



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE DIREITO

THAÍS VIANA ARAUJO

A VERDADE REAL E O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI
MESMO NO PROCESSO PENAL

FORTALEZA
2015

THAÍS VIANA ARAUJO

A VERDADE REAL E O DIREITO DE NÃO PRODUZIR CONTRA SI MESMO NO
PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

FORTALEZA

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca da Faculdade de Direito

A663v Araújo, Thaís Viana.
 A verdade real e o direito de não produzir provas contra si mesmo / Thaís Viana Araújo. –
 2015.
 52 f. : 30 cm.

 Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
 Direito, Fortaleza, 2015.
 Orientação: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

 1. Processo Penal – Brasil. 2. Prova (Direito). I. Título.

CDD 343.9

THAÍS VIANA ARAUJO

A VERDADE REAL E O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO
NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Direito Processual Penal.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Lino Edmar de Menezes
Universidade Federal do Ceará - UFC

Mestrando Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior
Universidade Federal do Ceará - UFC

A Deus

Às minhas princesas, Denise e Luiza.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por seu infinito amor e compaixão em cada mínimo detalhe da minha existência.

A minha mãe, Cecília, por me oferecer a mais perfeita tradução de um amor incondicional, de uma compreensão inesgotável, um companheirismo sem limites, e ser meu porto seguro para todas as horas.

A meu pai, Antônio Rodrigues, por seu apoio, por cada gesto de carinho e dedicação, por toda a doçura em nosso conviver, seu amor e confiança inabaláveis.

A minhas irmãs, Lara e Renata, por todos os nossos segredos, nossas risadas, brincadeiras, e até por nossas pequenas e divertidas briguinhas, formando em mim a certeza de nunca estar sozinha.

A meu cunhado Italo, pelo exemplo de determinação, coragem e responsabilidade.

Aos meus avós, Rosa, Teresinha e Antônio, pelo exemplo de ternura e família.

A meu avô, Gerardo, pelo modelo excepcional de ser humano.

Aos meus tios e tias, pelo apoio e torcida depositados em mim em cada batalha travada.

A minhas inseparáveis companheiras, Adaíze e Carol, por cada momento compartilhado, pela certeza de uma amizade concreta e transcendente aos muros da faculdade de direito.

Aos meus amigos, Mariana, Isabelly, Claudiane, Ana Renata, Carlos Henrique e Jéssica, por toda a nossa convivência, traduzida em uma amizade gratuita e verdadeira.

A Raíssa e Carina, amigas que o destino me trouxe de forma definitiva.

A Pedro Ramires, por todas as caronas e risadas vivenciadas.

Ao professor orientador Gustavo César Machado Cabral, por ter aceitado me acompanhar neste trabalho árduo e recompensador.

Ao Dr. Lino Edmar de Menezes, exímio professor, por todos os ensinamentos transmitidos dentro da sala de aula, bem como em seu gabinete, no Ministério Público Federal, formando, em mim, a convicção do acerto na escolha profissional.

Ao mestrando Tarcísio Rocha Gomes Junior, pela disponibilidade em avaliar este trabalho, bem como por todos os conselhos gentilmente oferecidos.

“Se os bons combates eu não combater, minha coroa não conquistarei. Se minha carreira eu não completar, de que vale a minha fé tanto guardar?” (Pe. Fábio de Melo)

RESUMO

O objetivo do estudo constitui-se em analisar a coexistência, em nosso processo penal, do direito conferido ao réu de não produzir provas contra si mesmo e a busca da verdade real, com base nas posições apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência. A metodologia utilizada consistiu na leitura e análise de livros, artigos científicos, monografias, dissertações de mestrados e publicações que abordem o tema, bem como de julgados oriundos de nossos tribunais pátrios. Essa verdade, objetivo maior da atuação penal, totalmente coincidente com os fatos ocorridos, chega a ser utópica, sendo possível apenas o alcance de uma verdade aproximada. Essa busca não pode ocorrer a todo custo, sendo imperioso o respeito aos direitos fundamentais basilares de nosso ordenamento jurídico, notadamente ao *nemo tenetur se detegere*, não exposto de forma explícito na Constituição Federal, mas representado por uma de suas principais decorrências, qual seja o direito ao silêncio, bem como em diplomas internacionais adotados pelo Brasil. A análise dessa prerrogativa, bem como sua aplicação, são imprescindíveis para a preservação da nossa ordem constitucional, protegendo o indivíduo frente ao poderio do Estado.

Palavras-chave: Verdade Real. Direito de não produzir provas contra si mesmo. *Nemo tenetur se detegere*.

ABSTRACT

The objective of the study is to examine the coexistence in our criminal proceedings, the right granted to the defendant not to produce evidence against himself and the search of the real truth, based on the positions presented by the doctrine and jurisprudence. The methodology consisted of the reading and analysis of books, journal articles, monographs, master's theses and publications that address the issue, as well as judged coming from our patriotic courts. This fact, main objective of criminal activity, fully coincides with the events, it becomes utopian, and you can only reach an approximate truth. This search may not occur at all costs, and it is imperative respect for basic fundamental rights of our legal system, especially the *nemo tenetur se detegere*, unexposed explicit way in the Constitution, but represented by one of its main derivations, namely the right to silence, as well as in international instruments adopted by Brazil. The analysis of this prerogative, as well as their application, are essential to the preservation of our constitutional order, protecting the individual against the state power.

Keywords: Real Truth. Right not to produce evidence against himself. *Nemo tenetur se detegere*.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL	13
2.1 Verdade e certeza	14
2.2 Verdade real e verdade formal	15
2.3 Atuação do juiz.....	18
2.4 Contraditório.....	20
2.5 Provas ilícitas.....	21
2.6 Motivação das decisões judiciais	22
3 PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE – O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO.....	24
3.1 Surgimento	24
3.2 Significado	26
3.3 Legislação e conteúdo	26
3.4 Direito fundamental.....	31
3.5 O direito de não produzir provas contra si mesmo no interrogatório	32
3.6 Violação ao nemo tenetur se detegere	34
4 PROVAS QUE DEPENDEM DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO.....	37
4.1 Exame de alcoolemia	37
4.2 Exame grafotécnico.....	39
4.3 Reconstituição do crime	40
4.4 Reconhecimento	41
4.5 Acareação	42
4.6 Coleta de material biológico.....	43
4.6 Lei nº 12654/12 e suas implicações	44
5 CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho consiste em relacionar o fundamento da persecução penal, qual seja, entender como o fato criminoso se deu para que seja aplicada a norma incriminadora de forma justa, com o princípio fundamental garantido por nosso ordenamento jurídico de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

A metodologia consistirá na leitura e análise de livros, artigos científicos, monografias, dissertações de mestrado, publicações e revistas que abordem o tema, bem como análise de julgados de nossos tribunais pátrios.

No primeiro capítulo, faz-se uma breve introdução. Já no segundo, procede-se a uma análise pormenorizada do que seria a verdade real, entendida como a finalidade no processo penal, de como é buscada, bem como se é possível uma exata coincidência entre a realidade dos fatos e o resultado obtido com a instrução processual.

Ademais, são apresentados princípios norteadores da atuação do juiz na condução de um feito criminal, com seus poderes instrutórios e as limitações impostas pela lei.

No terceiro capítulo, apresenta-se o direito de não produzir provas contra si mesmo, também conhecido como direito de não se autoincriminar e pela máxima *nemo tenetur se detegere*, dentre outras denominações.

A forma como se desenvolveu, com um breve aparato histórico, onde resta demonstrado que nem sempre tal garantia foi defendida e conhecida pelas autoridades investigadoras, empregando-se meios como a tortura para obrigar o acusado a colaborar com a persecução penal. Este era visto como um objeto, ou instrumento para se chegar à verdade, e não sujeito de direitos.

Após, vislumbra-se o aparecimento de referido direito em diplomas internacionais, tais como a Convenção Americana de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica. Em nosso ordenamento pátrio, vem previsto no artigo 5º, inciso LXIII, representado por sua principal decorrência, qual seja, o direito ao silêncio, assim como no artigo 186 do Código de Processo Penal.

Imprescindível, também, a análise da violação desse direito, visto que, a partir daí, diversas consequências surgem no processo, a depender do grau de influencia verificado. A prova que derive da violação do direito de não se autoincriminar será considerada ilícita, bem como as que derivem delas, com uso proibido pelas partes.

No quarto capítulo, são abordadas, na realidade jurídica, as situações em que o direito de não produzir provas contra si mesmo pode ser invocado pelo acusado nas provas que dependam de sua colaboração para que sejam realizadas, dentre elas, destaque especial para:

a) teste do bafômetro: o nosso código de trânsito estabelece como crime dirigir veículo automotor estando embriagado, estado indicado pela concentração de 6 decigramas de álcool por litro de sangue. Essa quantidade poderá ser constatada por exame de sangue, bem como pelo teste do bafômetro. Seja qual for o exame realizado, o motorista não pode ser obrigado a colaborar, em face do *nemo tenetur se detegere*;

b) exame grafotécnico: há uma comparação da escrita do investigado com um parâmetro, onde ele fornece material, ou reconhece sua escrita em algum documento ou papel qualquer mostrado pela autoridade investigadora;

c) reconstituição dos fatos: a polícia realiza uma simulação do delito para dirimir determinadas dúvidas de como aconteceu. A participação do investigado é de extrema valia, porém não pode a ser compelido a fazê-lo, sendo opção sua estar presente no ato, bem como dele participar.

d) coleta de material biológico: a Lei 12654/12 trouxe importantes modificações, prevendo a coleta de material biológico do réu para a formação de um perfil genético em casos de condenação por crime doloso praticado com violência à pessoa, bem como quando necessário à identificação criminal.

2. A VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL

As relações sociais são permeadas de conflitos. A solução para tais muitas vezes se dá através de um processo, regulado pelo Estado, possuindo o cidadão o direito subjetivo à prestação jurisdicional, garantido pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV¹.

O Processo Penal cuida dos conflitos quando estes se traduzem em crimes, atingindo bens jurídicos considerados mais importantes, como a vida e a dignidade sexual, funcionando como a *ultima ratio* em nosso ordenamento jurídico. Atua com o objetivo maior de elucidar como se deu a infração penal, seu autor e modo de atuação para, ao final, condená-lo nas penas cabíveis, descritas em normas jurídicas.

Fernando Capez² explica:

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação.

Noutro aspecto, Rogério Lauria Tucci³ acerca da responsabilidade estatal:

Considerada a infração penal como a violação de bem juridicamente tutelado por legislação específica, que não só lesa ou ameaça lesar direitos individuais, mas afeta, também, a harmônica vivência comunitária, incumbe ao Estado a restauração da ordem jurídica por ela atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a paz social, assecuratória da segurança pública.

Nesta monta, tendo em vista a necessidade de uma resposta estatal satisfatória e condizente com a realidade dos fatos, em mencionado ramo do Direito, exige-se um processo regulado por diversas normas, constitucionais e infraconstitucionais, as quais devem ser fielmente respeitadas, para que, ao final, encontre-se a verdade dos fatos, elemento imprescindível na atividade jurídica, na medida que se completam, como expõe de maneira magnânima Marco Antônio de Barros⁴:

¹BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 de maio de 2015.

² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 8 ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.

³ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

⁴ BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

Direito e verdade complementam-se na medida em que o primeiro estabelece as regras ou as formas legais de verificação da infração penal, entre as quais encontram-se aquelas que visam esclarecer a segunda. Assim sendo, pode-se dizer que a verdade é um elemento fundamental que o Direito persegue e visa atingir.

2.1 Verdade e certeza

Malatesta acredita que a verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade, enquanto a certeza é a crença da percepção desta conformidade, sendo esta um estado subjetivo da alma. Assim, certeza e verdade nem sempre irão coincidir, podendo haver certeza do que é falso, ou duvidar-se do verdadeiro, pois a subjetividade muda de um indivíduo para outro, possibilitando que duas pessoas tenham idéias diferentes de determinada verdade.⁵

Elizabeth Queijo⁶, usando os ensinamentos de Sabatini informa:

A certeza, segundo esse autor, é a apreensão e consciência da verdade. É um estado de ânimo, que se apresenta quando se forma o convencimento de se ter atingido a verdade. Desse modo, o convencimento relaciona-se à dinâmica psicológica, resolvendo-se em função do intelecto, enquanto a certeza, representação interna da verdade, reporta-se à estática psicológica, em estado de consciência. Assim, a certeza poderá existir sem que o indivíduo consiga declinar os motivos determinantes do seu convencimento.

O convencimento, por sua vez, não deve advir apenas de apreciações subjetivas do juiz, mas sim ser construído de forma que, se as provas fossem apresentadas a qualquer outro cidadão razoável, este chegaria à mesma conclusão. Este requisito é chamado de sociabilidade do convencimento.⁷

A certeza do cometimento de um crime só advém após a análise das mencionadas provas, sendo obrigado o julgador, em caso de dúvida, decidir pela absolvição do acusado, tendo em vista que em nosso ordenamento jurídico prepondera o princípio do *in dubio pro reo*. Justifica-se pela inaceitável idéia de se apenar um inocente, haja vista o impacto que causa na vida de uma pessoa a condenação criminal.

Nos dizeres de Malatesta:⁸

⁵ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**; tradução para o português: J. Alves de Sá. São Paulo: Servanda, 2009, p. 31.

⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

⁷ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**; tradução para o português: J. Alves de Sá. São Paulo: Servanda, 2009, p. 66.

⁸ *ibidem*, p. 102.

Todo o processo penal, no que respeita o conjunto das provas, só tem importância do ponto de vista da certeza delito, alcançada ou não. Qualquer juízo não pode resolver senão uma condenação ou absolvição e é precisamente a certeza conquistada do delito que legitima a condenação, como é a dúvida, ou, de outra forma, a não conquistada certeza do delito, que obriga à absolvição.

2.2 Verdade real e verdade formal

A Exposição de Motivos do atual Código de Processo Penal informa: “Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a **verdade material**”.⁹

Infere-se, do transcrito, que a atividade probatória no Processo Penal destina-se à apuração da verdade, especificamente aquela definida como material.

Tradicionalmente, faz-se uma distinção entre a verdade material ou real, associada ao Processo Penal, e a verdade formal ou ficta, que estaria mais ligada ao Processo Civil. Enquanto a primeira seria mais justa, por ser idêntica à realidade dos fatos, a segunda seria apenas aquela encontrada após uma análise limitada às informações constantes do processo, de acordo com o interesse das partes.

Mary Mansoldot¹⁰ expõe a diferença entre os dois conceitos:

Verdade formal é a que resulta do processo, embora possa não encontrar exata correspondência com os fatos, como aconteceram historicamente (...) Verdade real é aquela a que chega o julgador, reveladora dos fatos tal como ocorreram historicamente e não como querem as partes que apareçam realizados.

Assim, a verdade formal seria aquela construída pelas partes, a partir daquilo que trouxeram aos autos, e de acordo com seus intentos, podendo ser destoante da realidade, enquanto a material ou real seria apresentada não apenas pelas partes, mas também a partir do trabalho empreendido pelo magistrado, que deixa de ser mero espectador, possuindo este maior atuação na atividade de julgar.

Acerca da autonomia das partes frente à busca da verdade, discorre Tourinho Filho:¹¹

No Processo Civil vigoram as presunções, as ficções, as transações, elementos todos contrários “à declaração de certeza da verdade material”. Se o réu, no Processo

⁹ **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.** Disponível em <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em 30/03/2015.

¹⁰ MANSOLDO, Mary. **Verdade Real versus Verdade Formal.** Disponível em <<http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Juridico&file=display&jid=306>>. Acesso em 24/03/2015.

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 35 ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60.

Civil, estando em jogo interesses disponíveis (que constitui a regra), reconhece a procedência, extingue-se o processo com resolução de mérito (art. 269, II do CPC). No Processo Penal, não; a confissão não passa de simples meio de prova.

Verifica-se, no Direito Civil, uma maior disponibilidade dos bens jurídicos, o que permite que seja dada mais relevância para o interesse das partes envolvidas, podendo as mesmas, em algumas situações, decidirem o rumo do conflito. No Direito Penal, contudo, os interesses privados ficam minimizados frente ao objetivo maior de proteção social contra as infrações. Assim sendo, as partes não podem transigir livremente, subjugando a busca da verdade material.

Nesta linha, Tourinho Filho:¹²

É certo que, no Processo Civil, o Juiz, também, não é um mero espectador inerte da produção de provas. Pela leitura do art. 130 do CPC chega-se, com facilidade, a essa conclusão. Ninguém duvida. Entretanto, porque o conteúdo da relação jurídico-material que a *res in judicio deducta*, em regra, versa sobre interesse disponível, muitas vezes se transige com a verdade real.

Entende, assim, Malatesta:¹³

Em matéria penal, mesmo que de um lado a acusação se apresente com um melhor fundamento e, de outro, apareça como manifestamente falso o método de defesa dotado pelo acusado, é, porém, sempre a verdade da criminalidade deste que se deve considerar; por isso, se não se obtém esta verdade, embora resulte ser falsa a asserção defensiva do acusado e, embora existindo uma acusação melhor fundamentada, será sempre preciso absolver. [...] Em matéria civil, trata-se de direitos particulares e determinados que entram em questão: cada um pode, por esta razão, prevenir-se contra as possíveis agressões a próprio direito. Quem não se previne com provas é um descuidado e pior para ele: *jus civile vigilantibus scriptum est*. Não tendo munido de provas a verdade real do próprio direito, será, portanto, obrigado a ver triunfar a verdade formal contrária, resultante das provas produzidas.

Maria Elizabeth Queijo contrapõe-se a tal correlação entre as verdades e os ramos do Direito, haja vista que traz a ideia de que no processo civil uma verdade meramente formal, trazida à tona pelas partes, seria suficiente, e apenas no processo penal, o juiz seria mais atuante, em busca de uma verdade material. E cita Bettiol, com o entendimento de que tanto no processo penal quanto naquele não penal, deve o juiz procurar alcançar a verdade mais próxima possível da realidade.¹⁴ Nessa mesma linha:¹⁵

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35 ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59

¹³ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**; tradução para o português: J. Alves de Sá. São Paulo: Servanda, 2009, p. 127.

¹⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61/62.

¹⁵ BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

É mister não incorrer no grave equívoco de pensar que ao processo civil satisfaz a chamada busca da verdade formal, ou que a ele se aplica tão-somente o princípio da verdade formal. Realmente, não se pode concluir dessa forma, notadamente porque o próprio Código de Processo Civil, em alguns casos, preceitua que o juiz pode, enquanto outros deve deixar de ser um mero assistente inerte na fase de produção das provas.

A verdade real ou material, conforme mencionado, deve se aproximar dos fatos tal qual ocorreram. Maria Elizabeth Queijo, contudo, expõe que a total identidade entre o resultado das investigações e os fatos ocorridos não é possível: “A verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém inatingível. A verdade, que pode ser alcançada, não transcendente, vinculada à realidade das coisas, é a verdade relativa”.¹⁶ Corroborando com esse entendimento, Rogério Lauria Tucci¹⁷ entende que a verdade absoluta só é do conhecimento de Deus, não sendo possível ao homem.

Assim, a verdade é uma necessidade no Processo Penal. Apesar de, em grande parte, defender-se que em sua perfeição e inteireza é inatingível, deve ser sempre buscada, não podendo se conformar o magistrado com representações superficiais dos fatos, e sim buscar a realidade, nos limites possíveis. Atuando desta forma, aplicar-se-á a legislação criminal de forma justa.

Rogério Lauria Tucci¹⁸:

[...] a fim de que a verdade material, ou atingível, desponte em sua inteireza, torna-se imprescindível, para a devida perquirição, a conjugação de esforços de todos quantos participem, desde a sua instauração, da *persecutio criminis*, a saber: a autoridade policial, ou outra, da Administração Pública ou dos demais Poderes – Legislativo e Judiciário –, encarregada da *informatio delicti*; e seus agentes; juiz, órgão do Ministério Público (e o assistente deste), ou querelante, e imputado.

A solução do conflito deve, neste diapasão, envolver todas as autoridades. A pacificação social é dever do Estado, em todas as suas esferas e poderes, como obtempera Marco Antônio de Barros¹⁹:

[...] tendo em vista que o Estado reservou para si o soberano poder-dever de aplicar as sanções previstas em lei, incumbe a seus órgãos a obrigação de investigar a verdade do fato para que se possa exercitar, com absoluta isenção a correção, o *jus puniendi*, pois é na órbita do Direito penal que se podem vulnerar inestimáveis direitos e interesses individuais, dos quais a liberdade da pessoa é a sua maior expressão.

¹⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

¹⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Do Corpo de Delito no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 91.

¹⁸ Idem. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 142.

¹⁹ BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

O encontro da verdade é o que vai possibilitar uma persecução penal justa, sendo esta interesse de todos, do policial que prende o criminoso, do promotor que o denuncia, do magistrado que define sua sentença, bem como dos deputados e senadores que criam a norma penal incriminadora e governantes que a sancionam. A sociedade merece esse envolvimento, pois dele necessita.

2.3 Atuação do juiz

Evidencia-se uma forte correlação entre o princípio da verdade real e os poderes instrutórios do juiz, visto que esse funciona como o orientador dos procedimentos judiciais. Como destinatário das versões apresentadas pelas partes, o julgador precisa de segurança probatória para decidir com justiça. Em razão disso, o ordenamento jurídico lhe confere “liberdade” na instrução para que possa encontrar certeza nos pontos conflitantes.

Explicitando tal entendimento, o Código de Processo Penal estabelece:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz **de ofício**: [...]

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.²⁰

Argumenta Rogério Lauria Tucci²¹:

Constituindo a *apuração da verdade material*, ou atingível, o dado mais relevante do precípuo escopo do processo penal, torna-se inequívoco que tal finalidade só pode ser atingida mediante a atribuição de inquisitividade à atuação dos agentes estatais da persecução penal e ao poder de direção conferido ao órgão jurisdicional na instrução criminal, subsequente à *informatio delicti*.

O magistrado, como autoridade máxima do processo, a partir dos poderes que lhe são conferidos, alcança, de maneira mais hábil, a verdade na investigação penal, não restando inerte em sua atuação, a fim de que os resultados na prestação jurisdicional não sejam superficiais, não devendo, contudo, tais poderes interferirem em sua imparcialidade, mas sim assegurar a gama de informações necessárias para exercer de forma justa sua atividade.

Preleciona Tourinho Filho²² acerca da iniciativa do magistrado:

²⁰BRASIL. **Decreto-Lei 3689**, de 03 de outubro de 1941. Poder Legislativo, Brasília, DF. Código de Processo Penal.

²¹TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 45.

²²TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35 ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 59.

Na verdade, enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, que realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça.

Assim também entende Ada Pellegrini Grinover²³, para quem o juiz não deve se ater apenas ao que as partes lhe apresentam na instrução oficial. Para que forme seu convencimento, ele pode se valer de outros elementos, até mesmo desconsiderar regras processuais sobre preclusão, visto que só o descobrimento da verdade permite uma pacificação social com justiça.

Assiste razão à autora, visto que as partes apresentarão nos autos apenas aquilo que lhes favorece, muitas vezes não condizente com o que aconteceu historicamente, ou insuficiente para que seja elaborada uma ordem lógica dos fatos. Contudo, o juiz não pode ficar submetido apenas a esses elementos, para que sua convicção não seja viciada ou mesmo “rasa”, denegando a função do Direito de solucionar os conflitos de forma justa.

Nesse sentido, Tourinho Filho²⁴:

A natureza pública do interesse repressivo, entendeu o legislador de 1941, exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissões das partes. A força incontestável desse interesse consagra a necessidade de um sistema que assegure o império da verdade, mesmo contra a vontade das partes.

Importante destacar que o magistrado está submetido a determinados limites na condução processual, garantidos constitucionalmente, tais como o contraditório, a proibição de provas ilícitas e motivação das decisões judiciais, dentre outros.

É exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.²⁵

A verdade não pode ser obtida a qualquer custo, violando direitos conquistados após anos de luta, e concretizados em nosso ordenamento jurídico, pois, em qualquer fase do processo ou ato judicial, é imperioso o respeito ao devido processo legal, garantido pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV.

²³GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, v. 1, n. 18, 2005, p.15.

²⁴TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35 ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59.

²⁵GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 153.

O respeito aos direitos fundamentais do cidadão é decorrência do Estado Democrático de Direito que se verifica atualmente. Após longos anos de brutalidades e falta de respeito à dignidade do acusado, notadamente no período da ditadura militar (1964-1984), preocupou-se em reconhecer garantias essenciais ao réu no deslinde de um feito criminal.

2.4 Contraditório

A Constituição garante ao acusado, em seu artigo 5º, LV, o direito ao contraditório e à ampla defesa, em processo judicial ou administrativo, com os meios e recursos a ela inerentes, como bem explica Tourinho Filho²⁶:

Em todo processo do tipo acusatório, como o nosso, vigora esse princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa em relação a quem se propõe a ação penal, goza do direito “primário e absoluto” da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando assim possa ser condenado sem ser ouvido.

Assim, deve o magistrado garantir que as partes participem da produção probatória, tendo acesso a todas as informações e oportunidades de manifestação, bem como possuam direito de refutar as provas apresentadas pelo lado oposto do conflito, possibilitando, assim, que o juiz tenha acesso a todas as versões dos fatos, cabendo a cada um tentar convencê-lo de sua “verdade”. Ressaltando tal garantia no Processo Penal, discorre Antonio Scarance:²⁷ “Enquanto no processo penal, em virtude da necessidade de ser pleno e efetivo, o contraditório deve ser atendido durante todo desenvolvimento da causa, mesmo quando haja revelia, em relação ao processo civil não sucede o mesmo”.

No mesmo sentido, Rogério Lauria Tucci²⁸:

[...] por certo que não se satisfaz a jurisdição penal, como ocorre no âmbito da civil, com a simples possibilidade de contraditório, ou seja, com o chamamento do réu a juízo, para, se de seu desejo, responder aos termos do pedido formulado pelo autor e acompanhar a tramitação do procedimento até final, ao ensejo da formação da coisa julgada. [...] reclama o processo penal de conhecimento, especialmente o de caráter condenatório, na segunda fase da *persecutio criminis* – da *ação penal*, ou da instrução criminal – o contraditório efetivo, real, a fim de que perquirida, com absoluto rigor, a verdade material, ou atingível, reste devidamente assegurada a liberdade jurídica do acusado.

A respeito do contraditório em nossa legislação, valiosa determinação encontra-se no Código de Processo Penal que estabelece, em seu artigo 396-A, que o juiz

²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35 ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73.

²⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 59.

²⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49/50.

nomeará defensor para o acusado, caso este, devidamente citado, não apresente resposta à acusação no prazo legal.

O Direito Penal é o ramo mais rigoroso do ordenamento jurídico, que pode afetar, em caso de condenação, um dos bens mais importantes do indivíduo, qual seja sua liberdade. Desta feita, o simples fato da inércia do acusado não é motivo suficiente para que o processo corra à sua revelia, evidenciando-se a imprescindibilidade do exercício do contraditório. Devido a isto, o Estado garante que o réu possa ser defendido, mesmo que este não esboce qualquer interesse.

Vale observar que o contraditório, além uma garantia de defesa para o acusado, possibilita ao julgador a análise da situação de vários ângulos possíveis, sendo conhecedor das diversas versões existentes para, assim, concluir qual a melhor e mais verdadeira delas. Não seria possível, ao magistrado, formar um convencimento com apenas um lado dos fatos, em posse de argumentos que beneficiem as alegações de um só dos pólos da relação processual, considerando que o processo, em sua natureza, exige um diálogo entre os envolvidos.

2.5 Provas ilícitas

A busca da verdade não pode ser alcançada de forma indiscriminada, com a utilização de toda e qualquer prova. Em razão disso, determina a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVI, que serão inadmitidas provas ilícitas, entendidas como: “a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade”²⁹.

A mesma proibição consta no artigo 157 do Código de Processo Penal: Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Infere-se, da análise dos artigos citados, que o juiz não pode fundamentar sua decisão ou formar seu convencimento a partir de referidas provas. Quando, no cotidiano, provas obtidas por meios ilícitos constarem nos autos, é dever do magistrado inutilizá-las. Essa é uma garantia que decorre do devido processo legal, princípio máximo orientador da atuação jurisdicional.

²⁹GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.157/158.

Importante mencionar a ressalva feita por Antonio Scarance Fernandes acerca dessa proibição.³⁰ Segundo o mencionado autor, deve haver uma proporcionalidade na análise da utilização da prova ilícita, de forma que não seja absoluta a proibição quando estiver em voga direito também protegido pela Constituição Federal e de maior valor, tendo como exemplo a prova ilícita utilizada para inocentar o acusado. Nesse sentido, Edilson Mougnot³¹:

Em homenagem ao princípio da proporcionalidade (para alguns “razoabilidade”), na busca pelo equilíbrio entre os respeito às garantias fundamentais do cidadão e um processo penal justo e eficaz, os tribunais pátrios têm, por vezes, mitigado a vedação às provas ilícitas, admitindo como eficaz a prova que em princípio seria considerada ilícita, desde que ela não seja adotada como único elemento de convicção e que seu teor corrobore os demais elementos probatórios recolhidos no processo.

O Código de Processo Penal proíbe, além da utilização de provas ilícitas, a utilização daquelas que derivem delas (artigo 157,§1º). Prova ilícita por derivação, nos dizeres de Tourinho Filho³², é aquela que, embora produzida legalmente, para que a autoridade a descobrisse serviu-se de meios ilícitos. Admite a legislação processual (artigo 157,§1º, do Código de Processo Penal) exceções a essa proibição quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das ilícitas ou na hipótese de não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras.

2.6 Motivação das decisões judiciais

O magistrado, no ato de julgar, possui a prerrogativa do livre convencimento a partir das provas constantes nos autos, e submetidas ao contraditório judicial, consoante artigo 155 do Código de Processo Penal, não havendo hierarquia entre elas. Assim, o juiz, ao analisá-las, não é submetido a uma predefinição de importância de uma em relação a outra.

Contudo, ao proferir uma decisão, consoante determinado pela Constituição Federal, em seu artigo 93, IX, o juiz deve motivá-la, informando como foi formado seu convencimento. Não pode o magistrado decidir de forma arbitrária, sem explicitar de forma válida os argumentos aceitos e os refutados, propiciando à parte, assim, um conhecimento

³⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 86.

³¹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.352.

³² TOURINHO FILHO, Fenando da Costa. **Processo Penal**. 35 ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p.88.

válido para sua defesa. Urge trazer à baila as considerações Luigi Ferrajoli³³ acerca da motivação nas decisões judiciais:

Compreende-se [...] o valor fundamental desse princípio. Ele exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à *estrita legalidade*, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciárias resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a “validade” das sentenças resulta condicionada à “verdade”, ainda que relativa, de seus argumentos [...]

Cabe razão a mencionado autor. A motivação permite que as partes visualizem que o julgador utilizou-se, em sua análise de mérito, de elementos verificáveis nos autos, através dos quais se chegou a uma verdade no processo, mesmo que relativa, decorrendo disso uma resposta estatal que não seja produto de mero palpite ou capricho judicial.

Para que cumpra sua função, essa motivação deve ser clara, coerente e completa, sendo obrigatória a análise de todas as teses apresentadas pelas partes, sendo possível causa de nulidade do ato o não atendimento deste requisito. Há também que se verificar o enfrentamento da lide na profundidade exigível pela complexidade do caso, não sendo suficiente uma motivação implícita.³⁴ Como assim explica Antonio Scarance Fernandes³⁵:

É, realmente, inadmissível a motivação implícita. O juiz, no exercício de sua função jurisdicional, quando produz o principal ato de sua atividade, fazendo atuar a vontade da lei ao caso concreto, deve primar pela clareza e pela precisão, refutando ou acolhendo as alegações das partes.

Por fim, o Processo Penal, como qualquer outro ramo jurídico, possui regras para que se exerça sua finalidade de alcançar a justiça através dos desdobramentos de delitos e imposição de sanções aos seus responsáveis. A atividade jurisdicional imprescinde dessas regras, que se traduzem em uma proteção da sociedade como um todo, em oposição ao exercício do *jus puniendi* estatal, em razão da vulnerabilidade do indivíduo frente ao poder do Estado.

³³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.573.

³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 132.

³⁵ *ibidem*, p. 133.

3. PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* – O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO

3.1 Surgimento

É praticamente impossível identificar as raízes do princípio *nemo tenetur se detegere*³⁶. Nem sempre foi reconhecido pelas autoridades, sendo o acusado, na história processual penal, obrigado a participar ativamente de sua própria condenação.

Na Antiguidade, menciona-se que, no Código de Hamurabi, quando não houvesse outra prova, testemunhal ou documental, o acusado poderia ser ouvido sob juramento³⁷, enquanto, nas Leis de Manu, o acusado que calasse ou mentisse, era tido por culpado, sendo obrigado a falar a verdade perante o tribunal³⁸.

Nas Civilizações Clássicas, por sua vez, cita-se a Grécia, onde era aplicada a tortura para obtenção de confissão do acusado. Em Roma, no Direito Clássico, referido princípio era desconhecido, bem como na Idade Média, no Império Romano, quando o interrogatório era usado como prova.³⁹

No direito comum da Idade Média, utilizava-se dos conhecimentos do acusado para fins probatórios, aumentando tal tendência no processo inquisitório, obrigando-se o réu a responder ao interrogatório⁴⁰.

Na realidade, no processo inquisitório da Idade Média havia uma prévia convicção sobre a culpabilidade do acusado e a tortura era o instrumento para alcançar a confirmação dessa culpabilidade, por meio da confissão. No interrogatório, o acusado tinha o dever de responder.⁴¹

³⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

³⁷ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado**. Rio de Janeiro: Alba, 1942 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

³⁸ PAUTHIER. *Les livres sacrés de l'Orient*. Trad. José de Vasconcellos Guedes de Carvalho. Nova Goa, 1859 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.29.

³⁹ MANZINI, Vincezo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*. Torino: UTET, 1931, v. 1, p.7 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.30.

⁴⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.30.

⁴¹ MANZINI, Vincezo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*. Torino: UTET, 1931, v. 1, p.43 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.31.

Acredita-se que o direito de não produzir provas contra si mesmo firmou-se no período iluminista, ligado ao interrogatório do acusado⁴²:

Nessa época, marcada pela construção e reconhecimento das garantias penais e processuais penais, que nos dias de hoje parecem tão sedimentadas, o princípio *nemo tenetur se detegere* revela-se como garantia relativa ao resguardo do acusado no interrogatório. Isso decorre do fato de o acusado, nesse período, já não ser visto exclusivamente como objeto da prova. Os iluministas combateram o emprego da tortura e o juramento imposto ao acusado, observando que qualquer declaração autoincriminativa era antinatural. Além disso, consideravam imoral os meios utilizados para fazer com que ele falasse, ou seja, confessasse, autoincrimando-se.

Beccaria, um dos principais autores da época, em sua célebre obra “Dos Delitos e das Penas”, condena a prática da tortura, adotada por diversas nações, com a finalidade de obter declarações do investigado, visto que, se é certo que o acusado cometeu o crime, o castigo que deve sofrer tem que ser aquele estabelecido em lei. Noutra giro, se incerto o cometimento do crime, o réu é inocente, não podendo sofrer tais maus tratos corporais.⁴³

Contudo, merece destaque certa contradição do autor, pois defende a fixação de pena àquele que, em interrogatório, não respondesse às perguntas que lhe eram destinadas, excetuando-se os casos em que fosse evidente o cometimento do delito pelo acusado, pois o interrogatório seria inútil.⁴⁴

Vê-se, pois, que o direito de não produzir provas contra si mesmo era defendido e atacado ao mesmo tempo, repudiando-se a tortura como forma de derrubar o silêncio do acusado, porém não deveria ser permitido ao acusado, de acordo com Beccaria, calar-se quando algo lhe era perguntado.

Apesar da contradição, grande colaboração surgiu pelas obras iluministas. A dignidade do réu já ganhava maior relevo, condenando-se coação física, dentre outras condutas absurdas para a instrução criminal.

Ao longo dos anos, o direito de silenciar foi se sedimentando. Contudo, resultavam ao acusado consequências negativas pelo seu exercício, como a presunção de culpabilidade, ou seja, o interrogado poderia calar-se quando quisesse, porém isso poderia servir de indício de sua responsabilidade pelo delito.

⁴² QUEIRO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.32.

⁴³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p.93.

⁴⁴ *Ibidem*, p.150

Essa perspectiva mudou com o decorrer do tempo, em vista da maior proteção dada ao indivíduo, abolindo-se a prática da coação no interrogatório do acusado, e as consequências negativas que poderiam advir do exercício do direito ao silêncio.⁴⁵

Essa evolução era extremamente necessária e lógica, pois como o indivíduo seria livre para exercer seu direito, se poderia trazer consequências tão negativas para si próprio? Assim, o exercício pleno do *nemo tenetur se detegere* é um avanço significativo nas garantias legais do réu em um processo criminal.

3.2. Significado

Em sua tradução literal, a máxima *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir, sendo tal princípio também expresso por outras máximas latinas, como *nemo tenetur edere contra se* e *nemo tenetur se ipsum prodere*.⁴⁶No direito anglo-americano recente, é expresso pela fórmula *privilege against self-incrimination*.

Suas denominações são diversas, tais como princípio da não autoincriminação, garantia contra a auto-incriminação, direito de não autoincriminação, e, a principal delas, direito de não produzir provas contra si mesmo.⁴⁷Urge salientar que todas possuem o mesmo significado.

3.3 Legislação e conteúdo

O direito de não se autoincriminar foi amplamente previsto nos tratados internacionais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22/11/1969 (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica), promulgada pelo Brasil através do Decreto nº678, 06/11/1992⁴⁸, assegura a toda pessoa acusada, em seu artigo 8º, §2º, g, o direito de não depor contra si mesma e não se declarar culpada.

⁴⁵QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.34/35

⁴⁶ibidem, p. 28.

⁴⁷LIMA, Cecília Barreto. **Silêncio no STF: análise da jurisprudência do tribunal sobre o “princípio da não produção de provas contra si mesmo” e o “direito ao silêncio”.** 273f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Sociedade Brasileira de Direito Público – SPDP, 2012.

⁴⁸BRASIL. **Decreto n.º 678**, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 07/05/2015.

Também foi expresso no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que determina, em seu art. 14, n.3, alínea g, que toda pessoa acusada de um crime tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.⁴⁹

Ademais, o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, promulgado no Brasil através do decreto n° 4388, em 2002, determinou, em seu artigo 55, que, no curso de um inquérito, nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada, bem como não poderá ser submetida a qualquer forma de coação, intimidação ou ameaça, tortura ou outras formas de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.⁵⁰

A Constituição Federal não garante referido direito de forma clara, mas apenas estabelece o direito ao silêncio, que é a principal decorrência do *nemo tenetur se detegere*. Ademais, o direito de não produzir provas contra si mesmo é absolutamente protegido em nossa realidade jurídica, visto que o Brasil aderiu aos tratados internacionais que versam sobre o tema, bem como possui garantias constitucionais e infraconstitucionais que corroboram com tal princípio.

Em seu artigo 5º, LXIII, a Constituição Federal determina: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Em que pese a norma referir-se a “preso”, a abrangência desse princípio é bem maior, incluindo o acusado solto, o indiciado, o suspeito, bem como qualquer outra pessoa que possa autoincriminar-se ao prestar informações.⁵¹

Até mesmo a testemunha⁵² de um processo penal pode calar-se quando determinado questionamento que lhe é dirigido possa incriminá-la.⁵³ Contudo, nesse caso, há uma maior restrição a esse direito, visto que a testemunha, consoante artigo 203 do Código de Processo Penal, prestará compromisso de dizer a verdade sobre o que lhe for perquirido.⁵⁴ Quando não há o risco de autoincriminação ela tem o dever de falar o que sabe

⁴⁹ BRASIL. **Decreto n.º 592**, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 07/05/2015.

⁵⁰ BRASIL. **Decreto n.º 4388**, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em 07/05/2015.

⁵¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *Nemo tenetur se detegere*** e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 239.

⁵² STJ - HC 283.627/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, Dj em 03/06/2014, DJe 11/06/2014.

⁵³ STF - HC: 94082 RS, Relator: Min. Celso De Mello, Dj: 14/03/2008, DJe: 25/03/2008.

⁵⁴ Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce

dos fatos, sob pena de incorrer no crime de falso testemunho, previsto no artigo 342 do Código Penal.⁵⁵

Somente estarão livres de prestar o compromisso, consoante artigo 208 do Código de Processo Penal as testemunhas doentes, bem como deficientes mentais e menores de 14 anos, e as pessoas elencadas no artigo 203, quais sejam o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que separado, o irmão e o pai, a mãe e o filho adotivo do acusado.

Exceções muito bem enumeradas pelo legislador, especialmente no que concerne à parentela do réu, visto que é por demais óbvio que qualquer indivíduo é capaz de mentir, mesmo que perante uma autoridade judiciária, para proteger alguém de sua família.

Há uma certa confusão entre o direito ao silêncio e o princípio *nemo tenetur se detegere*, visto que, muitas vezes, são tidos como um só. Importante ressaltar, nesta monta, que o segundo não se restringe ao primeiro.

Nesse sentido, Maria Elizabeth Queijo:⁵⁶

O *nemo tenetur se detegere* não é sinônimo do direito ao silêncio. Tal equivalência corresponde à adoção de conceito extremamente restrito do *nemo tenetur se detegere*. Atendendo à natureza de direito fundamental do *nemo tenetur se detegere*, o direito a silêncio apresenta-se como uma de suas diversas decorrências.

O direito de não produzir provas contra si mesmo abrange:⁵⁷ o direito ao silêncio, o direito de não ser obrigado a confessar a prática de um crime, a inexistência de dizer a verdade, direito de não praticar atos que possam incriminá-lo, o direito de não produzir prova incriminadora invasiva, que pode ser entendida como:

[...]as intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não, implicando na utilização (ou extração) de alguma parte dele ou na invasão física do corpo humano, tais como os exames de sangue, o exame ginecológico, a identificação dentária, a endoscopia (usada para localização de droga no corpo humano) e o exame do reto.⁵⁸

Importante mencionar que o *nemo tenetur se detegere* não incide para isentar de culpa o agente que cometer outro crime para encobrir um delito anterior. Nesses casos, não

sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

⁵⁵ Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁵⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.

⁵⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 2 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2014, p.80.

⁵⁸ *ibidem*, p.83.

está se vislumbrando uma possibilidade de autoincriminação, mas sim um temor de que o crime anterior seja descoberto, o que não pode servir para afastar a responsabilidade criminal do acusado. Não pode, assim, ser tal princípio entendido sem nenhuma restrição, pois seria danoso à ordem pública e às liberdades alheias.⁵⁹ Assim também defende Maria Elizabeth Queijo:⁶⁰

Admitir que o *nemo tenetur se detegere* pudesse afastar a punibilidade de infrações penais subseqüentes, praticadas para o encobrimento de delito anterior, sem que houvesse procedimento instaurado de natureza extrapenal, investigação criminal ou processo penal, gerando risco concreto de autoincriminação e sem que o interessado fosse chamado a colaborar, fornecendo elementos probatórios, seria atribuir-lhe a condição de direito absoluto, que não encontraria qualquer limitação no ordenamento jurídico, conduzindo a distorções e, não raro, servindo mesmo de estímulo para a perpetuação de crimes.

Deve haver, para a aplicação dessa prerrogativa, uma proporcionalidade, pois o direito individual, em que pese ser de extrema valia, não pode se sobrepor de forma ilimitada ao interesse público, de forma a ofender demais direitos fundamentais e impossibilitar a atividade estatal de contenção das infrações penais.

Urge trazer à baila trecho do voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Marco Aurélio Bellize, no Resp 1111566/DF⁶¹, onde pondera acerca do direito de não produzir provas contra si mesmo: “Não se pode seriamente questionar a importância desta garantia em um Estado Democrático de Direito. Contudo, é importante lembrar que, assim como todo e qualquer direito ou garantia fundamental, ela não é absoluta”.

A legislação infraconstitucional também assegura o princípio em estudo. Em seu artigo 186, o Código de Processo Penal determina:

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

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

A utilização dessa direito não pode, de nenhuma forma, ser revertido em favor da acusação e contra o seu titular, pois, em razão da presunção de inocência, que está garantida pelo artigo 5º, LVII, da nossa Constituição Federal, o ônus probatório recai sobre a acusação.

⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2014, p.90.

⁶⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.476.

⁶¹ REsp 1111566/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE,, Terceira Seção, Dj:28/03/2012, DJe 04/09/2012.

Assim, o silêncio do réu não pode fundamentar sua condenação, nem tampouco ser usado como indício de culpa.⁶²

Anteriormente, em nossa legislação, o exercício de silenciar poderia causar dano ao acusado, ou seja, em que pese ter o direito, este poderia causar-lhe prejuízo⁶³, o que foi modificado com o advento da Lei 10792/03. Assim, nos moldes do artigo 186 do Código de Processo Penal, nos interrogatórios prestados pelo réu em audiências de instrução e julgamento, o juiz, ao iniciar, informará ao acusado que, caso assim o queira, poderá permanecer em silêncio quando lhe for perguntado algo, não sofrendo nenhum dano por isso. Contudo, se assim desejar, aproveitará o momento processual para expor sua versão dos fatos, pois o interrogatório é um importante meio de defesa, dando vida materialmente ao contraditório, permitindo ao acusado contestar a acusação⁶⁴.

Acerca dessa evolução em nossa legislação pátria, é válido expor as preciosas observações de Marcus Renan Palácio⁶⁵:

Antes de entrar em vigor a Lei nº 10.792, de 01/12/2003, a qual deu nova redação ao art. 186, do CPP, esse dispositivo processual era assim redigido: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. A segunda parte desse revogado artigo já não havia sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, pois, de acordo com o art. 5º, LXIII, da Carta Magna, “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”. Assim, por força dessa norma constitucional, já era assente na doutrina brasileira que o juiz não mais podia fazer a advertência ao réu de que “o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. Amoldando-se à Lei Maior, o legislador ordinário, através da Lei nº 10.792/2003, além de alterar a redação primitiva do referido art. 186, acrescentou-lhe um parágrafo único, in verbis: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Vale mencionar, noutro aspecto, que o artigo 198 do Código de Processo Penal sofreu revogação implícita com o advento da Constituição da República de 1988, visto que incompatíveis, pois, ao determinar que o silêncio do acusado poderá constituir elemento para a formação da convicção do juiz, ataca o preceito constitucional que eleva a direito fundamental a prerrogativa do réu de silenciar.

⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2014, p.90.

⁶³ Antiga redação do artigo 186 do CPP: Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.560.

⁶⁵ SANTOS, Marcus Renan Palácio de M.C.dos. **Princípio *nemo tenetur se detegere* e os limites a um suposto direito de mentir**. Disponível em <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/3Prncipiopionemotenetur.pdf>>. Acesso em 12/05/2015.

3.4 Direito fundamental

O direito/princípio de não produzir provas contra si mesmo constitui direito fundamental assegurado ao cidadão, inserido na Constituição de Federal de 1988. Pode ser considerado como um direito de primeira geração, os quais podem ser entendidos como aqueles que expressam liberdades subjetivas do indivíduo, direitos de resistência do homem singular frente ao Estado, gerando neste uma atuação negativa.⁶⁶ Como bem explica Maria Elizabeth Queijo⁶⁷:

O princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.

O direito de não se autoincriminar está intimamente ligado a outros princípios norteadores do processo penal, tais como o devido processo legal e a ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal), assim como, da não presunção da culpabilidade do réu pelo seu silêncio, extrai-se a presunção de inocência (artigo 5º, LVII da Constituição Federal).

A ampla defesa permite que o acusado utilize-se de todos os meios necessários e legais para sair livre de uma condenação no curso da persecução criminal. Divide-se em defesa técnica e autodefesa, dividindo-se esta em direito de presença e direito de audiência. Assim, o silêncio, bem como a abstenção em praticar determinados atos, tais como fornecer sangue pra exames, é opção de defesa do acusado, usados como melhor lhe aprouver, devendo ser garantida essa liberdade do réu na produção probatória, para que não seja prejudicado.

Para que essa liberdade possa ser exercida de forma legítima, não há que se falar em presunção de culpabilidade do acusado, pois a abstenção e o silêncio são prerrogativas suas, não servindo como indícios de culpa, pois todo e qualquer indivíduo a quem se impute determinada infração penal não pode ser considerado culpado até que haja uma sentença transitada em julgado.

Através do direito de não produzir provas contra si mesmo, há um respeito pela dignidade do réu no interrogatório, não sendo obrigado a colaborar na colheita de provas que podem prejudicá-lo, em razão de o acusado não mais ser considerado objeto de prova,⁶⁸ mas

⁶⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, p. 563/564.

⁶⁷QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *Nemo tenetur se detegere*** e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.77.

⁶⁸ibidem, p. 25.

sim, um sujeito do processo, a quem é garantida dignidade e direitos inerentes ao devido processo legal.

3.5 O direito de não produzir provas contra si mesmo no interrogatório

O direito ao silêncio, como já anteriormente mencionado, é a principal face do direito de não se autoincriminar. Deve ser respeitado em todo e qualquer interrogatório, desde aquele realizado pelo policial (artigo 6º, V, do Código de Processo Penal)⁶⁹ até aquele guiado pelo magistrado, em audiência de instrução e julgamento. Assim, o interrogado deve ser informado, de forma clara, o direito de não responder ao que lhe for perguntado.

Se em algumas dessas esferas não for informado ao acusado de sua prerrogativa, poderá decorrer prejuízo para sua defesa, mesmo que em momento posterior seja esclarecido ao investigado, haja vista que, em caso de haver uma declaração prestada em sede policial, por exemplo e, depois de o réu tomar conhecimento do direito ao silêncio, decidir não responder ao interrogatório em juízo, poderá formar-se um convencimento negativo do julgador⁷⁰. Vê-se, pois, a não obrigatoriedade do acusado em colaborar:

o acusado, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova. Ainda que se quisesse ver o interrogatório como meio de prova, só o seria em sentido meramente eventual, em face da dificuldade de o acusado não responder. A autoridade estatal não pode dispor dele, mas deve respeitar sua liberdade no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se. O direito ao silêncio é o selo que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa e que assegura a liberdade de consciência do acusado.⁷¹

Em que pese a proibição legislativa de valoração do silêncio, nada impede que seja formado um certo juízo negativo no magistrado ao visualizar tal situação, ainda mais quando se verificar que, em dado momento, o indivíduo suspeito confessou ou forneceu indícios de que é responsável pelo delito.

Importante que a confissão, isoladamente, não é suficiente para a comprovação de autoria de um delito, devendo o magistrado procurar outros elementos de convicção, até

⁶⁹Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura.

⁷⁰QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.237.

⁷¹GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.96.

mesmo porque a confissão pode ter se dado sob condições não condizentes com os ditames legais.⁷²

O Código de Processo Penal, em seu artigo 187, estabelece que o interrogatório será dividido em duas partes: na primeira (artigo 187, §1º, do Código de Processo Penal), será perquirido ao acusado sobre sua residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais, enfim destina-se a primeira parte à qualificação pessoal do interrogando, enquanto, na segunda parte (artigo 187, §2º), serão feitas perguntas de mérito, quais sejam: se é verdadeira a acusação, se conhece a vítima ou as testemunhas, onde estava o réu quando foi cometida a infração, dentre outras.

Questão de elevada importância refere-se ao suposto direito de mentir atribuído ao indivíduo investigado como decorrência do *nemo tenetur se detegere*.

O acusado possui a prerrogativa de faltar com a verdade em relação a fatos que o incriminem. Assim entende Tourinho Filho⁷³:

Quando do seu interrogatório, se ele a tanto assentir, o réu poderá dizer o que quiser e bem entender, dando aos fatos a versão que lhe parecer melhor, sem que possa cometer o crime de falso testemunho, mesmo porque sujeito ativo dessa infração é a testemunha. Ele pode até faltar à verdade.

Contudo há que ser bem delineado que ele não pode, através de uma mentira que vise à sua defesa, incriminar outra pessoa, atribuindo a esta, por exemplo, o delito cometido, pois pode até mesmo incorrer do crime de denúncia caluniosa⁷⁴.

Outro ponto limitador ao depoente refere-se à sua identificação. No que concerne a sua qualificação pessoal, como seu nome, não há que se falar em direito de mentir. O acusado deve prestar as informações verdadeiras às autoridades. Corroborando com o entendimento de que a autodefesa não abrange o direito de se atribuir uma falsa identidade, jurisprudência pátria⁷⁵:

⁷²BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 169.

⁷³TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 14 ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 645.

⁷⁴ Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente. Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

⁷⁵ HC 48.060/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 10/03/2015.

PENAL. ALEGAÇÃO FALSA PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. AFIRMAÇÃO DE QUE DIRIGIA VEÍCULO AUTOMOTOR ENVOLVIDO EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. EXERCÍCIO DE AUTODEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que tanto a conduta de utilizar documento falso como a de atribuir-se falsa identidade, para ocultar a condição de foragido, caracterizam, respectivamente, o crime do art. 304 e do art. 307 do Código Penal, sendo inaplicável a tese de autodefesa.

2. Idêntico raciocínio aqui se aplica pelo fato de o ora paciente ter afirmado, falsamente (art. 299 do CP), perante autoridade policial, que era ele quem dirigia veículo automotor envolvido em acidente de trânsito do qual resultaram lesões corporais culposas.

3. Mais se avulta essa conclusão de que há, em tese, ação típica e não meramente exercício de autodefesa, considerando que a falsidade engendrada pelo paciente teria sido para ocultar não só eventual ato penalmente ilícito dele próprio (art. 310 da Lei 9.503/97 - entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada), mas também de outrem, o verdadeiro motorista, que teria sido autor de lesões corporais (art. 303 da Lei 9.503/97 - Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor).

Realça a afirmação acima transcrita o artigo 186 do Código de Processo Penal, que estabelece que o interrogando será informado direito de permanecer em silêncio após a sua qualificação⁷⁶.

3.6 Violação ao *nemo tenetur se detegere*

A prova obtida por meio ilícito é vedada em nosso ordenamento jurídico, tanto em nossa Carta Magna (artigo 5º, LVI), quanto no Código de Processo Penal (artigo 157 do Código de Processo Penal).

O direito a não se autoincriminar, notadamente o direito ao silêncio, está assegurado na Constituição Federal, conforme anteriormente mencionado, figurando como direito fundamental de todo e qualquer acusado, considerando-se ilícita a prova que violar esse princípio.

Dada a ilicitude da prova produzida com violação a direitos fundamentais, como é o *Nemo tenetur se detegere*, a consequência dessa violação não pode ser tratada somente no âmbito das nulidades, mas sobretudo deve ser enfocada sob o prisma da inadmissibilidade da prova assim colhida⁷⁷

⁷⁶Art.186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

⁷⁷QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.449.

Um exemplo de tal violação é tentativa de utilizar depoimentos informais prestados pelo acusado à autoridade policial, sem que tenha sido advertido do direito de permanecer em silêncio, bem como entrevistas concedidas à imprensa⁷⁸ ou confissões obtidas por meio de tortura ou outra forma de coação física e/ou moral, impedindo, assim, a utilização da prova colhida nessas circunstâncias.

[...] o vício maior do interrogatório é a falta de informação sobre o direito de o indiciado ou acusado permanecer calado. [...] Resulta daí que a ausência de informação implica nulidade do interrogatório, a qual, por sua vez, pode assumir duas dimensões: a mais grave, consubstanciada na nulidade de todo o processo, a partir do interrogatório, se, no caso, o ato viciado redundou no sacrifício da autodefesa e, conseqüentemente, da defesa como um todo. Ou, na dimensão mais moderada, pela invalidade do interrogatório, com sua necessária repetição, mas sem que os atos sucessivos fiquem contaminados, se se verificar que o conteúdo das declarações não prejudicou a defesa como um todo e os atos sucessivos.[...] ⁷⁹

Razão assiste a esses argumentos, visto que o réu, ao fornecer às autoridades investigadoras qualquer informação sobre o delito, deve fazê-lo de forma espontânea, se entender que não lhe trará prejuízo, condizente com seus interesses na marcha processual. Assim, a arbitrariedade policial ou de qualquer outro agente estatal tendente a retirar a liberdade do acusado no exercício de sua defesa não pode render frutos prejudiciais ao réu, sendo lógico o desentranhamento de tais provas dos autos.

Somente dessa forma prevalecerá o respeito aos ditames constitucionais do devido processo legal, o que abrange diversas outras garantias, inclusive o direito de não se autoincriminar.

Importante mencionar quando, mesmo que não tenha sido advertido, o réu negou os fatos imputados, ou não respondeu às perguntas que lhe foram dirigidas. Nesses casos, não há que se falar em nulidade do interrogatório, visto que não resultou nenhum prejuízo à defesa do acusado.⁸⁰

Em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada, também não serão aceitas no processo tanto as provas colhidas em violação ao princípio em estudo, como aquelas que derivam delas.

Muita cautela há que se ter com a produção de tais provas, visto que podem afetar o convencimento do julgador. O magistrado é um ser humano como qualquer outro, com suas convicções e valores. Ao entrar em contado com determinado depoimento irregular, com

⁷⁸QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.450.

⁷⁹GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.98/99.

⁸⁰Ibidem, p.100.

alguma escuta ilegal, ou confissão de crime, inevitavelmente, nascerá nele uma opinião sobre o delito.

Ainda que a prova seja desentranhada dos autos, já produziu efeito no julgador. Em que pese este não poder fundamentar sua decisão nela, visto que ilícita, poderá a prova influenciar em seu convencimento, em prejuízo à defesa.

Além do desrespeito ao direito de silenciar, o *nemo tenetur se detegere* é atacado quando há coação para que o acusado participe da reconstituição do crime, quando há coleta de seu sangue de contra sua vontade, bem quando é realizado reconhecimento no qual se obrigue o acusado a apresentar um feição determinada, dentre outras situações.⁸¹

Por óbvio que não pode ser obrigado a participar de ações policiais que visem à elucidação do fato criminoso, sendo conduzido a prestar informações de como o crime se deu, a partir de que circunstâncias, ou quaisquer outros dados incriminadores.

Vale ressaltar, contudo, que a participação ou não do réu é sua opção, ou seja, querendo, tem plena possibilidade de colaborar com a ação policial, se assim entender benéfico à sua defesa e propício à sua absolvição, ou pelo menos, que vá melhorar sua situação no processo.

As consequências processuais quando há a utilização de provas em violação ao *nemo tenetur se detegere* dependem do grau de influência que as mesmas exerceram.

Quando há denúncia baseada em prova ilícita, deve ser considerada nula, devendo outra ser apresentada, ou arquivado o inquérito policial. Se há valoração do elemento probatório na sentença, deve o Tribunal anulá-la para outra seja proferida. Já no Tribunal do Júri, havendo pronúncia que seja fundamentada em prova ilícita, há a possibilidade de anulação ou reforma da pronúncia, mediante o recurso cabível. Ademais, se tal elemento probatório for usado, em sessão, pela acusação, deverá ser dissolvido o Conselho de Sentença.⁸²

Há que se aferir se houve real prejuízo ao réu, pois a simples violação do direito de não se autoincriminar sem que a defesa tenha sido atacada, não gera a nulidade de atos processuais.

⁸¹ QUEIRO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 458.

⁸² *ibidem*, p.460.

4. PROVAS QUE DEPENDEM DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO

4.1 Exame de alcoolemia

É de notório conhecimento que o trânsito em nosso país faz inúmeras vítimas todos os dias. Em muitos desses casos, a causa dos acidentes é a embriaguez de algum dos condutores dos veículos.

Em razão disso, o legislador penal preocupou-se em regular essas situações, criando normas incriminadoras, com o objetivo de melhorar o tráfego nas ruas, de forma a prevenir tantas tragédias.

Os crimes de trânsito estão previstos no Código de Trânsito Brasileiro⁸³, sendo um deles o de dirigir embriagado:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Verifica-se que um dos critérios para que o motorista seja enquadrado no tipo em questão é objetivo, qual seja, apresentar determinada quantidade de álcool por litro de sangue. Tal quantidade poderá ser aferida por meio do exame de alcoolemia, com o aparelho denominado de bafômetro (que é um instrumento capaz de identificar, por meio de ar alveolar pulmonar a proporção álcool/sangue do indivíduo), bem como por meio de um exame de sangue.

Para a realização desses exames, é imprescindível a participação do investigado, visto que são realizados em seu corpo.

Ocorre que, em razão do direito de não produzir provas contra si mesmo, o condutor do veículo não pode ser obrigado a colaborar com as autoridades fiscalizadoras, pois

⁸³ BRASIL. Lei nº 9503, de 23 de setembro de 1997. Poder Legislativo, Brasília, DF. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm>. Acesso em 13 de maio de 2015.

pode ser prejudicial a si próprio. Nesse sentido, é válido colacionar trecho do voto vencedor do Ministro Adilson Vieira Macabu, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.111.566/DF⁸⁴, concernente ao exame do bafômetro:

Portanto, é inaceitável a tentativa de restringir a liberdade do cidadão, mediante violação de direitos inerentes à personalidade, que constitui um bem constitucionalmente tutelado. Daí a inadmissibilidade de produção de prova em desfavor do paciente, em desacordo com sua vontade, sob pena de violação de um direito que lhe é fundamental. Sobre o tema, o STF já decidiu, em inúmeras oportunidades, que o acusado não pode ser compelido a fazer prova contra si mesmo, isto porque não há como se obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova que possa, de algum modo, conduzir à caracterização de sua culpa.

Em razão disso, o legislador trouxe outros meios de prova aptos a comprovar a embriaguez do motorista do veículo automotor, causando o seu enquadramento no artigo 306 do CTB, notadamente vídeo e prova testemunhal.

Isso se deu porque, em sua antiga redação⁸⁵, determinada pela lei 11705/08⁸⁶, o único critério para configuração do delito de embriaguez no volante era a concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, constatado através de um exame de alcoolemia.

O que acontecia na prática era uma grande impunidade em relação a tais crimes, visto que os motoristas invocavam o direito de não produzir provas contra si mesmo para não se submeter ao teste, não havendo outra forma de comprovar a ingestão de álcool, resultando em sua não culpabilidade.

Com a alteração trazida pela Lei nº 12760/12⁸⁷, denominada de “Nova Lei Seca”, com a criação de novos meios de prova, as quais prescindem da colaboração do acusado, esta realidade foi transformada.

A partir de agora, diante da nova redação, os condutores mesmo recusando aos testes de alcoolemia, como bafômetro ou exame de sangue poderão ser presos a partir de outras provas, como em uma filmagem, ou prova testemunhal realizada até

⁸⁴STJ - REsp 1111566/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE,, Terceira Seção, Dj:28/03/2012, DJe 04/09/2012.

⁸⁵ Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência[...]

⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 11705**, de 19 de junho de 2008. Poder Legislativo. Brasília, DF. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que ‘institui o Código de Trânsito Brasileiro’, e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111705.htm>. Acesso em 13 de maio de 2015.

⁸⁷BRASIL. **Lei 12760**, de 20 de dezembro de 2012. Poder Legislativo, Brasília, DF. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm>. Acesso em 13 de maio de 2015.

mesmo pelo próprio agente da fiscalização através dos visíveis sinais de embriaguez, como por exemplos: quanto à aparência: sonolência, olhos vermelhos, odor etílico; quanto à atitude: agressividade, ironia, falante; exaltação; quanto à orientação: saber onde está, saber a data e a hora; quanto à memória: saber seu endereço; quanto à capacidade motora e verbal: dificuldade no equilíbrio, fala alterada. Neste caso, o teste de alcoolemia, como o bafômetro, passará a ser solicitado pelo condutor como forma de contra provar que o mesmo não estaria sob influência do álcool.⁸⁸

Aqui, está claramente demonstrada a atividade estatal plena na busca da verdade real em um processo criminal, sem que haja desrespeito ao direito individual do suspeito em não se autoincriminar. Mesmo sem a sua colaboração, há possibilidade de se chegar à realidade dos fatos, oferecendo uma resposta estatal satisfatória no processo judicial.

Há, dessa forma, a evidente coexistência entre o direito de não produzir provas contra si mesmo e a busca da verdade real, chegando a esta sem que haja infrações a direito fundamental do investigado.

4.2. Exame grafotécnico

O exame grafotécnico pode ocorrer de duas maneiras: através da colheita de material gráfico do acusado (escrevendo frases, textos, palavras soltas, de acordo com o determinado pela autoridade), ou por meio do reconhecimento de sua autoria em algum escrito que servirá de parâmetro na comparação. Nos dois modos, há que se ter a cooperação do investigado⁸⁹.

A forma como se dará referido exame está disciplinada no artigo 174 do Código de Processo Penal⁹⁰.

Em face do direito de não produzir provas contra si mesmo, o acusado não pode ser obrigado a colaborar fornecendo sua escrita, ou apenas a reconhecendo, com a finalidade

⁸⁸ NUNES, Marcelo Bazilio. **Bebida Alcoólica e Direção Veicular**: os avanços e retrocessos no ordenamento jurídico brasileiro. 2013. 100p. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Formiga, Unifor/MG.

⁸⁹ QUEIRO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.303.

⁹⁰ Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte: I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada; II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida; III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados; IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

de que se faça comparações, visto que tal análise pode desencadear uma prova incriminatória em seu prejuízo, como ensina Maria Elizabeth Queijo⁹¹:

Assim, a regra, em atendimento ao *nemo tenetur se detegere*, é que a prova deve ser produzida, sempre que possível, sem a cooperação do acusado. [...] Não havendo dever de colaborar, decorre de que a recusa do acusado em contribuir na produção das provas não configura crime de desobediência. Igualmente, não pode ser determinada a execução coercitiva das medidas tendentes à produção da prova, porque, em razão do *nemo tenetur se detegere*, acusado não pode ser compelido a cooperar na produção de provas que possam incriminá-lo.

Acerca da não obrigatoriedade de o suspeito fornecer material para exame grafotécnico, tendo em vista a possibilidade de autoincriminação também tem entendido nossa jurisprudência:

No HC 107.285/RJ, a Quinta Turma do STJ decidiu, por unanimidade, conceder a ordem para trancar ação penal instaurada em desfavor da acusada, para averiguar delito tipificado pelo artigo 299 do Código Penal, em razão de a mesma ter, supostamente, preenchido atestados médicos com dados falsos.⁹²

Ocorre que a denúncia foi lastreada em laudo grafotécnico, com a utilização da assinatura da investigada nos autos, aposta quando se procedeu a sua oitiva como envolvida, e não como indiciada, sem que lhe tenha sido esclarecido o direito de não produzir provas contra si mesma.

Em razão do exposto, a Ministra Relatora, em seu voto, entendeu que o laudo grafotécnico consistia em prova ilícita, visto que feria o *nemo tenetur se detegere*, princípio fundamental consagrado na Constituição Federal, contaminando o processo, e não servindo de base para a propositura da ação penal.

4.3 Reconstituição do crime

A reconstituição do crime está prevista no artigo 7º do Código de Processo Penal.⁹³ Trata-se de uma simulação do fato criminoso, realizada quando há alguma dúvida quanto ao modo que ocorreu o delito.⁹⁴

⁹¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹²STJ - HC 107.285/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 07/02/2011.

⁹³Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

⁹⁴TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 14 ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.

Do mesmo modo, o acusado não pode ser compelido a participar da reconstituição, em virtude do direito de não produzir provas contra si mesmo. Contudo, há que salientar que, se assim quiser, o investigado pode estar presente e colaborar no ato.

A importância da reconstituição se dá para⁹⁵:

- A – comprovar, ou não, a viabilidade de como determinada infração penal ocorrera;
- B – evitar falsas responsabilidades penais oriundas de confissões espontâneas a fim de acobertar o verdadeiro infrator;
- C – evitar falsas responsabilidades penais oriundas de confissões viciadas por coação física ou psicológica.

O Supremo Tribunal Federal⁹⁶ também já se manifestou nesse sentido, de forma a proteger o direito fundamental do réu de não produzir provas contra si mesmo.

4.4 Reconhecimento

O reconhecimento é meio de prova que consiste em uma verificação e confirmação de pessoa ou coisa.⁹⁷ Está regulado em nossa legislação nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal.⁹⁸

O reconhecimento pode ocorrer da seguinte forma: a participação do acusado é requerida para que a vítima ou outra testemunha constata, a partir de sua memória, em razão de contato anterior, se ele se trata do autor do delito investigado.

Nessas situações, em vista da necessidade de colaboração do acusado, exsurge a proteção do *nemo tenetur se detegere*, pois aceitar colaborar no ato do reconhecimento pode trazer resultados prejudiciais ao réu, que desemboquem em sua condenação.

⁹⁵ ZARZUELA, José Lopes. **Reconstituição: Aspectos Técnicos e Jurídicos**. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67162/69772>>. Acesso em 13 de maio de 2015.

⁹⁶ HC 69026, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, Dj: 10/12/1991.

⁹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 14 ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 715

⁹⁸ Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
 II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
 III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;
 IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.
 Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

Dessa forma, o acusado não está obrigado a contribuir com as autoridades para o Reconhecimento de pessoas ou coisas, muito menos ser punido por sua negativa, visto que a prerrogativa de não produzir provas contra si mesmo é garantida constitucionalmente, sendo inadmissível existir algum tipo de sanção por exercê-la.⁹⁹

Verifica-se que no ato em questão, a colaboração do acusado é apenas passiva, um deixar fazer, ou seja, permitir que o reconheçam. Em razão disso, há entendimento no sentido de que não poderia negar-se a comparecer, sob pena de ser conduzido coercitivamente, nos termos do artigo 260 do Código de Processo Penal.

Tal posicionamento não merece prosperar. O direito de não se autoincriminar significa que o acusado não participará na produção probatória em seu favor, seja passiva ou ativamente. O fato de ir ao ato de reconhecimento, cumprir todos os requisitos e formalidades, por si só, já configura uma ajuda do investigado na produção probatória, que pode vir a lhe prejudicar.

Como bem reconheceu o Ministro Relator Fernando Gonçalves, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 346.677¹⁰⁰, o comparecimento aos atos processuais é um direito e não dever do réu.

4.5 Acareação

A acareação está regulamentada está prevista nos artigos 229 e 230 do Código de Processo Penal¹⁰¹. Pode ocorrer entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas. Ensina Nestor Távora¹⁰²:

⁹⁹PEREIRA FILHO, João Carlos. **O Direito ao silêncio/privilégio contra a autoincriminação (CF, Art. 5º, LXIII) versus modalidade probatória do reconhecimento pessoal (CPP, Art. 226)**. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7318>. Acesso em 14 de maio de 2015.

¹⁰⁰ REsp 346.677/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 10/09/2002, DJ 30/09/2002, p. 297.

¹⁰¹Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes. Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação. Art. 230. Se ausente alguma testemunha, cujas declarações diverjam das de outra, que esteja presente, a esta se darão a conhecer os pontos da divergência, consignando-se no auto o que explicar ou observar. Se subsistir a discordância, expedir-se-á precatória à autoridade do lugar onde resida a testemunha ausente, transcrevendo-se as declarações desta e as da testemunha presente, nos pontos em que divergirem, bem como o texto do referido auto, a fim de que se complete a diligência, ouvindo-se a testemunha ausente, pela mesma forma estabelecida para a testemunha presente. Esta diligência só se realizará quando não importe demora prejudicial ao processo e o juiz a entenda conveniente.

¹⁰²TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7ed. Editora JusPODIVM, 2012, p. 458.

Acarear ou acaroar é pôr em presença, uma da outra, face a face, pessoas cujas declarações são divergentes. Ocorre entre testemunhas, acusados e ofendidos, objetivando esclarecer a verdade, no intuito de eliminar as contradições. É admitida durante toda a persecução penal, podendo ser determinada durante toda a persecução penal, podendo ser determinada de ofício ou por provocação. Tem por natureza jurídica ser mais um meio de prova.

A acareação, quando envolver o investigado, vai pressupor sua cooperação, seja no comparecimento do ato, ou nas suas manifestações.¹⁰³

O acusado, em razão do direito de não se autoincriminar, pode falsear os fatos. Com isso, facilmente sua versão do ocorrido entrará em conflito com o declarado por alguma testemunha, ou com o depoimento do ofendido. Assim, expor sua contradição, obrigando-o a estar em confronto com a pessoa que o diverge é um ataque à sua autodefesa, o que só será legal com seu expresso consentimento. Assim também entende Tourinho Filho¹⁰⁴:

Ele pode, isto sim, recusar-se a participar da acareação. Realmente. Se a Carta Política lhe confere o direito ao silêncio, nada o impede de recusar-se a ser acareado. Se a acareação objetiva saber qual dos acareados faltou com a verdade, é evidente que, se fosse obrigado a participar desse ato, poderia fazer prova contra si mesmo, em contraste com aquele privilégio constitucional.

Edilson Mougenot¹⁰⁵, por sua vez, corrobora o entendimento de que o acusado é livre para não participar ativamente do ato de acareação, em razão da conjugação dos princípios da ampla defesa e da presunção de inocência, cumulados com o direito ao silêncio. Contudo, assevera que, em caso de ausência, pode ser determinada sua condução coercitiva.

4.6 Coleta de material biológico

Atualmente, as investigações criminais utilizam-se sobremaneira das descobertas científicas. Por inúmeras vezes, delitos são desvendados a partir de exames que utilizam vestígios encontrados na cena da infração, tais como manchas de sangue, fios de cabelo dentre outros elementos minuciosamente apreciados na perícia.

No que tange à utilização de material biológico do indivíduo para análises periciais, diversos aspectos devem entrar em discussão, notadamente o direito à inviolabilidade do seu corpo, sua dignidade e autonomia, bem como também deve ser dada importância ao interesse público na resolução de crimes.

¹⁰³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 303.

¹⁰⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 14 ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 721.

¹⁰⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 401.

4.6 Lei nº 12654/12 e suas implicações

A Lei 12654/12¹⁰⁶ trouxe alterações para duas outras normas:

a) Modificou a Lei nº 12037/09¹⁰⁷, prevendo que, quando a identificação criminal for essencial para as investigações policiais, poderá ser feita, além de fotos e colheita de impressões digitais, a partir de coleta de material biológico do acusado, quando, então, será feito um perfil genético;

Vale lembrar que a identificação criminal é exceção na processualística penal. De acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVIII, se o indivíduo for identificado civilmente, não se procederá à identificação criminal, com exceção das situações previstas em lei, as quais estão determinadas na Lei 12037/09, em seu artigo 3º¹⁰⁸. Uma dessas situações é da ocasião acima transcrita, quando for essencial para as investigações policiais. Vale salientar que é imprescindível o despacho da autoridade judiciária competente.

b) Modificou a Lei nº 7210/84¹⁰⁹, prevendo que o condenado por crime doloso praticado com violência de natureza grave contra pessoa, ou por crime hediondo, será submetido, obrigatoriamente, à identificação de perfil genético mediante extração de DNA.

Essa identificação ficará armazenada em banco de dados sigiloso.

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei 12654**, de 28 de maio de 2012. Poder Legislativo, Brasília, DF. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em 16 de maio de 2015.

¹⁰⁷ BRASIL. **Lei 12037**, de 01 de outubro de 2009. Poder Legislativo, Brasília, DF. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em 16 de maio de 2015.

¹⁰⁸ Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:
I. o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
II. o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado
III. o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
IV. a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V. constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
VI. o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.
Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

¹⁰⁹ BRASIL. **Lei 7210**, de 11 de julho de 1984. Poder Legislativo, Brasília, DF. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 16 de maio de 2015.

Diante das inovações legislativas, surge a problemática acerca da obrigação de o acusado fornecer seu material genético nas ocasiões acima transcritas. Indaga-se se o acusado não estaria produzindo provas contra si mesmo.

Além do direito de não se autoincriminar, há que se mencionar o direito à inviolabilidade do corpo do indiciado, bem como sua dignidade humana. A coleta de material genético, quando feita de forma invasiva, como pelo exame de sangue, por exemplo, não deve ser feito à sua revelia, pois fere nossa ordem constitucional. A relativização de direitos fundamentais deve ser muito cautelosa.

O direito da maioria à segurança pública, garantido e salvaguardado pelo Estado, passa a imperar sobre os direitos e garantias do indivíduo. O juiz penal legalista, nesse diapasão, considera apenas a legislação penal especial a ser aplicada ao caso concreto e viola, às vezes sem a real dimensão das consequências destes atos, não apenas postulados processuais penais, mas, sobretudo, constitucionais; compreende o Direito Processual Penal como instrumento apenas do Direito Penal e não como mecanismo concretizador da Constituição Federal. A atuação repressiva do Poder Legislativo é, ainda, temerária, na medida em que dá vazão, justamente, à prevalência incontestada e inconsequente da legislação penal de emergência ou legislação *álibi*. Ou seja, representa a adoção de medidas paliativas e ilusórias, adotadas por parte do Estado com base na crença no poder simbólico do Direito Penal e Processual Penal em conter os ânimos e anseios da população que clama por uma resposta imediata e por “justiça”, num contexto em que esta última se assemelha muito mais à “vingança”

O insuportável grau de criminalidade em que estamos, bem como o clamor de justiça da sociedade, não podem fundamentar a afronta a direitos individuais imprescindíveis à nossa ordem democrática.

Noutro aspecto, em razão do necessário sopesamento de valores, mostra-se perfeitamente lícito que, negando-se o acusado a colaborar, a autoridade investigadora tenha acesso, por outros meios, a esse material genético, desde que não seja exigida uma participação ativa do indiciado. Nesse sentido, Renato Brasileiro:¹¹⁰

Como se vê, em se tratando de prova invasiva ou que exija um comportamento ativo, não é possível a *produção forçada* da prova contra a vontade do agente. Porém, se essa mesma prova tiver sido produzida, voluntária ou involuntariamente pelo acusado, nada impede que tais elementos sejam apreendidos pela autoridade policial. Em outras palavras, quando se trata de material descartado pela pessoa investigada, é impertinente invocar o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Nesse caso, é plenamente possível apreender o material descartado, seja orgânico (produzido pelo próprio corpo, como saliva, suor, fios de cabelo), seja ele inorgânico (decorrentes do contato de objetos com o corpo, tais como copos ou garrafas sujas de saliva, etc.) Exemplificando, se não é possível retirar à força um fio de cabelo de um suspeito para realizar um exame de DNA, nada impede que um fio de cabelo desse indivíduo seja apreendido em um salão de beleza.

¹¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2014, p.85.

Tal raciocínio mostra-se totalmente plausível. A atividade estatal não pode ficar totalmente inativa frente aos direitos individuais. É bem certo que não há que se obrigar qualquer pessoa a prestar ajuda para produzir provas contra ela mesmo. Contudo, vislumbrando-se a oportunidade da colheita de tal prova sem sua participação ativa, não há motivos para que assim não se proceda.

A verdade, como lembrado em vários momentos deste trabalho, deve ser encontrada, o crime deve ser desvendado e os culpados responderem por isso. Assim, os direitos assegurados a todo e qualquer acusado devem ser respeitados para exista uma ordem democrática, mas isso não elimina a *persecutio criminis*, pois é dever do Estado encontrar uma forma de alcançar os fatos sem que o réu dela participe.

5. CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, pode-se concluir que o maior objetivo do processo penal, na *persecutio criminis*, é encontrar uma verdade real, imaginada com total identificação com a realidade. Contudo, ao ser humano só é possível chegar a uma verdade aproximada dos fatos como historicamente ocorreram.

Assim, a busca dessa verdade o máximo possível aproximativa deve guiar o Estado em sua atuação, pois, somente dessa forma, haverá uma aplicação justa das normas penais, a quem verdadeiramente mereça e na proporção de sua culpa.

Essa busca, contudo, há que se pautar em princípios constitucionais assegurados por nossa ordem jurídica, de forma que o Estado não seja arbitrário com os indivíduos, visto que as garantias hoje alcançadas são frutos de muita luta.

Um dos mais importantes desses princípios é o *nemo tenetur se detegere*, ou direito de não produzir provas contra si mesmo. Foi elevado a direito fundamental na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXIII, exposto por meio do direito ao silêncio, sua principal decorrência.

Referido direito fundamental garante que o acusado não pode ser compelido a participar da produção de provas que possam causar-lhe prejuízo, contribuindo em uma eventual condenação. Foi fruto de muita evolução jurídica, visto que, antigamente, o réu era compelido a colaborar com as autoridades investigadores, até mesmo sob tortura ou outras formas de coação, em flagrante desrespeito à dignidade humana.

O direito de não se autoincriminar pode ser invocado no momento da produção de várias provas durante a instrução processual, tais como no exame de alcoolemia, quando investigado o crime de trânsito tipificado no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, no exame grafotécnico, na acareação, no reconhecimento do suspeito, na reconstituição do crime, dentre outras situações, sendo a principal delas o interrogatório do réu, onde ele pode permanecer em silêncio, sem que nenhum prejuízo resulte dessa conduta.

Merece grande relevância essa prerrogativa do acusado, pois a prova de sua culpabilidade cabe à acusação. Essa responsabilidade não pode passar para o próprio indivíduo, visto que seria flagrante desrespeito à nossa ordem constitucional.

Assim, o clamor social, bem como os altos índices de violência e de impunidade, não podem fundamentar arbitrariedades e violações de direitos processuais.

A verdade, tão almejada em nosso processo penal, deve ser perseguida dentro dos limites constitucionais e legais impostos, sendo obrigação das autoridades competentes encontrá-la sem que para isso tenha que atentar contra os direitos do investigado.

O respeito ao réu, em que pese parecer bastante individualista, interessa à sociedade como um todo, pois, em um Estado Democrático de Direito, ser preservado o direito de um, significa preservar o de todos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 de maio de 2015.

BRASIL. **Decreto n.º 678**, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 07/05/2015.

BRASIL. **Decreto n.º 592**, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 07/05/2015.

BRASIL. **Decreto n.º 4388**, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em 07/05/2015.

BRASIL. **Decreto-Lei 3689**, de 03 de outubro de 1941. Poder Legislativo, Brasília, DF. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 16 maio de 2015.

BRASIL. **Lei n.º 9503**, de 23 de setembro de 1997. Poder Legislativo, Brasília, DF. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm>. Acesso em 13 de maio de 2015.

BRASIL. **Lei n.º 11705**, de 19 de junho de 2008. Poder Legislativo. Brasília, DF. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que ‘institui o Código de Trânsito Brasileiro’, e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11705.htm>. Acesso em 13 de maio de 2015.

BRASIL. **Lei 12760**, de 20 de dezembro de 2012. Poder Legislativo, Brasília, DF. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível

em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm>. Acesso em 13 de maio de 2015.

BRASIL. **Lei 7210**, de 11 de julho de 1984. Poder Legislativo, Brasília, DF. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em 16 de maio de 2015.

BRASIL. **Lei 12654**, de 28 de maio de 2012. Poder Legislativo, Brasília, DF. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em 16 de maio de 2015.

BRASIL. **Lei 12037**, de 01 de outubro de 2009. Poder Legislativo, Brasília, DF. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em 16 de maio de 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 8 ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Disponível em < http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em 30/03/2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, v. 1, n. 18, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LIMA, Cecília Barreto. **Silêncio no STF: análise da jurisprudência do tribunal sobre o “princípio da não produção de provas contra si mesmo” e o “direito ao silêncio”**. 273f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Sociedade Brasileira de Direito Público – SPDP, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2014.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**; tradução para o português: J. Alves de Sá. São Paulo: Servanda, 2009.

MANSOLDO, Mary. **Verdade Real versus Verdade Formal**. Disponível em <<http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Juridico&file=display&jid=306>>. Acesso em 24/03/2015.

NUNES, Marcelo Bazilio. **Bebida Alcoólica e Direção Veicular**: os avanços e retrocessos no ordenamento jurídico brasileiro. 2013. 100p. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Formiga, Unifor/MG.

PEREIRA FILHO, João Carlos. **O Direito ao silêncio/privilegio contra a autoincriminação (CF, Art. 5º, LXIII) versus modalidade probatória do reconhecimento pessoal (CPP, Art. 226)**. Disponível em < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7318>. Acesso em 14 de maio de 2015.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Marcus Renan Palácio de M.C.dos. **Princípio *nemo tenetur se detegere* e os limites a um suposto direito de mentir**. Disponível em < <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/3Prncipiopionemotenetur.pdf>>. Acesso em 12/05/2015.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1111566/DF**, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze,, Terceira Seção, julgado em:28/03/2012, DJe 04/09/2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1111566&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 17 de maio de 2015.

Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 48.060/SP**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 10/03/2015. Disponível em < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=48060&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 17 de maio de 2015.

Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 107.285/RJ**, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 09/11/2010, DJe 07/02/2011. Disponível em < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=107285&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 17 de maio de 2015.

Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 69026/DF**, Relator(a): Min. Celso De Mello, Primeira Turma, julgado em: 10/12/1991, DJ: 04/09/1992. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71409>> . Acesso em 17 de maio de 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 14 ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 715

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35 ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Do Corpo de Delito no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1978.

ZARZUELA, José Lopes. **Reconstituição: aspectos técnicos e jurídicos**. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67162/69772>>. Acesso em 13 de maio de 2015.