p.
- SMITH, H. W. Drinking and driving. *Criminal Law Quart.*, n. 3, p. 65-123, 1960.
- SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 172 p.
- *Doutrina e prática do habeas corpus*. Belo Horizonte: Sigla, 1998, 403 p.
- STALTERI, Marcello. Genetica e processo: la prova del 'dna fingerprint'. Problemi e tendenze. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 1, p. 189-223, gen./mar., 1993.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, 143 p.
- SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999, 328 p.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1, 714 p.
- TONINI, Paolo. *La prova penale*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1998, 128 p.
- TORKA, Ronald. *Nachtatverhalten und Nemo tenetur – eine Untersuchung über die Grenzen "zulässiger Verteidigung" und die Relevanz des Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000, 321 p.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 10ª ed. Saraiva: São Paulo, 1997, v. 1, 526 p.
- *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 4, 556 p.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, 667 p.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, 501 p.
- *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Bushatsky, 1976, 225 p.
- UVILLER, H. Richard. Self-incrimination by inference: constitutional restrictions on the evidentiary use of a suspect's refusal to submit to a search. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 81, n. 1, p. 37-76, summer, 1990.

- VIANA, Lourival Vilela. *Da confissão penal*. Belo Horizonte: Velloso e Cia. Ltda, 1953, 113 p.
- VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del dna. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 4, p. 1022-51, ott./dic., 1996.
- VILLELA, João Baptista. Falar a verdade, calar a verdade e faltar à verdade. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 15, p. 289-91, ago., 1994.
- ZANOTTI, Marco. Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 1, p. 174-213, gen./mar., 1989.
- WEISS, Wolfgang. Haben juristische Personen ein Aussageverweigerungsrecht? *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 6, p. 289-97, 1998.
- WESSELS, Johannes. Schweigen und Leugnen im Strafverfahren. *Juristische Schulung*, München, n. 5, p. 169-76, mai., 1966.

No presente anexo se encontram as ementas dos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal relacionados diretamente ao princípio contra a auto-incriminação.

Não foram incluídas as decisões monocráticas proferidas nos HCEX, HCMC, HCML, MSMC, MSPR, por não possuírem ementa. O MS 23.576/DF e o HC 81.400/DF foram julgados extintos sem exame do mérito através de decisão singular e, por essa razão, também não possuem ementa.

A disposição obedeceu à ordem numérica crescente.

## EMENTAS

### RECLAMAÇÃO Nº 2.040/DF

Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação nº 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora à oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei nº 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o

alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante. Reclamação nº 2.040/DF. Relator: Min. Néri da Silveira. Acórdão de 21/2/02. Diário da Justiça de 27/6/03, p. 31.

#### **RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 64.354/SP**

RECONSTITUIÇÃO DE CRIME (REPRODUÇÃO SIMULADA DE DELITO DE HOMICÍDIO) (ART. 7º DO C.P.PENAL). DILIGÊNCIA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DEFERIDA PELO JUIZ, NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL, E A CUJA REALIZAÇÃO OS INDICIADOS SE TERIAM NEGADO A COMPARECER. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM BASE APENAS NESSA RECUSA DOS INDICIADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 'HABEAS CORPUS' DEFERIDO PARA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, COMO DECRETADA, SEM PREJUÍZO DE EVENTUAL DECRETAÇÃO DE OUTRA, SE CARACTERIZADA QUALQUER DAS SITUAÇÕES DO ART. 312 DO C.P.P. E COM ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7º, 260 E 312 DO C.P.P.. Se a prisão preventiva dos pacientes foi decretada apenas e tão-somente porque não se teriam disposto a participar da diligência de reprodução simulada do delito de homicídio (reconstituição do crime), ficou caracterizado constrangimento ilegal reparável com "habeas corpus". Recurso em Habeas Corpus nº 64.354/SP. Relator: Min. Sydney Sanches. Acórdão de 1/7/87. Diário da Justiça de 14/8/87, p. 16.086.

#### **HABEAS CORPUS Nº 68.742/DF**

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO, PELO CRIME DO ART. 304, DO CODIGO PENAL, A 3 ANOS DE RECLUSÃO. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL, PELO FATO DE NÃO HAVER SIDO CONSIDERADO TER ELE RECOLHIDO, ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, A IMPORTÂNCIA CORRESPONDENTE AO VALOR DO TRIBUTO, MENCIONADA NO DOCUMENTO FALSO QUE UTILIZOU, CIRCUNSTÂNCIA DEFINIDA COMO CAUSA OBRIGATÓRIA DA REDUÇÃO DA PENA, NO ART. 16 DO CODIGO PENAL. ADEMAIS, TERIA SIDO CONTEMPLADA, PELO JUIZ, À GUIZA DE ANTECEDENTE PENAL, DENÚNCIA POSTERIOR AO FATO DE QUE DECORREU A

CONDENAÇÃO. Se não se acha demonstrado, nos autos, o alegado ressarcimento do prejuízo causado à Fazenda Pública, não há falar-se em redução de pena por efeito de arrependimento posterior. A fixação da pena acima do mínimo legal exige fundamentação adequada, baseada em circunstâncias que, em tese, se enquadrem entre aquelas a ponderar, na forma prevista no art. 59 do Código Penal, não se incluindo, entre elas, o fato de haver o acusado negado falsamente o crime, em virtude do princípio constitucional - 'nemo tenetur se detegere'; e, no caso do crime em tela, a intenção de causar dano ao erário, cuja relevância jurídica se insere no reconhecimento da existência do crime, não podendo, por si só, levar a agravação da pena-base. A referência à intensidade do dolo é fórmula vazia, quando não relaciona a circunstância concreta que a determinou. Habeas corpus que se defere para o efeito de reduzir-se a pena a 2 anos de reclusão, sem prejuízo da multa aplicada. Habeas Corpus nº 68.742/DF. Relator: Min. Octavio Gallotti. Acórdão de 26/6/91. Diário da Justiça de 2/4/93. p. 5.619.

#### **HABEAS CORPUS Nº 68.929/SP**

"HABEAS CORPUS" - INTERROGATÓRIO JUDICIAL - AUSÊNCIA DE ADVOGADO - VALIDADE - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - INAPLICABILIDADE - PERSECUÇÃO PENAL E LIBERDADES PÚBLICAS - DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS DO INDICIADO E DO RÉU - PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO - PEDIDO INDEFERIDO. - A superveniência da nova ordem constitucional não desqualificou o interrogatório como ato pessoal do magistrado processante e nem impôs ao Estado o dever de assegurar, quando da efetivação desse ato processual, a presença de defensor técnico. A ausência de advogado no interrogatório judicial do acusado não infirma a validade jurídica desse ato processual. A legislação processual penal, ao disciplinar a realização do interrogatório judicial, não torna obrigatória, em consequência, a presença do defensor do acusado. O interrogatório judicial não está sujeito ao princípio do contraditório. Subsiste, em consequência, a vedação legal - igualmente extensível ao órgão da acusação -, que impede o defensor do acusado de intervir ou de influir na formulação das perguntas e na enunciação das respostas. A norma inscrita no art. 187 do Código de Processo Penal foi integralmente recebida pela nova ordem constitucional. Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. "Nemo tenetur se detegere". Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E

nesse direito ao silêncio incluí-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal. Habeas Corpus nº 68.929/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 22/10/91. Diário da Justiça de 28/8/92, p. 13.453.

#### **HABEAS CORPUS Nº 69.026/DF**

HABEAS CORPUS - JÚRI - RECONSTITUIÇÃO DO CRIME - CERCEAMENTO DE DEFESA - NAO-INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PARA A RECONSTITUIÇÃO DO DELITO - PACIENTE QUE SE RECUSA A PARTICIPAR DA REPRODUÇÃO SIMULADA DOS FATOS - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - INOCORRÊNCIA - PRISÃO CAUTELAR - INSTITUTO COMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) - CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - MERA FACULDADE JUDICIAL - ORDEM DENEGADA. A reconstituição do crime configura ato de caráter essencialmente probatório, pois destina-se - pela reprodução simulada dos fatos - a demonstrar o *modus faciendi* da prática delituosa (CPP, art. 7º). O suposto autor do ilícito penal não pode ser compelido, sob pena de caracterização de injusto constrangimento, a participar da reprodução simulada do fato delituoso. O magistério doutrinário, atento ao princípio que concede a qualquer indiciado ou réu o privilégio contra a auto-incriminação, ressalta a circunstância de que é essencialmente voluntária a participação do imputado no ato - provido de indiscutível eficácia probatória - concretizador da reprodução simulada do fato delituoso. A reconstituição do crime, especialmente quando realizada na fase judicial da persecução penal, deve fidelidade ao princípio constitucional do contraditório, ensejando ao réu, desse modo, a possibilidade de a ela estar presente e de, assim, impedir eventuais abusos, descaracterizadores da verdade real, praticados pela autoridade pública ou por seus agentes. Não gera nulidade processual a realização da reconstituição da cena delituosa quando, embora ausente o defensor técnico por falta de intimação, dela não participou o próprio acusado que, agindo conscientemente e com plena liberdade, recusou-se, não obstante comparecendo ao ato, a colaborar com as autoridades públicas na produção dessa prova. A legitimidade jurídico-constitucional das normas legais que disciplinam a prisão provisória em nosso sistema normativo deriva de regra inscrita na própria Carta Federal, que admite - não obstante a excepcionalidade de que se reveste - o instituto da tutela cautelar penal (art. 5º, LXI). O princípio constitucional de não-culpabilidade, que decorre de norma consubstanciada no art. 5º, LVII da Constituição da República, não impede a utilização, pelo Poder Judiciário, das diversas modalidades que a prisão cautelar assume em nosso sistema de direito positivo. O réu

pronunciado - ainda que primário e de bons antecedentes - nenhum direito tem à obtenção da liberdade provisória. A preservação do *status libertatis* do acusado traduz, nesse contexto, mera faculdade reconhecida ao juiz. Habeas Corpus nº 69.026/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 10/12/91. Diário da Justiça de 4/9/92, p. 14.091.

#### **HABEAS CORPUS Nº 69.818/SP**

**I - PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS: INVOCAÇÃO DO ARTIGO 5º, LVI DA CONSTITUIÇÃO: IMPROCEDÊNCIA: PRECEDENTES INAPLICÁVEIS À ESPÉCIE.** Gravação de conversa pessoal entre indiciados presos e autoridades policiais, que os primeiros desconheciam. Não se poderia opor o princípio do sigilo das comunicações telefônicas - base dos precedentes recordados - mas, em tese, o direito ao silêncio (CF, artigo 5º, LXIII), corolário do princípio "nemo tenetur se detegere", o qual, entretanto, não aproveita a terceiros, objeto da delação de co-réus; acresce que, no caso, à luz da prova, a sentença concluiu que os indiciados estavam cientes da gravação e afastou a hipótese de coação psicológica. **II - PRISÃO PARA APELAR DE RÉU CONDENADO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES: LEI 6.368/76, ARTIGO 35, E LEI 8.072/90, ARTIGO 2º., PAR. 2º., INTERPRETACAO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: EXIGÊNCIA DE NECESSIDADE CAUTELAR SATISFEITA NA ESPÉCIE.** A prisão para apelar só se legitima quando se evidencia a sua necessidade cautelar, não cabendo inferi-la exclusivamente da gravidade em abstrato do delito imputado; é possível, contudo, extrair do contexto do fato concreto - que revela a existência de complexa organização criminosa e dimensões internacionais - base empírica para a afirmação do risco de fuga dos condenados, fundamento idôneo para a cautela da prisão provisória imposta. Habeas Corpus nº 69.818/SP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Acórdão de 3/11/92. Diário da Justiça de 27/11/92, p. 22.302.

#### **HABEAS CORPUS Nº 72.377/SP**

**PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". CRIME DE ROUBO: CONSUMAÇÃO. FALSA IDENTIDADE. SEQÜESTRO. I. - Crime de roubo: consuma-se quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, consegue retirar a coisa da esfera de vigilância da vítima. II. - Tipifica o crime de falsa identidade o fato de o agente, ao ser preso, identificar-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes. III. - Crime de seqüestro não caracterizado. IV. - Extensão ao co-réu dos efeitos do julgamento, no que toca ao crime de seqüestro. V. - H.C. deferido em parte. Habeas Corpus nº 72.377/SP. Relator: Min. Carlos Velloso. Acórdão de 23/5/95. Diário da Justiça de 30/6/95, p. 20.409.**

### **HABEAS CORPUS Nº 72.815/MS**

"Habeas corpus". O comportamento do réu durante o processo na tentativa de defender-se não pode ser levado em consideração para o efeito de aumento da pena, sendo certo, também, que o réu não está obrigado a dizer a verdade (art. 5º, LXIII, da Constituição) e que as testemunhas, se mentirosas, devem elas, sem reflexo na fixação da pena do réu em favor de quem depuseram, ser punidas, se for o caso, pelo crime de falso testemunho. "Habeas corpus" deferido em parte, estendida a concessão, "ex officio", ao co-réu. Habeas Corpus nº 72.815/MS. Relator: Min. Moreira Alves. Acórdão de 5/9/95. Diário da Justiça de 6/10/95, p. 33.132.

### **HABEAS CORPUS Nº 73.035/DF**

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FALSO TESTEMUNHO. INOCORRÊNCIA. LEI 1.579/52, ART. 4º, II (CP, ART. 342). COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. TESTEMUNHA. PRISÃO EM FLAGRANTE. CPP, ART. 307. I. - Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la. II. - Nulidade do auto de prisão em flagrante lavrado por determinação do Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito, dado que não se consignou qual a declaração falsa feita pelo depoente e a razão pela qual assim a considerou a Comissão. III. - Auto de prisão em flagrante lavrado por quem não preenche as condições de autoridade (art. 307 do CPP). IV. - H.C. deferido. Habeas Corpus nº 73.035/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. Acórdão de 13/11/96. Diário da Justiça de 19/12/96, p. 51.766.

### **HABEAS CORPUS Nº 75.257/RJ**

"Habeas corpus". Falsidade ideológica. - No caso, a hipótese não diz respeito, propriamente, à falsidade quanto à identidade do réu, mas, sim, ao fato de o então indiciado ter faltado com a verdade quando negou, em inquérito policial em que figurava como indiciado, que tivesse assinado termo de declarações anteriores que, assim, não seriam suas. Ora, tendo o indiciado o direito de permanecer calado e não o mesmo o de mentir para não auto-incriminar-se com as declarações prestadas, não tinha ele o dever de dizer a verdade, não se enquadrando, pois, sua conduta no tipo previsto no artigo 299 do Código Penal. "Habeas corpus" deferido, para anular a ação penal por falta de justa causa. Habeas Corpus nº 75.257/RJ. Relator: Min. Moreira Alves. Acórdão de 17/6/97. Diário da Justiça de 29/8/97, p. 40.219.

### **HABEAS CORPUS Nº 75.599/SP**

HABEAS CORPUS. FALSO TESTEMUNHO. Alegada menoridade do paciente, quando da ocorrência do crime. Alegação improcedente, em face da prova contida nos autos. O paciente, todavia, foi ouvido como simples declarante em inquérito policial, na qualidade de co-autor, não podendo figurar como sujeito ativo do crime de falso testemunho. Habeas corpus indeferido, mas concedido de ofício. Habeas Corpus nº 75.599/SP. Relator: Min. Ilmar Galvão. Acórdão de 2/9/97. Diário da Justiça de 10/10/97, p. 50.886.

### **HABEAS CORPUS Nº 75.616/SP**

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELOS CRIMES DOS ARTS. 329, CAPUT, E 129, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUE CONFERE AO ACUSADO O DIREITO AO SILÊNCIO. O acusado tem o direito de permanecer em silêncio ao ser interrogado, em virtude do princípio constitucional – *nemo tenetur se detegere* (art. 5º, LXIII), não traduzindo esse privilégio auto-incriminação. No caso dos autos, não há qualquer prejuízo que nulifique o processo, tendo em vista que o silêncio do acusado não constituiu a base da condenação, que se arrimou em outras provas colhidas no processo. Habeas corpus indeferido. Habeas Corpus nº 75.616/SP. Relator: Min. Ilmar Galvão. Acórdão de 7/10/97. Diário da Justiça de 14/11/97, p. 58.767.

### **HABEAS CORPUS Nº 76.092/RJ**

"Habeas corpus". - Improcedência da alegada nulidade quanto à alegação de cerceamento de defesa por não terem sido intimadas as partes para a reconstituição do crime. - Procedência da impetração quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, porquanto o aumento decorrente das circunstâncias do crime são anteriores e as contemporâneas deste e não as que a ele são posteriores na tentativa de eliminação de provas que incriminem o réu. Precedente do STF: HC 72.815. "Habeas corpus" deferido em parte. Habeas Corpus nº 76.092/RJ. Relator: Min. Moreira Alves. Acórdão de 5/12/97. Diário da Justiça de 8/5/98, p. 4.

### **HABEAS CORPUS Nº 77.135/SP**

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de

Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido. Habeas Corpus nº 77.135/SP. Relator: Min. Ilmar Galvão. Acórdão de 8/9/98. Diário da Justiça de 6/11/98, p. 3.

#### **HABEAS CORPUS Nº 78.708/SP**

Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, conseqüências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado. I. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. II. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas. III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio - que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade - e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito. Habeas Corpus nº 78.708/SP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Acórdão de 9/3/99. Diário da Justiça de 16/4/99, p. 8.

### **HABEAS CORPUS Nº 79.244/DF**

I. CPI: *nemo tenetur se detegere*: direito ao silêncio. Se, conforme o art. 58, § 3º, da Constituição, as comissões parlamentares de inquérito, detêm o poder instrutório das autoridades judiciais - e não maior que o dessas - a elas se poderão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, dentre os quais os derivados das garantias constitucionais contra a auto-incriminação, que tem sua manifestação mais eloqüente no direito ao silêncio dos acusados. Não importa que, na CPI - que tem poderes de instrução, mas nenhum poder de processar nem de julgar - a rigor não haja acusados: a garantia contra a auto-incriminação se estende a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos. Se o objeto da CPI é mais amplo do que os fatos em relação aos quais o cidadão intimado a depor tem sido objeto de suspeitas, do direito ao silêncio não decorre o de recusar-se de logo a depor, mas sim o de não responder às perguntas cujas repostas entenda possam vir a incriminá-lo: liminar deferida para que, comparecendo à CPI, nesses termos, possa o paciente exercê-lo, sem novamente ser preso ou ameaçado de prisão. II. Habeas corpus prejudicado, uma vez observada a liminar na volta do paciente à CPI e já encerrados os trabalhos dessa. Habeas Corpus nº 79.244/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Acórdão de 23/2/00. Diário da Justiça de 24/3/00, p. 38.

### **HABEAS CORPUS Nº 79.589/DF**

Comissão Parlamentar de Inquérito. Direito ao silêncio. Pedido deferido para que, caso reconvocato a depor, não seja o paciente preso ou ameaçado de prisão pela recusa de responder a pergunta cujas respostas entenda poderem vir a incriminá-lo. Habeas Corpus nº 79.589/DF. Relator: Min. Octavio Gallotti. Acórdão de 5/4/00. Diário da Justiça de 6/10/00, p. 81.

### **HABEAS CORPUS Nº 79.781/SP**

I. Recurso ordinário de habeas corpus (ou habeas corpus originário que o substitua): liberdade de fundamentação. Não se impondo o requisito do prequestionamento - peculiar aos recursos extraordinário e especial - ao recurso de denegação de habeas corpus - que é ordinário (CF, arts. 102, II, a e 105, II, a) - nem, *a fortiori*, à impetração originária que a substitua, uma vez mantida a identidade do pedido, é lícito ao recorrente ou impetrante aditar novos argumentos à fundamentação originária. II. Prisão preventiva: fundamentação inadequada. Não constituem fundamentos idôneos, por si sós, à prisão preventiva: a) o chamado clamor popular provocado pelo fato atribuído ao réu, mormente quando confundido, como é freqüente, com a sua repercussão nos veículos de comunicação de massa; b) a consideração de que, interrogado, o

acusado não haja demonstrado "interesse em colaborar com a Justiça"; ao indiciado não cabe o ônus de cooperar de qualquer modo com a apuração dos fatos que o possam incriminar - que é todo dos organismos estatais da repressão penal; c) a afirmação de ser o acusado capaz de interferir nas provas e influir em: testemunhas, quando despida de qualquer base empírica; d) o subtrair-se o acusado, escondendo-se, ao cumprimento de decreto anterior de prisão processual. Habeas Corpus nº 79.781/SP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Acórdão de 18/4/00. Diário da Justiça de 9/6/00, p. 22.

### **HABEAS CORPUS Nº 79.812/SP**

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO - DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA - IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO IMPOR MEDIDAS RESTRITIVAS A QUEM EXERCE, REGULARMENTE. ESSA PRERROGATIVA - PEDIDO DE HABEAS CORPUS DEFERIDO. - O privilégio contra a auto-incriminação - que é plenamente invocável perante as comissões parlamentares de inquérito - traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. Habeas Corpus nº 79.812/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 8/11/00. Diário da Justiça de 16/2/01, p. 21.

### **RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 79.973/MG**

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. FALTA DE INFORMAÇÃO SOBRE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IRREGULARIDADE NO LAUDO PERICIAL. NULIDADE DA SENTENÇA. A falta de informação ao preso sobre seus direitos constitucionais gera nulidade dos atos praticados, se demonstrado prejuízo. Precedentes. Relatório médico preliminar não se confunde com laudo pericial decorrente de auto de exame de corpo de delito (CPP, art. 159/160). É no laudo que os dois peritos devem responder aos quesitos e firmá-lo. As nulidades ocorridas até o interrogatório judicial devem ser argüidas na defesa prévia. A não interposição do pedido de declaração da sentença caracteriza a preclusão da matéria omitida. Precedentes. Recurso desprovido. Recurso em Habeas Corpus nº 79.973/MG. Relator: Min. Nelson Jobim. Acórdão de 23/5/00. Diário da Justiça de 13/10/00, p. 22.

### **HABEAS CORPUS Nº 80.584/PA**

Habeas corpus. 2. Pretendida exclusão dos pacientes, desde logo, do inquérito, e que não sejam presos, nem processados, em decorrência dos fatos investigados por Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI. 3. Não é cabível, sem exame de fatos concretos, reconhecer que esteja a CPI impedida de investigar os pacientes. Além disso, não há indicação de ato concreto e específico, por parte do órgão tido por coator, a evidenciar a prática de comportamento abusivo ou ilegal, ou ameaça à liberdade de ir e vir dos pacientes, o que não se há de ter como caracterizado pela só circunstância de convocação para depor na CPI. 4. Habeas corpus preventivo deferido, parcialmente, tão-só, para que seja resguardado aos acusados o direito ao silêncio, por ocasião de seus depoimentos, de referência a fatos que possam constituir elemento de sua incriminação. Habeas Corpus nº 80.584/PA. Relator: Min. Néri da Silveira. Acórdão de 8/3/01. Diário da Justiça de 6/4/01, p. 69.

### **HABEAS CORPUS Nº 80.592/PR**

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL CONTRA DEPUTADO FEDERAL, INSTAURADO POR DELEGADO DE POLÍCIA. "HABEAS CORPUS" CONTRA ESSE ATO, COM ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO S.T.F. E DE AMEAÇA DE CONDUÇÃO COERCITIVA PARA O INTERROGATÓRIO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO S.T.F. PARA O JULGAMENTO DO "WRIT". INDEFERIMENTO DESTES. 1. Para instauração de Inquérito Policial contra Parlamentar, não precisa a Autoridade Policial obter prévia autorização da Câmara dos Deputados, nem do Supremo Tribunal Federal. Precisa, isto sim, submeter o Inquérito, no prazo legal, ao Supremo

Tribunal Federal, pois é perante este que eventual ação penal nele embasada poderá ser processada e julgada. E, no caso, foi o que fez, após certas providências referidas nas informações. Tanto que os autos do Inquérito já se encontram em tramitação perante esta Corte, com vista à Procuradoria Geral da República, para requerer o que lhe parecer de direito. 2. Por outro lado, o Parlamentar pode ser convidado a comparecer para o interrogatório no Inquérito Policial, (podendo ajustar, com a autoridade, dia, local e hora, para tal fim - art. 221 do Código de Processo Penal), mas, se não comparecer, sua atitude é de ser interpretada como preferindo calar-se. Obviamente, nesse caso, não pode ser conduzido coercitivamente por ordem da autoridade policial, o que, na hipótese, até foi reconhecido por esta, quando, nas informações, expressamente descartou essa possibilidade. 3. Sendo assim, nem mesmo está demonstrada qualquer ameaça, a esse respeito, de sorte que, no ponto, nem pode a impetração ser considerada como preventiva. 4. Enfim, não está caracterizado constrangimento ilegal contra o paciente, por parte da autoridade apontada como coatora. 5. "H.C." indeferido, ficando, cassada a medida liminar, pois o Inquérito Policial, se houver necessidade de novas diligências, deve prosseguir na mesma Delegacia da Polícia Federal em Maringá-PR, sob controle jurisdicional direto do Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80.592/PR. Relator: Min. Sydney Sanches. Acórdão de 3/4/01. Diário da Justiça de 22/6/01, p. 23.

### **HABEAS CORPUS Nº 80.949/RJ**

I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilícitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado

seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido. Habeas Corpus nº 80.949/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Acórdão de 30/10/01. Diário da Justiça de 14/12/01, p. 26.

#### **HABEAS CORPUS Nº 82.463/MG**

HABEAS CORPUS. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. LEI Nº 9.099/95. ART. 72. AUDIÊNCIA PRELIMINAR. DESNECESSIDADE DE OFERECIMENTO PRÉVIO DA DENÚNCIA. DECLARAÇÕES DO ACUSADO. DIREITO AO SILÊNCIO. 1. O comparecimento do paciente ao Juízo para a audiência preliminar não depende do oferecimento

de denúncia, mas, como é próprio do sistema dos Juizados Especiais Criminais, ocorre antes dela. As declarações prestadas pelo paciente nessa audiência não se confundem com o interrogatório de que trata o art. 81, *caput* da mencionada lei. 2. Não tendo sido o acusado informado do seu direito ao silêncio pelo Juízo (art. 5º, inciso LXIII), a audiência realizada, que se restringiu à sua oitiva, é nula. 3. Pedido deferido em parte. Habeas Corpus nº 82.463/MG. Relator: Min. Ellen Gracie. Acórdão de 5/11/02. Diário da Justiça de 19/12/02, p. 92.

#### **RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 103.266/RS**

TRIBUNAL DO JÚRI DE PORTO ALEGRE. PRIMEIRO E SEGUNDO JUIZADOS DA VARA DO JÚRI. REGULARIDADE. INTERROGATÓRIO A QUE SE RECUSA RESPONDER. LEITURA DE OBRA TÉCNICA EM SESSÃO DE JULGAMENTO (ART. 475 DO CPP). 1. A atribuição de competência, pela organização judiciária gaúcha, a dois juizes de direito, por distribuição, para instruir os processos de competência do júri e presidir o tribunal respectivo, reservando com privatividade, ao primeiro juiz a organização da lista dos jurados, não conflita com as normas pertinentes do processo penal, nem tem eiva de inconstitucionalidade. 2. Insubsistência da arguição de nulidade por ausência de interrogatório do réu, no plenário, se parte dele a escusa de prestar declarações quando interrogado pelo juiz, não podendo ser constringido a fazê-lo, pois tem direito ao silêncio nos termos do art. 186 do CPP. 3. Não viola o art. 475 do CPP a leitura, em plenário, sem prévio conhecimento da contraparte, de publicação técnica, se não demonstrado que o seu teor tenha influenciado no convencimento dos jurados. 4. Dissídio jurisprudencial não demonstrado, pela falta de identidade de pressupostos dos casos confrontados. Recurso extraordinário não conhecido. Recurso Extraordinário nº 103.266/RS. Relator: Min. Rafael Mayer. Acórdão de 4/12/84. Diário da Justiça de 19/12/84, p. 21.919.

#### **RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 199.570/MS**

INTERROGATÓRIO - ACUSADO - SILÊNCIO. A parte final do artigo 186 do Código de Processo Penal, no sentido de o silêncio do acusado poder se mostrar contrário aos respectivos interesses, não foi recepcionada pela Carta de 1988, que, mediante o preceito do inciso LVIII do artigo 5º, dispõe sobre o direito de os acusados, em geral, permanecerem calados. Mostra-se discrepante da ordem jurídica constitucional, revelando apego demasiado à forma, decisão que implique a declaração de nulidade do julgamento procedido pelo Tribunal do Júri à mercê de remissão, pelo acusado, do depoimento prestado no primeiro Júri, declarando nada mais ter a acrescentar. Dispensável é a feitura, em si, das perguntas, sendo suficiente a leitura do

depoimento outrora colhido. Recurso Extraordinário nº 199.570/MS. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão de 16/12/97. Diário da Justiça de 20/3/98, p. 17.

#### **RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 206.971/SP**

**PERDA DE GRADUAÇÃO DE PRAÇA DA POLÍCIA MILITAR. SANÇÃO DISCIPLINAR ADMINISTRATIVA.** Esta Corte já firmou o entendimento de que a perda de graduação de praça da polícia militar, como sanção disciplinar administrativa, não se dá por meio de julgamento da Justiça Militar Estadual, mas mediante processo administrativo na própria corporação, assegurando-se direito de defesa e o contraditório (assim, a título exemplificativo nos RREE 199.600, 197.649 e 223.744). No caso, por equivocada interpretação do acórdão desta Corte prolatado no RE 121.533, o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo se deu por competente para julgar a perda de graduação de praça provocado por meio de representação do Comandante Geral da Corporação diante do apurado em processo disciplinar sumário. Essa questão de competência, no entanto, não é objeto do presente recurso extraordinário. Falta de prequestionamento das alegadas ofensas ao "caput" e aos incisos X e LIII do artigo 5º da Constituição. Improcedência das alegações de violação aos incisos LIV, LV, LXI e LXIII do artigo 5º da Carta Magna. Recurso extraordinário não conhecido. Recurso Extraordinário nº 206.971/SP. Relator: Min. Moreira Alves. Acórdão de 18/4/00. Diário da Justiça de 9/6/00, p. 32.

#### **RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 212.081/RO**

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8-97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº 212.081/RO. Relator: Min. Octávio Gallotti. Acórdão de 5/12/97. Diário da Justiça de 27/3/98, p. 23.

No presente anexo se encontram as ementas dos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal não relacionados com o princípio contra a auto-incriminação, mas mencionados no corpo do trabalho.

A disposição obedeceu à ordem numérica crescente.

## EMENTAS

### AÇÃO PENAL Nº 307/DF

AÇÃO CRIMINAL. CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 317, CAPUT), CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA (ART. 343), COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344), SUPRESSÃO DE DOCUMENTO (ART. 305) E FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299). PRELIMINARES: INADMISSIBILIDADE DE PROVAS CONSIDERADAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO E INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS CRIMES DO ART. 299, À AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM O DE CORRUPÇÃO PASSIVA, QUE DETERMINOU A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PERANTE ESSA CORTE, POSTO QUE ATRIBUÍDO, ENTRE OUTROS, A PRESIDENTE DA REPÚBLICA. 1. Crimes de corrupção passiva (art. 317, *caput*) atribuídos, em concurso de pessoas, ao primeiro, ao segundo e ao terceiro acusados, e que, segundo a denúncia, estariam configurados em três episódios distintos: solicitação, de parte do primeiro acusado, por intermédio do segundo, de ajuda, em dinheiro, para a campanha eleitoral de candidato a Deputado Federal; gestões desenvolvidas pelo primeiro acusado, por intermédio do Secretário-Geral da Presidência da República, junto à direção de empresas estatais, com vistas à aprovação de proposta de financiamento de interesse de terceiros; e nomeação do Secretário Nacional dos Transportes em troca de vultosa quantia que teria sido paga por empreiteira de cuja diretoria participava o nomeado, ao segundo acusado, parte da qual teria sido repassada ao primeiro. I.I. Inadmissibilidade, como prova, de laudos de gravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a gravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5º, X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com

violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degravada ao arripio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF). 1.2. Improcedência da acusação. Relativamente ao primeiro episódio, em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro acusado, mas também por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido. No que concerne ao segundo, pelo duplo motivo de não haver qualquer referência, na degravação feita com inobservância do princípio do contraditório e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5º, X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degravada ao arripio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF). 1.2. Improcedência da acusação. Relativamente ao primeiro episódio, em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro acusado, mas também por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o segundo, ao terceiro e ao quarto acusados. 2.1. Improcedência da denúncia referentemente ao crime do art. 343, posto não haver resultado demonstrado haverem os acusados dado, oferecido ou prometido, qualquer vantagem às testemunhas apontadas, nem, tampouco, que lhes houvessem eles sequer induzido a prestação de falso testemunho; ao do art. 344, em face da ausência de prova de uso de violência ou de grave ameaça contra as ditas testemunhas, por qualquer dos acusados; e, no que tange ao do art. 305, não apenas por falta de prova da destruição de documentos (recibos de pagamento de aluguel de veículo), mas também da própria existência destes, aliada à circunstância de não serem eles indisponíveis. 3. Crimes de falsificação ideológica (art. 299) de faturas e notas fiscais, atribuídos ao segundo acusado. 3.1. Improcedência da denúncia, nesse ponto, ante a ausência de prova, seja da materialidade, seja da autoria dos delitos. 4. Crimes de falsificação ideológica (art. 299) consistentes na abertura de contas correntes bancárias e movimentação de cheques em nomes fictícios, nas praças de Brasília e de São Paulo, atribuídos, em concurso de pessoas, ao segundo, à sexta, à sétima, ao oitavo e ao nono acusados. 4.1. Inconsistência da tese de haver-se esfumado, com a rejeição da denúncia pelo crime de quadrilha, a razão pela qual os ditos crimes, por efeito de conexão, foram incluídos na denúncia e, em consequência, atraídos para a competência do STF. Liame que, ao revés, está revelado por diversas circunstâncias, avultando a de haverem as mencionadas contas sido utilizadas como meio de viabilizar a transferência, para o primeiro acusado, das vantagens consideradas indevidas, com ocultação de sua origem. 4.2. Autoria comprovada, inclusive por confissão, do segundo acusado, como mentor, e da sétima acusada, como executora,

relativamente à falsificação, ocorrida em Brasília e em São Paulo, das contas bancárias e dos cheques enumerados na denúncia; e) improvação, por meio de perícia técnica, realizada em juízo, de que o oitavo acusado foi o autor do crime, relativamente à emissão de dois cheques (nº 773.710 e 773.704) e ao endosso de mais quatro (nº 072.170, 072.171, 072.172 e 072.173), do Banco Rural, todos apontados na denúncia; e de que o quinto acusado também o foi, relativamente à abertura das contas correntes nº 01.6173-0 e 01.6187, no Banco Rural. 4.3. Descabimento da pretendida descaracterização dos ilícitos, ao fundamento de ausência de prejuízo, ante a evidência de haverem sido praticados com o manifesto propósito de escamotear a verdade sobre fatos juridicamente relevantes (a existência, a origem e a destinação do dinheiro depositado nas contas abertas em nomes fictícios). 4.4. Desarrazoada, por igual, a alegação de que a sétima acusada agiu à falta de conhecimento potencial quanto a ilicitude dos atos praticados e sob sujeição de poder hierárquico. Primeiramente, por haver, ela própria, revelado o conhecimento da ilicitude de sua conduta, com o que afastou a ocorrência de erro de proibição, que se caracteriza pela absoluta inconsciência do injusto. E, em segundo lugar, diante da falta de comprovação de que as instruções recebidas de seu empregador, relativamente às contas fictícias que abriu e movimentou, vieram acompanhadas de ameaça de qualquer natureza; do caráter manifesta e reconhecidamente ilegal dessas instruções; e do fato de não se estar diante de relação hierárquica de direito administrativo, circunstâncias que afastam a segunda excludente. 4.5. Denúncia declarada improcedente, relativamente: a) ao nono acusado, por insuficiência da prova de haver falsificado os cheques nº 419.567 e 696.811, do Banco Rural; b) à sexta acusada, à ausência de prova de haver sido ela autora da falsificação do cheque nº 443.414, do Banco Rural e da abertura da conta de depósito nº 01.6101-2, e por insuficiência de prova de ter falsificado os cheques nº 412.672, 412.674 e 412.679, do Banco Rural; e c) ao quinto acusado, por insuficiência de prova, no que tange à imputação de haver aberto a conta nº 01.6101-2, do Banco Rural e contra ela movimentado cheques. 4.6. Reconhecimento da continuidade delitiva tão-somente no concernente às falsificações verificadas na mesma praça. Orientação assentada no STF. 4.7. Reconhecimento da primariedade e dos bons antecedentes, relativamente a todos os acusados. Ação Penal nº 307/DF. Relator: Min. Ilmar Galvão. Acórdão de 13/12/94. Diário da Justiça de 13/10/95, p. 34.247.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.480MC/DF**  
**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT -**  
**PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM**  
**JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE**

INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do

tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em conseqüência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política

subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.

**LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** - A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 4/9/97. Diário da Justiça de 18/5/01, p. 429.

### **RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 32.678/SP**

Compete ao Supremo Tribunal Federal, e não a juízes singulares, conhecer, originariamente, do pedido de habeas-corpus em que se aponte, como autoridade coactora, qualquer das Câmaras Legislativas ou suas comissões parlamentares. São tais comissões o próprio Poder Legislativo, que, por motivos de economia e eficiência de trabalho, funciona com reduzido número de membros. No encargo que lhe está afeto, a comissão de Inquérito é tão prestigiosa como o Congresso. Tão soberana como este, dentro dos preceitos constitucionais. Extremadas ficaram, pela Lei nº 1.579, de março de 1952, atribuições da comissão e competência dos juízes. Determinar diligências, requerer convocação de ministros de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de repartições públicas e autárquicas informações e documentos, tudo isso, pelo art. 2º da Lei nº 1.579, é cometido à Comissão. Obrigar as testemunhas faltosas a comparecer, comunicar-lhes a pena devida, processá-las e puni-las, se houverem omitido a verdade, é da alçada do Judiciário. Limitações à liberdade de inquirição das testemunhas. Perguntas impertinentes. Sanção contra os que recusam a dizer a verdade. Indeferimento do

pedido de habeas-corpus. Recurso em Habeas Corpus nº 32.678/SP. Relator: Min. Mário Guimarães. Acórdão de 5/8/53. Diário da Justiça de 28/12/53, p. 04007.

#### **RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 47.465/GB**

RECONHECIMENTO DO ACUSADO. 1. O Reconhecimento de pessoa deve obedecer à forma imperativamente imposta pelo art. 226 do Código de Processo Penal. 2. Mas não se anula o processo por isso se, embora não modelarmente, o auto diz que o acusado foi colocado entre diversas pessoas e a sentença condenatória não se apoiou apenas no reconhecimento, mas no conjunto das provas que incriminam o réu, aliás de maus antecedentes. Recurso em Habeas Corpus nº 47.465/GB. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Acórdão de 13/11/69. Diário da Justiça de 29/12/69.

#### **RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 54.986/PR**

HABEAS CORPUS. ADVOGADO CONVOCADO PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS EM RESTAURAÇÃO DE AUTOS EXTRAVIADOS, OS QUAIS SE ACHAVAM EM SEU PODER. CONDUÇÃO COERCITIVA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO. Recurso em Habeas Corpus nº 54.986/PR. Relator: Min. Leitão de Abreu. Acórdão de 16/12/76. Diário da Justiça de 18/3/77.

#### **HABEAS CORPUS Nº 66.511/RS**

'HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO'. CÓDIGO PENAL, ART. 343, PARÁGRAFO ÚNICO. DELITO DE CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA. Não ampara o pedido a alegação de faltar à mãe da menor ofendida a qualidade de testemunha. O Código Penal não exclui da prática do crime de falso testemunho a pessoa que, embora impedida, venha a falsear em depoimento que preste, negando, afirmando ou calando a verdade. Tampouco o dever de dizer a verdade foi condicionado pelo legislador à prestação de compromisso. Não cabe, em "habeas corpus", discutir aspectos de prova concernentes aos fatos de que resultou a denúncia. Não é, na espécie, de reconhecer falta de justa causa à ação penal. "Habeas corpus" indeferido. Habeas Corpus nº 66.511/RS. Relator: Min. Néri da Silveira. Acórdão de 5/8/88. Diário da Justiça de 16/12/90, p. 929.

#### **HABEAS CORPUS Nº 68.697/SP**

PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. I. A ausência de advogado no interrogatório do réu não vicia o ato, mesmo porque o defensor do acusado não

pode, de qualquer modo, intervir ou influir nas perguntas e nas respostas. CPP, art. 187. II. "Habeas corpus" indeferido. Habeas Corpus nº 68.697/SP. Relator: Min. Carlos Velloso. Acórdão de 27/8/91. Diário da Justiça de 4/10/91, p. 13.781.

#### **HABEAS CORPUS Nº 68.819/SP**

HABEAS CORPUS - CERCEAMENTO DE DEFESA - EXCLUSÃO DO RÉU DA SALA DE AUDIÊNCIAS QUANDO DA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS (CPP, ART. 217) - RECONHECIMENTO PESSOAL (CPP, ART. 226) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - ALEGADA CONTRADIÇÃO ENTRE AS SUAS PREMISSAS E AS CONCLUSÕES DECISÓRIAS - FUNDAMENTAÇÃO (CPP, ART. 381, III) - NULIDADES INEXISTENTES - PEDIDO INDEFERIDO. Não ofende a Constituição e nem traduz cerceamento de defesa a decisão do juiz que, suficientemente motivada, ordena a retirada do acusado da sala de audiências, a pedido das vítimas e das testemunhas, que se sentiram atemorizadas com a presença do réu. Esse poder de exclusão, deferido ao magistrado, tem por fundamento o art. 217 do Código de Processo Penal e, na concreção do seu alcance, objetiva assegurar às testemunhas e às vítimas a plena liberdade moral para deporem em juízo, sem qualquer receio ou temor. Para que essa extraordinária prerrogativa processual do magistrado não se converta em fonte de abusos e de práticas arbitrárias, torna-se imprescindível que o ato decisório seja fundamentado, que o juiz faça constar de termo processual as razões que motivaram a retirada do acusado e que a instrução criminal seja realizada na presença do defensor técnico do réu. Se as vítimas ou as testemunhas do evento delituoso apontam, com segurança, em audiência judicial, o acusado presente como o autor do ilícito penal praticado, essa prova possui eficácia jurídico-processual idêntica àquela que emerge do reconhecimento efetuado com as formalidades prescritas pelo art. 226 do Código de Processo Penal. Esse meio probatório, cuja validade é inquestionável, reveste-se de aptidão jurídica suficiente para legitimar, especialmente quando apoiado em outros elementos de convicção, a prolação de um decreto condenatório. A alegação de que o magistrado procedeu a uma errônea avaliação da prova penal produzida não pode constituir objeto de apreciação jurisdicional em sede de habeas corpus. A utilização desse remédio constitucional não se revela juridicamente hábil ao exame aprofundado do conjunto probatório que se viu produzir com a devida observância do *due process of law*, em sede de cognição penal. Habeas Corpus nº 68.819/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 5/11/91. Diário da Justiça de 28/8/92, p. 13.452.

### **HABEAS CORPUS Nº 69.372/SP**

"HABEAS CORPUS" - AUSÊNCIA DE ADVOGADO AO ATO DE INTERROGATÓRIO POLICIAL E JUDICIAL - DESISTÊNCIA DAS TESTEMUNHAS DA DEFESA - VALIDADE - AUSÊNCIA DE REPERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS POR PARTE DA DEFESA - INEXISTÊNCIA DE LESÃO À GARANTIA DO CONTRADITÓRIO - FALTA DE INTIMAÇÃO DO PACIENTE E DE SEU ADVOGADO PARA OS ATOS DE INSTRUÇÃO CRIMINAL - INOCORRÊNCIA - PEDIDO INDEFERIDO. A ausência de Advogado no interrogatório judicial do acusado não infirma a validade jurídica desse ato processual. O interrogatório judicial - que constitui ato pessoal do magistrado processante - não está sujeito ao princípio do contraditório. Precedente: HC 68.929-9, rel. Min. CELSO DE MELLO. A investigação policial, em razão de sua própria natureza, não se efetiva sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância do postulado da bilateralidade dos atos processuais e da instrução criminal. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao inquérito policial tem sido reconhecida pela jurisprudência do STF. A prerrogativa inafastável da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo. Precedente: RE 136.239-1, rel. Min. CELSO DE MELLO. - A jurisprudência do STF tem proclamado que a desistência do depoimento testemunhal constitui faculdade jurídica de qualquer das partes, contendo-se, por isso mesmo, nos poderes processuais do defensor. O fato de o defensor técnico do réu não haver formulado reperguntas às testemunhas não traduz, só por si, circunstância apta a configurar causa de nulidade processual. As informações prestadas pelo órgão apontado como coator presumem-se verdadeiras. Eventual conflito entre elas e as razões invocadas pelo impetrante do "habeas corpus", desde que desacompanhadas estas de qualquer elemento comprobatório de sua realidade, deve resolver-se em favor dos esclarecimentos emanados da autoridade pública, especialmente quando se trata de um Tribunal de segunda instância. Habeas Corpus nº 69.372/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 22/9/92. Diário da Justiça de 7/5/93, p. 8.328.

### **HABEAS CORPUS Nº 70.344/RJ**

"HABEAS-CORPUS". TRÁFICO DE ENTORPECENTE. INDÍCIOS. INEXISTÊNCIA DE CAUSA PARA CONDENAÇÃO. ART. 157 E 239 DO CPP. Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexó com o fato a ser provado seja lógico e próximo. O crime de tráfico ilícito de entorpecente não exige o dolo específico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de "ter em depósito, sem autorização". O rito

especial e sumário do "habeas-corpus" não o habilita para simples reexame de provas. "Habeas-corpus" conhecido, mas indeferido. Habeas Corpus nº 70.344/RJ. Relator: Min. Paulo Brossard. Acórdão de 14/9/93. Diário da Justiça de 22/10/93, p. 22.253.

### **HABEAS CORPUS Nº 71.039/RJ**

Ao Supremo Federal compete exercer, originariamente, o controle jurisdicional sobre atos de comissão parlamentar de inquérito que envolvam ilegalidade ou ofensa a direito individual, dado que a ele compete processar e julgar habeas-corpus e mandado de segurança contra atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, art. 102, I, i, da Constituição, e a comissão parlamentar de inquérito procede como se fora a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal ou o Congresso Nacional. Construção constitucional consagrada. MS 1959, de 1953 e HC 92.678, de 1953. Às câmaras legislativas pertencem poderes investigatórios, bem como os meios instrumentais destinados a torná-los efetivos. Por uma questão de funcionalidade elas os exercem por intermédio de comissões parlamentares de inquérito, que fazem as suas vezes. Mesmo quando as comissões parlamentares de inquérito não eram sequer mencionadas na Constituição, estavam elas armadas de poderes congressuais, porque sempre se entendeu que o poder de investigar era inerente ao poder de legislar e de fiscalizar, e sem ele o Poder Legislativo estaria defectivo para o exercício de suas atribuições. O poder investigatório é auxiliar necessário do poder de legislar; *conditio sine qua non* de seu exercício regular. Podem ser objeto de investigação todos os assuntos que estejam na competência legislativa ou fiscalizatória do Congresso. Se os poderes da comissão parlamentar de inquérito são dimensionados pelos poderes da entidade matriz, os poderes desta delimitam a competência da comissão. Ela não terá poderes maiores do que os de sua matriz. De outro lado, o poder da comissão parlamentar de inquérito é coextensivo ao da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional. São amplos os poderes da comissão parlamentar de inquérito, pois são os necessários e úteis para o cabal desempenho de suas atribuições. Contudo, não são ilimitados. Toda autoridade, seja ela qual for, está sujeita à Constituição. O Poder Legislativo também e com ele as suas comissões. A comissão parlamentar de inquérito encontra na jurisdição constitucional do Congresso seus limites. Por uma necessidade funcional, a comissão parlamentar de inquérito não tem poderes universais, mas limitados a fatos determinados, o que não quer dizer não possa haver tantas comissões quantas as necessárias para realizar as investigações recomendáveis, e que outros fatos, inicialmente imprevisos, não possam ser aditados aos objetivos da comissão de inquérito, já em ação. O poder de investigar não é um fim em si mesmo, mas um poder instrumental ou ancilar relacionado com as atribuições do Poder Legislativo. Quem quer o fim dá os meios. A comissão parlamentar de

inquérito, destinada a investigar fatos relacionados com as atribuições congressuais, tem poderes iminentes ao natural exercício de suas atribuições, como de colher depoimentos, ouvir indiciados, inquirir testemunhas, notificando-as a comparecer perante ela e a depor; a este poder corresponde o dever de, comparecendo a pessoa perante a comissão, prestar-lhe depoimento, não podendo calar a verdade. Comete crime a testemunha que o fizer. A Constituição, art. 58, § 3º, a Lei nº 1.579, art. 4º, e a jurisprudência são nesse sentido. Também pode requisitar documentos e buscar todos os meios de provas legalmente admitidos. Ao poder de investigar corresponde, necessariamente, a posse dos meios coercitivos adequados para o bom desempenho de suas finalidades; eles são diretos, até onde se revelam eficazes, e indiretos, quando falharem aqueles, caso em que se servirá da colaboração do aparelho judiciário. Os poderes congressuais, de legislar e fiscalizar, hão de estar investidos dos meios apropriados e eficazes ao seu normal desempenho. O poder de fiscalizar, expresso no inciso X do art. 49 da Constituição, não pode ficar condicionado a arrimo que lhe venha a dar outro Poder, ainda que, em certas circunstâncias, ele possa vir a ser necessário. A comissão parlamentar de inquérito se destina a apurar fatos relacionados com a administração, Constituição, art. 49, X, com a finalidade de conhecer situações que possam ou devam ser disciplinadas em lei, ou ainda para verificar os efeitos de determinada legislação, sua excelência, inocuidade ou nocividade. Não se destina a apurar crimes nem a puni-los, da competência dos Poderes Executivo e Judiciário; entretanto, se no curso de uma investigação, vem a deparar fato criminoso, dele dará ciência ao Ministério Público, para os fins de direito, como qualquer autoridade, e mesmo como qualquer do povo. Constituição, art. 58, § 3º, *in fine*. A comissão parlamentar de inquérito tem meios para o desempenho de suas atribuições e finalidades. Procede regularmente com os seus meios, intimando testemunhas, requisitando papéis, servindo-se dos meios ordinários e habituais, o contacto direto do relator, o telefone, o ofício, a intimação por funcionário seu, posto à sua disposição, e só por exceção se serve da colaboração de outro poder. Dificilmente a comissão poderia cumprir sua missão se, a todo momento e a cada passo, tivesse de solicitar a colaboração do Poder Judiciário para intimar uma testemunha a comparecer e a depor. Em casos de resistência ou recalcitrância ou desobediência, comprovados e certificados pela comissão, por meio de seu funcionário, solicita a colaboração do aparelho entre os Poderes, não lhe pode negar. Lei nº 1.579, art. 3º parágrafo único. Se a comissão parlamentar de inquérito não tivesse meios compulsórios para o desempenho de suas atribuições, ela não teria como levar a termo os seus trabalhos, pois ficaria à mercê da boa vontade ou, quiçá, da complacência de pessoas das quais dependesse em seu trabalho. Esses poderes são inerentes à comissão parlamentar de inquérito e são implícitos em sua constitucional existência. Não fora assim e ela não poderia funcionar senão amparada nas muletas

que lhe fornecesse outro Poder, o que contraria a lógica das instituições. A comissão pode, em princípio, determinar buscas e apreensões, sem o que essas medidas poderiam tornar-se inócuas e quando viessem a ser executadas cairiam no vazio. Prudência, moderação e adequação recomendáveis nessa matéria, que pode constituir o *punctum dolens* da comissão parlamentar de inquérito no exercício de seus poderes, que, entretanto, devem ser exercidos, sob pena da investigação tornar-se ilusória e destituída de qualquer sentido útil. Em caso de desacato, à entidade ofendida cabe tomar as providências devidas ato contínuo, sem prejuízo do oportuno envio das peças respectivas ou do auto correspondente ao Ministério Público para a instauração do processo criminal. Ninguém pode escusar-se de comparecer à comissão parlamentar de inquérito para depor. Ninguém pode recusar-se a depor. Contudo, a testemunha pode escusar-se a prestar depoimento se este colidir com o dever de guardar sigilo. O sigilo profissional tem alcance geral e se aplica a qualquer juízo, cível, criminal, administrativo ou parlamentar. Não basta invocar sigilo profissional para que a pessoa fique isenta de prestar depoimento. É preciso haver um mínimo de credibilidade na alegação e só *a posteriori* pode ser apreciado caso a caso. A testemunha, não pode prever todas as perguntas que lhe serão feitas. O Judiciário deve ser prudente nessa matéria, par evitar que a pessoa venha a obter HC par calar a verdade, o que é modalidade de falso testemunho. Prisão decretada pelo presidente da CPI que extravasa claramente os limites legais. "Habeas Corpus" concedido para cassar o decreto ilegal, sem prejuízo do dever de seu comparecimento à Comissão, para ser inquirido como testemunha ou ouvido como indiciado. Habeas Corpus nº 71.039/RJ. Relator: Min. Paulo Brossard. Acórdão de 7/4/94. Diário da Justiça de 6/12/96, p. 48.708.

### **HABEAS CORPUS Nº 71.193/SP**

I. Habeas corpus: cabimento, em caráter preventivo, contra ameaça de constrangimento à liberdade de locomoção, materializada na intimação do paciente para depor em CPI, que contém em si a possibilidade de condução coercitiva da testemunha que se recuse a comparecer, como, no caso, se pretende ser direito seu. II. STF: competência originária: habeas corpus contra ameaça imputada a Senador ou Deputado Federal (CF, art. 102, I, alíneas i e c), incluída a que decorra de ato praticado pelo congressista na qualidade de Presidente de Comissão Parlamentar de Inquérito. III. Comissão Parlamentar de Inquérito: prazo certo de funcionamento: antinomia aparente entre a lei e o regimento interno da Câmara dos Deputados: conciliação. 1. Eventual antinomia entre preceitos de lei e de regimento interno das câmaras legislativas, na maioria das vezes, não se resolve como questão de hierarquia ou de conflito intertemporal de normas, mas, sim, mediante a prévia demarcação, à luz de critérios constitucionais explícitos ou implícitos, dos âmbitos

materiais próprios a cada uma dessas fontes normativas concorrentes. 2. Da esfera material de reserva à competência regimental das Casas Legislativas, é necessário excluir, de regra, a criação de obrigação ou restrições de direitos que alcancem cidadãos estranhos aos corpos legislativos e ao pessoal dos seus serviços auxiliares: aí, ressalvado o que se inclua no âmbito do poder de polícia administrativa das câmaras, o que domina é a reserva à lei formal, por imposição do princípio constitucional de legalidade. 3. A duração do inquérito parlamentar - com o poder coercitivo sobre particulares, inerentes à sua atividade instrutória e à exposição da honra e da imagem das pessoas a desconfianças e conjecturas injuriosas - é um dos pontos de tensão dialética entre a CPI e os direitos individuais, cuja solução, pela limitação temporal do funcionamento do órgão, antes se deve entender matéria apropriada à lei do que aos regimentos: donde, a recepção do art. 5º, § 2º, da L. 1.579/52. que situa, no termo final de legislatura em que constituída, o limite intransponível de duração, ao qual, com ou sem prorrogação do prazo inicialmente fixado, se há de restringir à atividade de qualquer comissão parlamentar de inquérito. 4. A disciplina da mesma matéria pelo regimento interno diz apenas com as conveniências de administração parlamentar, das quais cada câmara é o juiz exclusivo, e da qual, por isso - desde que respeitado o limite máximo fixado em lei, o fim da legislatura em curso -, não decorrem direitos para terceiros, nem a legitimação para questionar em juízo sobre a interpretação que lhe dê a Casa do Congresso Nacional. 5. Conseqüente inoponibilidade pelo particular, intimado a depor pela CPI, da alegada contrariedade ao art. 35, § 3º, do Regimento da Câmara dos Deputados pela decisão plenária que, dentro da legislação, lhe concedeu segunda prorrogação de 60 dias ao prazo de funcionamento inicialmente fixado em 120 dias. Habeas Corpus nº 71.193/SP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Acórdão de 6/4/94. Diário da Justiça de 23/3/01, p. 85.

#### **HABEAS CORPUS Nº 71.373/RS**

**INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA".** Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

Habeas Corpus nº 71.373/RS. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão de 10/11/94. Diário da Justiça de 22/11/96, p. 45.686.

#### **HABEAS CORPUS Nº 73.644/RS**

PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO: AUSÊNCIA DO DEFENSOR. ATOS INSTRUTÓRIOS PRESIDIDOS PELO PRETOR: INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. I. - A ausência do defensor no interrogatório do réu não vicia o ato, mesmo porque o defensor do acusado não pode intervir ou influir nas perguntas e nas respostas. CPP, artigo 187. Precedentes do STF. II. - Inocorrência de nulidade no fato de o Pretor ter presidido, por designação do Conselho da Magistratura, os atos instrutórios de ação penal que teve por objeto delito punido com pena de reclusão. É que o ato do Conselho investiu o Pretor na substituição do juiz vitalício. Ademais, a incompetência do juiz anula somente os atos decisórios. CPP, art. 567. A atuação do Pretor se restringiu a presidir os atos instrutórios. Finalmente, não se demonstrou a ocorrência de prejuízo para a defesa e sem prejuízo não há nulidade. CPP, art. 563. III. - H.C. indeferido. Habeas Corpus nº 73.644/RS. Relator: Min. Carlos Velloso. Acórdão de 28/6/96. Diário da Justiça de 15/9/00, p. 118.

#### **HABEAS CORPUS Nº 73.795/SP**

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - EXAME DE DNA. O exame de DNA não é essencial à valia da conclusão sobre a autoria do estupro. Descabe falar em cerceio de defesa quando sequer foi requerido. Da mesma forma há de concluir-se quanto à fragilidade da prova quando alicerçada em depoimento da vítima, reconhecendo o autor do delito, e do irmão que o surpreendeu ainda dentro da residência. Habeas Corpus nº 73.795/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão de 4/6/96. Diário da Justiça de 30/8/96, p. 30.605.

#### **HABEAS CORPUS Nº 73.898/SP**

"HABEAS-CORPUS". CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA; NULIDADES. 1. Justa causa: a condenação tem outros fundamentos suficientes, além da confissão perante a autoridade policial e depois retratada em juízo, com alegação de que houve coação. 2. O Estado não tem o dever de manter advogados nas repartições policiais para assistir interrogatórios de

presos; a Constituição assegura, apenas, o direito de o preso ser assistido por advogado na fase policial. 3. Não ocorre, no caso, a hipótese de flagrante preparado, mas a de esperado; não tem aplicação a Súmula 145 porque o art. 12 da Lei de Tóxicos prevê diversos tipos penais, entre eles a posse da substância entorpecente, suficiente para consumir o crime de tráfico, sendo irrelevante que a sua venda tenha se consumado ou não. 4. Nulidades ocorridas durante o inquérito policial não contaminam o processo penal, eis que após a prolação da sentença condenatória, esta é que deve ser atacada por eventuais nulidades. 5. "Habeas-corpus" conhecido, mas indeferido. Habeas Corpus nº 73.898/SP. Relator: Min. Maurício Correa. Acórdão de 21/5/96. Diário da Justiça de 16/8/96. p. 28.108.

#### **HABEAS CORPUS Nº 74.198/SP**

PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". DEFICIÊNCIA DA DEFESA. IRREGULARIDADE NO INQUÉRITO POLICIAL. INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. I. A deficiência da defesa só anulará o processo se houver prova de prejuízo para o réu. Súmula 523. II. Por se tratar de peça meramente informativa da denúncia ou da queixa, eventual irregularidade no inquérito policial não contamina o processo, nem enseja a sua anulação. III. A ausência de advogado no interrogatório do réu não vicia o ato, mesmo porque o defensor do acusado não pode intervir ou influir nas perguntas e nas respostas. CPP, art. 187. IV. H.C. indeferido. Habeas Corpus nº 74.198/SP. Relator: Min. Carlos Velloso. Acórdão de 24/9/96. Diário da Justiça de 6/12/96, p. 48.711.

#### **HABEAS CORPUS Nº 74.678/SP**

"Habeas corpus". Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). "Habeas corpus" indeferido. Habeas Corpus nº 74.678/SP. Relator: Min. Moreira Alves. Acórdão de 10/6/97. Diário da Justiça de 15/8/97, p. 37.036.

### **HABEAS CORPUS Nº 75.261/MG**

1. Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre seqüestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Licitude desse meio de prova. Precedente do STF: (HC 74.678, 1ª Turma, 10-6-97).  
2. Alegação improcedente de perda de objeto do recurso do Ministério Público estadual. 3. Reavaliação do grau de culpabilidade para fins de revisão de dosagem da pena. Pretensão incompatível com o âmbito do habeas corpus. 4. Pedido, em parte, deferido, para suprimento da omissão do exame da postulação, expressa nas alegações finais, do benefício da delação premiada (art. 159, § 4º, do Código Penal), mantidas a condenação e a prisão. Habeas Corpus nº 75.261/MG. Relator: Min. Octavio Gallotti. Acórdão de 24/6/97. Diário da Justiça de 22/8/97, p. 38.764.

### **HABEAS CORPUS Nº 75.809/SP**

Sentença condenatória: justa causa conforme fundamentação idônea, baseada não apenas na confissão depois retratada do paciente, mas também na prova indiciária colhida em juízo, julgada bastante para elidir a verossimilhança de sua versão dos fatos: juízo de mérito a cuja revisão não se presta o habeas corpus. II. Defesa técnica: não havendo contradição entre as versões dos co-réus, não há nulidade na nomeação *ad hoc* de um só defensor para a audiência de testemunhas. Habeas Corpus nº 75.809/SP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Acórdão de 17/3/98. Diário da Justiça de 17/4/98, p. 4.

### **HABEAS CORPUS Nº 76.060/SC**

DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende - de resto, apenas para obter prova de reforço - submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria. Habeas Corpus nº 76.060/SC. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Acórdão de 31/3/98. Diário da Justiça de 15/5/98, p. 44.

### **RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 76.741/MG**

Recurso ordinário em "habeas corpus". Como bem acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República, em princípio, a superveniência da condenação criminal não torna sem efeito a prisão - que é medida administrativa de caráter coercitivo e não punitivo - decretada no processo cível falimentar que tem outra finalidade. Assim sendo, e estando revogado o artigo 35 da Lei de Falências pelos incisos LXI e LXVII do artigo 5º da Constituição que não admitem essa modalidade de prisão, impõe-se o provimento do presente recurso ordinário para que se casse o decreto dessa prisão. Recurso ordinário provido. Recurso em Habeas Corpus nº 76.741/MG. Relator: Min. Moreira Alves. Acórdão de 24/4/98. Diário da Justiça de 22/5/98, p. 32.

### **RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 80.762/PE**

Recurso ordinário em "habeas corpus". O erro material existente no relatório do acórdão recorrido em nada prejudicou o julgamento do "writ", contra o qual, aliás, não foram sequer interpostos embargos de declaração para a correção desse erro. Razão de ser da ementa transcrita na parte final do acórdão do Superior Tribunal de Justiça. No mérito, está correto o aresto recorrido ao salientar que, por enquanto, é desnecessária a perícia requerida tendo em vista os fins a que ela se destina. Recurso a que se nega provimento. Recurso em Habeas Corpus nº 80.762/PE. Relator: Min. Moreira Alves. Acórdão de 20/3/01. Diário da Justiça de 14/6/02, p. 147.

### **HABEAS CORPUS Nº 81.907/GO**

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. NEGATIVA DE AUTORIA. Não se tranca ação penal por falta de justa causa, salvo se o fato for evidentemente atípico ou não houver qualquer indício de autoria. Precedentes. No caso, a denúncia descreve fato típico, estupro. Aponta a autoria na pessoa do Paciente. O fato do exame de DNA não ter confirmado a paternidade é insuficiente para demonstrar a atipicidade. O fato do exame de DNA, realizado pelo Paciente, ter confirmado a paternidade, é insuficiente para demonstrar a atipicidade. O exame é negativo da paternidade. E não da tipicidade nem da autoria. Ademais, o HABEAS não é meio idôneo para verificar a existência ou não de justa causa, quando implicar profundo exame do conjunto probatório. Habeas conhecido e indeferido. Habeas Corpus nº 81.907/GO. Relator: Min. Nelson Jobim. Disponível na internet. <http://www.stf.gov.br>

### **RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 91.010/RJ**

Identificação criminal. Interpretação que se impõe do art. 6º, VIII do Código de Processo Penal, em face do desenvolvimento da técnica, da qual se devem servir as autoridades policiais na

indagação dos crimes e de seus autores, sob pena de a obsolescência privar-lhes dos meios conducentes ao exercício de suas funções. Na identificação do indiciado inclui-se a fotografia, como elemento útil e recomendável, resguardando o paciente de todo e qualquer abuso ou violência capaz de ocasionar-lhe constrangimento desnecessário, entre os quais não se inclui a identificação fotográfica. Recurso extraordinário nº 91.010/RJ. Relator: Min. Soares Munoz. Acórdão de 4/5/79. Diário da Justiça de 25/5/79.

#### **RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 91.013/MG**

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Identificação criminal. Nela se inclui, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, o emprego da fotografia. Inexistência de constrangimento ilegal. Recurso extraordinário conhecido e provido. Recurso extraordinário nº 91.013/MG. Relator: Min. Leitão de Abreu. Acórdão de 5/8/80. Diário da Justiça de 29/8/80, p. 6.356.

#### **RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 136.239/SP**

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA CRIMINAL - INTERROGATÓRIO POLICIAL SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR - ILICITUDE DA PROVA - INOCORRÊNCIA - NATUREZA DO INQUÉRITO POLICIAL - DISCIPLINA DA PROVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA CF/88 - INVIABILIDADE - INOCORRÊNCIA DE LESÃO À ORDEM CONSTITUCIONAL (CF/88, ART. 5º, XL, LVI E LXIII E ART. 133) - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. O inquérito policial constitui mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do Ministério Público. Trata-se de peça informativa cujos elementos instrutórios - precipuamente destinados ao órgão da acusação pública - habilitar-lo-á a instaurar a *persecutio criminis in iudicio*. A unilateralidade das investigações desenvolvidas pela polícia judiciária na fase preliminar da persecução penal (*informatio delicti*) e o caráter inquisitivo que assinala a atuação da autoridade policial não autorizam, sob pena de grave ofensa à garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória cujo único suporte seja a prova, não reproduzida em juízo, consubstanciada nas peças do inquérito. A investigação policial - que tem no inquérito o instrumento de sua concretização - não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância ao postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela

jurisprudência dos tribunais (RT 522/396), cujo magistério tem acentuado que a garantia à ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo. Nenhuma acusação penal se presume provada. Esta afirmação, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, apenas acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia. A regra constitucional superveniente - tal como inscrita no art. 5º, LXIII e no art. 133 da Carta Política - não se reveste de retroprojeção normativa, eis que os preceitos de uma nova Constituição aplicam-se imediatamente, com eficácia *ex nunc*, ressalvadas as situações excepcionais, expressamente definidas no texto da Lei Fundamental. O princípio da imediata incidência das regras jurídicos-constitucionais somente pode ser excepcionado, inclusive para efeito de sua aplicação retroativa, quando expressamente o dispuser a Carta Política, pois "as Constituições não têm, de ordinário, retroeficácia. Para as Constituições, o passado só importa naquilo que elas apontam ou mencionam. Fora daí, não" (Pontes de Miranda). A nova Constituição do Brasil não impõe à autoridade policial o dever de nomear defensor técnico ao indiciado, especialmente quando da realização de seu interrogatório na fase inquisitiva do procedimento de investigação. A Lei Fundamental da República simplesmente assegurou ao indiciado a possibilidade de fazer-se assistir, especialmente quando preso, por defensor técnico. A Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial providenciasse assistência profissional, ministrada por advogado legalmente habilitado, ao indiciado preso. Nada justifica a assertiva de que a realização de interrogatório policial, sem que ao ato esteja presente o defensor técnico do indiciado, caracterize comportamento ilícito do órgão incumbido, na fase pré-processual, da persecução e da investigação penais. A confissão policial feita por indiciado desassistido de defensor não ostenta, por si mesma, natureza ilícita: Recurso Extraordinário nº 136.239/SP, Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 7/4/92. Diário da Justiça de 14/8/92, p. 12.227.