

# O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO NO PROCESSO PENAL (*'nemo tenetur se detegere'*)<sup>1</sup>

Lívia de Maman Sanguiné<sup>2</sup>

**Resumo:** Este trabalho tem por objetivo analisar, mediante pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legislativa, o princípio *nemo tenetur se detegere*. A abordagem se inicia com breves considerações sobre a prova no Processo Penal. Em um segundo momento, faz-se um breve estudo do direito comparado (análise jurisprudencial) nos sistemas estadunidense e europeu. Por fim, aborda-se a aplicabilidade do *nemo tenetur se detegere* no sistema processual brasileiro, analisando-se a disciplina do direito de não produzir prova contra si mesmo no sistema probatório. O trabalho demonstra que a aplicabilidade do *nemo tenetur se detegere* não se restringe unicamente ao direito ao silêncio. Ainda, busca explicar as diversas hipóteses em que o referido princípio incide no sistema probatório processual brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito Fundamental. Dignidade Humana. Direito Processual. Princípio *'nemo tenetur se degetere'*. Não auto-incriminação. Prova. Silêncio.

## INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa monográfica é analisar o direito que todo indivíduo tem de não produzir prova contra si mesmo, o qual é amparado pelo princípio *nemo tenetur se detegere* (assegurado na Constituição Federal, através do direito ao silêncio, bem como na Convenção Americana dos Direitos Humanos).

Este tema possui grande relevância pois, além de um direito mínimo a ser assegurado (garantia fundamental), representa elemento indispensável para configuração de um processo justo.

---

<sup>1</sup> Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção de grau em Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado, com grau máximo pela banca examinadora composta pelo orientador Prof. Nereu José Giacomolli, Prof. Marcelo Caetano Guazzeli Peruchin e Prof. Mario Rocha Lopes Filho, em 12 de novembro de 2010.

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais – Faculdade de Direito – PUCRS. Contato: liviasanguine@hotmail.com.

O direito à não auto-incriminação, conforme será analisado no decorrer deste trabalho, possui diversas formas de manifestação. A principal delas, e mais conhecida, é o direito ao silêncio – consagrado na Carta Magna e no Pacto Internacional de São José da Costa Rica. Contudo, possui outras diversas, e importantes para nosso estudo, formas de manifestação, tais como o direito de não declarar contra si mesmo e o direito de não ceder seu corpo contra sua vontade para realização de perícias, dentre outras.

O trabalho, fruto da realização de pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legislativa, divide-se em três capítulos. No primeiro capítulo, realizaremos uma análise sobre um conceito de prova e dos sistemas probatórios a fim de que seja feita uma relação com o princípio ora trabalhado.

Já no segundo capítulo, analisaremos o surgimento e a evolução histórica do *nemo tenetur se detegere* a fim de verificar o momento em que o princípio efetivamente se firmou e passou a ser aplicado na prática. Em um segundo momento, faremos uma breve análise de um estudo de direito comparado envolvendo alguns dos casos mais importantes julgados pelos Tribunais internacionais (Americano e Europeu).

Por fim, no terceiro capítulo, inicialmente será feito um estudo da aplicabilidade do *nemo tenetur se detegere* com foco específico no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse momento, serão abordadas as principais espécies probatórias e, em especial, os principais julgados em que são – ou não – protegidos pelo *nemo tenetur se detegere*. Em um último momento, serão averiguadas as consequências oriundas da violação do referido privilégio.

## **1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL**

### **1.1 DO DIREITO À PROVA**

Após a II Guerra Mundial, especialmente com a constitucionalização das garantias processuais e, ainda, em razão da incorporação aos ordenamentos jurídicos de um rol de garantias sobre direitos humanos, as

legislações e as decisões dos tribunais têm evoluído para um reconhecimento do direito à prova.<sup>3</sup>

O direito aos meios adequados de defesa é definido com base na possibilidade de exercer o contraditório, ou seja, a faculdade das partes suscitarem e provarem as suas alegações no processo. Entretanto, o direito à prova não é ilimitado, não se tratando de um direito incondicional e absoluto, e sim modulado pela pertinência e necessidade. Tal direito está configurado como um “status constitucional”, sendo uma garantia para o bom funcionamento de um processo democrático (devendo ser exercido de acordo com a lei).<sup>4</sup>

A importância do reconhecimento de tal direito dentre as garantias mínimas inerentes a um processo justo, também pode ser facilmente verificada por sua intensa referência nos textos internacionais sobre direitos humanos. Dentre os direitos fundamentais proclamados nos vários textos internacionais, merecem destaque os relacionados à proteção dos acusados no processo penal, tendo em vista que esta sempre foi uma área propícia às mais brutais violações contra a liberdade, integridade física e dignidade da pessoa humana.<sup>5</sup>

Em que pese não faça referência expressa à garantia em tela, a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamou que *“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prova sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa”*. No mesmo sentido, porém de forma mais explícita, indica o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembléia Geral da ONU (1966), que entre as garantias mínimas estabelecidas em favor da pessoa acusada de delito está a de *“inquirir ou fazer inquirir a testemunha de defesa, nas mesmas condições que as de acusação”*.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 64.

<sup>4</sup> CONRADI, Faustino Gutierrez-Alviz; LÓPEZ, Enrique López; **Derechos Procesales Fundamentales**. Madrid: Consejo General Del Poder Judicial, 2004. p. 551.

<sup>5</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 72.

<sup>6</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 72.

Tais disposições, conjuntamente com outras, deixam claro que o direito à prova constitui um dos componentes essenciais de um processo justo.

Especificamente no Brasil, a iniciativa probatória também é reconhecida às partes nos artigos 396-A<sup>7</sup>, 402<sup>8</sup> do CPP, dentre outros. A Carta Magna, além de consagrar as tradicionais cláusulas do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV), também adota explicitamente o princípios da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII), dos quais se extrai o direito de defender-se provando.<sup>9</sup>

O reconhecimento, portanto, de um direito '*subjetivo à prova*', cujos titulares são as partes no processo penal, supõe considerar que as mesmas devem estar em condições de influir ativamente em todas as operações desenvolvidas para a constituição do material probatório, o qual irá servir de base para a decisão.<sup>10</sup> Partindo dessa premissa, podemos identificar, num primeiro momento, o direito à investigação, pois a faculdade de colher e descobrir provas são condições indispensáveis para que se possa exercer o direito à prova. Num segundo momento, compreende, igualmente, um poder de iniciativa em relação à introdução do material probatório para dentro do processo.<sup>11</sup>

Nessa linha, PAOLO TONINI<sup>12</sup> bem define o direito à prova:

O direito à prova é uma síntese que inclui o direito de todas as partes a buscar fontes de evidência, a solicitar a admissão dos seus meios, para participar no seu recrutamento e apresentar uma avaliação no final.

---

<sup>7</sup> “Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em 01 out 10.

<sup>8</sup> “Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante, o assistente e, a seguir, o acusado, poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.” (BRASIL) **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em 01 out 10.

<sup>9</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 80.

<sup>10</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 84.

<sup>11</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. pp. 88-89.

<sup>12</sup> TONINI. Paolo. **La prova penale**. 3ª Edição. Milão: Cedan, 1999. p. 45.

Nesse sentido, podemos concluir que o mecanismo probatório (o qual é indispensável à formação de um processo justo e com garantias) visa à formação e à justificação do convencimento do julgador.

Ao ser abordada a temática acerca da prova, não poderíamos deixar de analisar os sistemas probatórios, vale dizer, sistema legal da prova tarifada, sistema de íntima convicção do julgador e da livre convicção.

## 1.2 A RELAÇÃO DA PROVA COM O *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Em matéria probatória, além do princípio do contraditório, deve estar presente a defesa (tanto técnica quanto a pessoal).<sup>13</sup>

A defesa técnica garante a presença de um defensor em todos os atos do processo. Tal meio de defesa é indisponível e imprescindível, pois mais do que um interesse do próprio acusado, é uma exigência da sociedade e do Estado. Trata-se, portanto, de um instrumento imperativo de ordem pública.<sup>14</sup>

A defesa pessoal – ou autodefesa – diz respeito à possibilidade de o sujeito passivo (acusado/imputado) resistir pessoalmente à pretensão acusatória. Dentro do âmbito da defesa pessoal negativa é que se encontra situado o princípio do *'nemo tenetur se detegere'*, ou seja, como o próprio nome diz, estrutura-se a partir de uma recusa, de um não fazer.<sup>15</sup>

A produção da prova no Processo Penal deve, portanto, ter estrita observância a alguns princípios, dentre eles, ao da não auto-incriminação (*'nemo tenetur se detegere'*).

Segundo este, o acusado não pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. O *'nemo tenetur se detegere'* apresenta diversos corolários: direito ao silêncio, direito de não colaborar na produção de prova em favor de sua incriminação, etc. Ou seja, o direito a não auto-incriminação não abrange somente o direito ao silêncio.

Ao acusado, no Processo Penal, o exercício do direito a não colaborar, não pode lhe acarretar nenhum prejuízo. O direito a não declarar contra si

---

<sup>13</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 545.

<sup>14</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 546.

<sup>15</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v.1. p. 547.

mesmo implica que a sua “não declaração” não seja interpretada em seu desfavor, tampouco ser tomada como algum indício.<sup>16</sup> Antes de avaliar a declaração do imputado, é fundamental analisar se foi cumprido adequadamente o dever de informar ao acusado o seu direito de permanecer calado.<sup>17</sup>

Por fim, ressalta-se que no Código de Processo Penal, há uma contradição existente entre dois dispositivos. Conforme o artigo 198, “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para formação do convencimento do juiz”. Em sentido contrário, o art. 186, § único, diz que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Como percebemos pela leitura de tais dispositivos, há mais de uma interpretação. Para alguns autores, o direito ao silêncio deve ser protegido de maneira absoluta, considerando inconstitucional qualquer tipo de interpretação contra a defesa. Outros entendem que somente poderá ser interpretado contra a defesa na fase final do procedimento. Há também os que entendem que o silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa, permitindo-se que possa constituir elemento para a formação do convencimento do julgador.<sup>18</sup>

Em que pese haja diversos entendimentos a respeito, entende-se que o exercício pelo imputado do seu direito a não declarar (não colaborar) não pode lhe acarretar nenhum prejuízo. Todavia, a jurisprudência muitas vezes entende que a ausência de declaração pode ser valorada em algumas circunstâncias<sup>19</sup>.

## 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Ao longo dos anos, o chamado princípio ‘*nemo tenetur se detegere*’ assumiu inúmeros significados.

---

<sup>16</sup> CONRADI, Faustino Guitiérrez-Alviz; LÓPEZ, Enrique López. **Derechos Procesales Fundamentales**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004. p.596.

<sup>17</sup> CONRADI, Faustino Guitiérrez-Alviz; LÓPEZ, Enrique López. **Derechos Procesales Fundamentales**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004. p. 597.

<sup>18</sup> COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp.170-173.

<sup>19</sup> CONRADI, Faustino Guitiérrez-Alviz; LÓPEZ, Enrique López. **Derechos Procesales Fundamentales**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004. p.597.

Nas civilizações clássicas, os romanos conheceram o juramento, o qual era instituto aplicado tanto no direito público quanto no privado.<sup>20</sup> Na Grécia, no interrogatório, aplicava-se a tortura como método de obtenção da confissão.<sup>21</sup>

Da mesma forma, na Idade Média, não havia lugar para a afirmação do princípio '*nemo tenetur se detegere*', de modo que, conforme afirma Maria Elizabeth Queijo<sup>22</sup>, havia a tendência à utilização processual, no que diz respeito à prova, dos conhecimentos do acusado. No sistema processual inquisitório, tal tendência acentuou-se cada vez mais no sentido de que o acusado era obrigado a responder ao interrogatório mesmo que fosse necessário utilizar-se do emprego de força.

Assim sendo, predominava o entendimento de que o interrogatório era meio de prova, não se justificando, por tal razão, o direito ao silêncio.<sup>23</sup>

Quando da sua afirmação, no período Iluminista – época em que surgiram as primeiras idéias acerca das garantias processuais – os iluministas passaram a combater o juramento do réu e a tortura como método de obtenção de confissão.<sup>24</sup>

Já na Idade Contemporânea, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, não mencionou expressamente o princípio '*nemo tenetur se detegere*', em que pese tenha feito referência à presunção de inocência.<sup>25</sup>

Por outro lado, na Convenção Americana sobre direitos Humanos – aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 (art. 8º, 9) – foi reconhecido o referido princípio entre as garantias mínimas a serem respeitadas em relação ao acusado. No mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1966, também se referiu

---

<sup>20</sup> COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 33.

<sup>21</sup> ROMEIRO, Jorge Alberto. **Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado**. Rio de Janeiro: Alba, 1942. p. 10-11.

<sup>22</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 7.

<sup>23</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 7.

<sup>24</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8.

<sup>25</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 26.

expressamente ao *'nemo tenetur se detegere'*, estabelecendo que toda pessoa acusada de um delito tem direito a “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada” (art. 14, n. 3, g).<sup>26</sup>

Atualmente, conforme afirma QUEIJO:

“o princípio *'nemo tenetur se detegere'* assumiu um caráter garantístico no processo penal, resguardando a liberdade moral do acusado para decidir, conscientemente, se coopera ou não com os órgãos de investigação e com a autoridade judiciária”.<sup>27</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, além do artigo 5º, inciso LXIII, da CF, onde consta que o preso será informado do direito de permanecer calado, o artigo 186 do Código de Processo Penal preceitua que “*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*”. O parágrafo único do mesmo artigo prevê que “*o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa*”.

Há também no CPP a previsão do artigo 198, o qual permite que o silêncio do acusado “*constitua elemento para formação do convencimento do julgador*”. Percebe-se que há uma grande contradição em ambos os dispositivos. Pelo princípio da presunção de inocência – conjugado com o direito ao silêncio como garantia fundamental – tem-se que a partir de uma interpretação sistemática do CPP e constitucional tal artigo não deve ser aplicado.

### 3. CONTEÚDO DO PRINCÍPIO

O princípio *nemo tenetur se detegere* já é considerado um direito fundamental de primeira geração do cidadão (imputado).<sup>28</sup> Com efeito, tal

---

<sup>26</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003.p. 26.

<sup>27</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 27.

<sup>28</sup> Por se tratar de um direito fundamental (reproduzido nos diplomas que versam sobre direitos humanos), qualquer restrição ao referido princípio poderá ser regulada exclusivamente em legislação ordinária, atendendo ao princípio da proporcionalidade, ou seja, deve ser observado a necessidade, razoabilidade e adequação da medida utilizada, conforme dispõe Maria Elizabeth Queijo (**O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 54)



princípio não se resume unicamente ao direito ao silêncio<sup>29</sup>, sendo este uma de suas várias formas de manifestação.

Tal princípio tem como objetivo, conforme afirma Maria Elizabeth Queijo<sup>30</sup>, proteger o indivíduo contra os excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, incluindo-se o resguardo contra coação e violência física e moral utilizadas para constranger o indivíduo a cooperar na instrução probatória.

Com o abandono do sistema inquisitivo, o acusado passou a ser tratado como sujeito processual, e não mais como objeto dentro do processo. O processo penal deve permitir que o acusado se negue a declarar e de participar de determinados tipos de procedimentos (por exemplo, detector de mentiras) que, na realidade, constituem uma modalidade atualizada dos métodos que se utilizavam na época inquisitorial para forçar a confissão do acusado.<sup>31</sup>

No que tange especificamente à distinção entre o direito ao silêncio e o direito a não incriminar-se, tem-se que este pode ser interpretado no sentido de que o acusado não está obrigado a falar algo que lhe possa incriminar, enquanto o direito ao silêncio é de uma maior amplitude, ou seja, o simples silêncio do acusado deve ser respeitado. Pelo exercício do direito ao silêncio, portanto, não cabe extrair nenhum tipo de interpretação.<sup>32</sup>

#### **4. O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO DIREITO COMPARADO**

##### **4.1 *Privilege against self-incrimination: o nemo tenetur se detegere nos Estados Unidos da América***

Modernamente, o '*nemo tenetur se detegere*' é expresso no direito anglo-americano como *privilege against self-incrimination*. No entanto, historicamente, afirma-se que o *privilege against self-incrimination* não coincide

---

<sup>29</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 54-55.

<sup>30</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.55.

<sup>31</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Navarra: Aranzadi, 2004. p. 1073.

<sup>32</sup> CONRADI, Faustino Gutierrez-Alviz; LÓPEZ, Enrique López; **Derechos Procesales Fundamentales**, Madrid: Consejo General Del Poder Judicial, 2004. p. 594.

com o princípio que o teria originado: *nemo tenetur prodere se ipsum no ius commune*.<sup>33</sup>

O reconhecimento essencial e a defesa do direito ao silêncio (e da não auto-incriminação) nos Estados Unidos da América ocorreu na época do Tribunal Warren, na década de 60. Earl Warren foi presidente do Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos da América desde 1953 até 1969. Durante o seu mandato, houve importantes sentenças em defesa de direitos, dentre os quais a proteção a não auto-incriminação. O Tribunal Warren, portanto, marcou-se pela salvaguarda do direito a não auto-incriminação.<sup>34</sup>

O caso *Miranda v.s Arizona*<sup>35</sup> declarou que o privilégio contra auto-incriminação é princípio fundamental, possibilitando o direito do acusado de permanecer calado. Conforme narra o caso, Miranda foi detido em sua casa e levado, preso, sob custódia para Phoenix, sendo suspeito de cometimento de delito sexual. Foi identificado pela vítima e levado para o interrogatório. Os agentes confessaram que não informaram à Miranda sobre o direito à presença de advogado. Algumas horas após, os policiais saíram do interrogatório com uma confissão, supostamente escrita por Miranda, narrando que a mesma tinha sido manuscrita sem qualquer tipo de ameaça ou coação. No júri, a confissão foi utilizada como meio de prova e o acusado foi condenado de 20 a 30 anos de prisão por cada delito (rapto e estupro). Em recurso, o Supremo Tribunal do Arizona confirmou a sentença. A Suprema Corte dos Estados Unidos, no entanto, em decisão proferida por Earl Warren, anulou a decisão sob o fundamento de que a polícia deveria ter notificado o direito ao silêncio, afirmando também que a atmosfera coercitiva inerente à situação de um interrogatório pode, por si só, conduzir o imputado à sua auto-incriminação. A Suprema Corte entendeu que, com a violação das garantias, a confissão era inaceitável.<sup>36</sup>

A partir do caso *Miranda*, o Tribunal passou a estabelecer as conhecidas “Regras de Miranda” (*Miranda rules*). Tais regras prevêm, por

---

<sup>33</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.11.

<sup>34</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Navarra: Aranzadi, 2004. pp. 553-554.

<sup>35</sup> 384 US 436 (1966).

<sup>36</sup> COOKE, Michael. **Case Brief of Miranda**, 2002. Resenha elaborada através de texto disponível em: <[http://www.essortment.com/all/mirandavsarizo\\_roui.htm](http://www.essortment.com/all/mirandavsarizo_roui.htm)> Acesso em 03 set 2010.

exemplo, que antes de dirigir qualquer pergunta à pessoa (acusado), deve-se adverti-la de que tem o direito de permanecer em silêncio e de que tem direito à presença de um advogado.<sup>37</sup>

No que diz respeito especificamente à aplicação do *'nemo tenetur se detegere'* às provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção, o direito norte-americano entende que não há violação do referido princípio em sua produção, como regra geral.<sup>38</sup> Há diversos julgados pela Suprema Corte que confirmam tal entendimento.

No que tange ao teste de alcoolemia, a Suprema Corte dos EUA entende que o dever de submissão ao teste de alcoolemia não pode considerar-se contrário ao direito a não declarar contra si mesmo, pois não obriga o detectado a emitir uma declaração admitindo sua culpabilidade, somente tolerar que seja feita uma perícia. Dessa forma, como não constituem, a rigor, uma declaração, não se pode supor nenhuma vulneração do direito a não declarar. São somente “simples perícias de resultado incerto”. Tal argumento leva-nos a concluir que não somente existe o direito a não submeter-se a tais provas, e sim que existe a obrigação de suportá-las. A obrigação, portanto, de submeter-se a tais provas (etilômetro, por exemplo) tem como objetivo comprovar se os condutores cumprem as normas estabelecidas para garantir a segurança no trânsito. Tal submissão, para o Tribunal Constitucional, não somente não supõe uma auto-incriminação, mas também, conforme o novo Código Penal, crime de desobediência.<sup>39</sup>

#### **4.2 O *nemo tenetur se detegere* no Sistema Europeu**

No sistema espanhol, o antigo sistema inquisitivo adotado considerava que a confissão era a prova máxima. O acusado além de não ter o direito ao silêncio tinha a obrigação de colaborar e de dizer a verdade. O juramento exigido antes da declaração do acusado desapareceu com a Constituição

---

<sup>37</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Navarra: Aranzadi, 2004. p. 554.

<sup>38</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 302.

<sup>39</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Navarra: Aranzadi, 2004. pp. 558-559.

espanhola de 1812. Com efeito, o artigo 219 da Constituição determinava que a declaração do acusado deveria ser feita sem o juramento.<sup>40</sup>

A mudança radical adveio com a Constituição de 1978. No artigo 24.2 estabeleceu-se que todos têm o direito (...) a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado.<sup>41</sup> Percebe-se que nesse período já restou estabelecido claramente o direito do acusado ao silêncio (e a não colaborar).

Antes de entrar na declaração do acusado, é necessário examinar se foi cumprido adequadamente o dever de informar. Uma vez cumprida obrigação de informar o direito ao silêncio, se analisará a ausência de violência, de coação e de qualquer tipo de constrangimento.<sup>42</sup> Caso seja utilizado qualquer método de violência ou coação para obtenção de declaração, tal declaração será considerada como prova ilícita, não podendo ser utilizada como meio de prova.

O Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais dispõe em seu artigo 6º, em sua redação atual, o seguinte:

*“Derecho a un proceso equitativo*

*1 Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por um Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sera considerado strictamente necesario por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.*

*2 Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.*

*3 Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:*

---

<sup>40</sup> CONRADI, Faustino Gutierrez-Alviz; LÓPEZ, Enrique López; **Derechos Procesales Fundamentales**, Madrid: Consejo General Del Poder Judicial, 2004. p. 591.

<sup>41</sup> CONRADI, Faustino Gutierrez-Alviz; LÓPEZ, Enrique López; **Derechos Procesales Fundamentales**, Madrid: Consejo General Del Poder Judicial, 2004. p. 592.

<sup>42</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Navarra: Aranzadi, 2004. p. 527.

- a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
- b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
- c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;
- d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
- e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiéncia”.<sup>43</sup>

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos entende que o direito previsto no artigo 6.1 não é absoluto. Dessa forma, o acusado deve estar protegido contra procedimentos coercitivos e intimidantes, que alterem a sua vontade. Para verificar se tais direitos foram respeitados é necessário examinar o método utilizado e se foi afetada a vontade do acusado. Ademais, a falta de informação de tais direitos implica o seu não reconhecimento e seu desrespeito.<sup>44</sup>

Na mesma linha do entendimento geral dos Tribunais Superiores Americanos, o TEDH entende que somente é possível valorar o silêncio do acusado naquelas situações em que claramente demandam alguma explicação. Contudo, em tais casos, as provas da acusação é que fundamentarão a condenação e não a falta de explicação do acusado sobre as mesmas.<sup>45</sup>

Por fim, importante ressaltar que, conforme afirma ODONE SANGUINÉ:

(...) a jurisprudência do TEDH considera que o direito a não se auto-incriminar concerne principalmente ao respeito à vontade do acusado de permanecer em silêncio. Está admitido, em princípio, pelo ‘*nemo tenetur se detegere*’, de maneira que fica fora do campo de ação do privilégio contra a autoincriminação

---

<sup>43</sup> **Convênio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.** Disponível em [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf). Acesso em 30 set 2010.

<sup>44</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo. **Tratado de Derecho Procesal Penal.** Navarra: Aranzadi, 2004. p. 552.

<sup>45</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo. **Tratado de Derecho Procesal Penal.** Navarra: Aranzadi, 2004. p. 553.

a utilização no processo de informações que, embora obtidas pela acusação com o uso de poderes coercitivos, tenham uma existência independente da vontade do suspeito, como os documentos recolhidos por força de um mandado judicial. A coleta forçada de amostras biológicas do imputado, tais como a coleta de sangue, de urina e de tecidos para uma biópsia ou para exame de DNA, **de hálito mediante o uso de bafômetro** para um motorista suspeito de embriaguez, seriam em princípio legítimas, dado que o material usado na análise forense é obtido com procedimentos minimamente invasivos (pense-se nas coletas de sangue, cabelos ou tecidos corporais) ou por meio de procedimentos não invasivos, mas que exigem a colaboração do imputado (a coleta de urina, de saliva, de padrões vocais para comparação, etc.), desde que os órgãos investigadores se sirvam de métodos respeitosos da dignidade humana e do seu direito à saúde. Constitui, porém, uma violação à CEDH a coerção sofrida por meio de imobilização por quatro agentes de polícia que constroem o imputado a ingerir, através de uma sonda naso-gástrica, um vomitório com a finalidade de regurgitar a droga (STEDH, caso Jalloh c. Alemanha, j. 11.06.2006, § 118 e SS).<sup>46</sup> (grifo do autor).

O Tribunal Constitucional Português, no acórdão nº 155/2007, analisou o seguinte caso: nos autos de um processo de Inquérito no DIAP do Porto, foram investigados fatos suscetíveis de integrar a prática de dois delitos de homicídio qualificado, onde teriam sido colhidos no local do crime “vestígios biológicos”. Foram identificados suspeitos, os quais foram convidados a prestar consentimento para ‘**recolha** de zaragatoas bucais com vista à identificação do seu perfil genético [...] e comparação com o dos vestígios biológicos acima referidos’, tendo, todavia, negado tal consentimento’. Em setembro de 2005 procedeu-se à referida diligência, opondo-se o acusado à realização do referido exame. Perante tal situação, o arguido assinou uma declaração de recusa do ato, tendo sido advertido de que ‘**a diligência iria ter lugar, mesmo que para tal fosse necessário o recurso à força**’. No dia seguinte o arguido requereu ao Juiz da Instrução Criminal que fosse declarada ilegal a prova obtida através da sujeição coercitiva à colheita de saliva. O juiz julgou improcedente a nulidade invocada. Irresignado, o acusado recorreu para o Tribunal da Relação do Porto sustentando: a) que no direito português vigente só o consentimento livre do arguido pode legitimar a sua submissão a uma colheita de vestígios biológicos; b) que a colheita foi manifestamente ilegal e até criminalmente ilícita sua realização coactiva.

---

<sup>46</sup> SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar e Direitos Fundamentais**, de próxima publicação.

O Tribunal, por acórdão de maio de 2006, julgou o recurso improcedente. Desta decisão foi interposto recurso ao TCP. O ofendido sustentou, em síntese, a inconstitucionalidade dos artigos 172 e 126 do CPP. O TCP, em decisão, afirmou que a jurisprudência do referido Tribunal sobre o âmbito da integridade pessoal – protegida pelo artigo 25 da Constituição – não proíbe a atividade investigatória, em si mesma, sendo que o Estado de direito deve reger-se por regras que respeitem a dignidade da pessoa. Sendo assim, ‘a recolha de material biológico para análise do DNA, embora possa ser entendida como uma restrição do direito à integridade pessoal não colide com nenhuma de suas dimensões essenciais, podendo justificar-se de acordo com critérios de proporcionalidade’. Na expressão mais simples, ‘a proteção de integridade física e moral consiste no direito à não agressão ou ofensa ao corpo ou espírito, por quaisquer meios (físicos ou não)’. No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional, no acórdão nº 319/95, concluiu que a normativa que admite a imposição do teste de alcoolemia não ofende materialmente a Constituição. Ainda, afirmaram que a Constituição não proíbe, em absoluto, a recolha coativa de material biológico e sua posterior análise genética sem consentimento desde que sejam respeitadas as exigências constitucionais da adequação e da proporcionalidade.

No que tange ao etilómetro, o Tribunal Constitucional Espanhol afirmou que a realização de tais testes não constitui, em si mesmo, uma declaração ou uma incriminação, para efeitos desse privilégio, uma vez que não obriga o detectado a emitir uma declaração que exteriorize um conteúdo.<sup>47</sup>

## **5 A APLICABILIDADE E OS EFEITOS DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO DIREITO BRASILEIRO**

No sistema jurídico brasileiro rotineiramente sustenta-se a necessidade e obrigatoriedade de o acusado submeter-se a determinado tipo de prova determinado pelo juízo ou até mesmo pelas autoridades policiais. Todavia, o Código de Processo Penal não traz regra expressa a respeito do dever do

---

<sup>47</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. Acórdão nº 155/2007. Processo nº 695/06. Relator: Conselheiro Gil Galvão. 3ª Seção. DJ 02/03/2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>>. Acesso em 02 out 10.

acusado a colaborar - ou não - na realização desses tipos de provas (que dependem da sua colaboração).

No Processo Penal, há um intenso conflito entre os interesses da sociedade (dever dos poderes públicos) e o interesse individual (proteção dos direitos fundamentais). Diante disso, deve haver uma harmonia entre ambos os interesses, ou seja, não é possível permitir a sobreposição do interesse estatal na persecução penal (ausência de vedações de meios probatórios), pois caso isso ocorresse, estaríamos diante de um método autoritário que violaria as garantias constitucionais e a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, também não é possível haver uma prevalência absoluta e ilimitada do interesse individual, pois nesse caso, a persecução penal estaria fracassada.<sup>48</sup>

Assim, pode-se dizer que a inexistência do dever de colaborar decorrente do *nemo tenetur se detegere* não é absoluta, ou seja, encontra alguns limites, sob pena de aniquilar, em determinados casos, a persecução penal eficaz do Estado.

Dentre as provas a serem produzidas há aquelas que dependem da cooperação do acusado e aquelas que não dependem de sua colaboração. Há também a divisão entre as provas invasivas e as não invasivas. Alguns tipos de exame podem ser feitos por meio de técnicas invasivas ou não. Diferentemente do sistema norte-americano, o exame de sangue, no sistema brasileiro, em geral, constitui prova invasiva.

As provas não invasivas geralmente conciliam as exigências da persecução penal (respeitando os direitos fundamentais), tendo, portanto, grande importância no processo penal.

Como regra geral, as provas invasivas não podem ser realizadas contra a vontade do acusado. Todavia, em casos excepcionais, como ocorrência de delitos graves (por exemplo, hediondos), através de decisão judicial fundamentada é possível determinar que o acusado tolere *passivamente* a produção de alguma prova, desde que de outro modo não possa ser efetivada (e desde que seja respeitada a integridade física e moral). Tal solução foi adotada pelo direito português. O artigo 172-e do estatuto processual lusitano.

---

<sup>48</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 241-242.



Conforme bem afirma TOVIL<sup>49</sup>, diante dessa hipótese é possível verificar que a tendência do direito estrangeiro é a de não conferir aos investigados direitos ilimitados em face do Estado e da sociedade. Afirma ainda que “a pequena intervenção no corpo do investigado pouco afeta a sua dignidade e privacidade, sendo que a restrição dos direitos está plenamente justificada diante do bem maior do interesse público na apuração do hediondo crime cometido”.

## 5.1 DAS DIVERDAS ESPÉCIAS PROBATÓRIAS

O Direito ao Silêncio é assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro como direito constitucional. Sobre a interpretação do direito ao silêncio, a corrente majoritária entende que o silêncio do acusado não pode ser considerado em seu desfavor. O silêncio, portanto, apresenta-se como prova negativa da imputação, sem nenhuma repercussão positiva na apuração da responsabilidade penal.<sup>50</sup>

Quanto ao âmbito de incidência do direito ao silêncio, em que pese a CF (art. 5º, inc. LXIII) faça referência apenas ao preso, a garantia é estendida a qualquer indivíduo suspeito de prática de infração penal. Esse direito fundamental abrange até mesmo as pessoas físicas representantes das pessoas jurídicas (que hoje podem ser sujeitos ativos de delitos ambientais, conforme artigos 255 da CF c/c artigo 3º da Lei nº 9.605/98) podem invocar o direito ao silêncio.<sup>51</sup>

Adentrando no interrogatório, tem-se que o mesmo poderá ser considerado como meio de prova, de defesa ou apresentar a dupla-face (prova e defesa). A corrente majoritária entende que o interrogatório possui uma dupla face (meio de prova e meio de defesa), podendo o julgador, portanto, servir-se de elementos constantes do interrogatório para formar o seu convencimento.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> TOVIL, Joel. **A proteção contra a Auto-Acusação Compulsória Aplicada à Persecução Penal**. 2008. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v. 22, pp. 87-114.

<sup>50</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp. 306-307.

<sup>51</sup> TOVIL, Joel. **A proteção contra a Auto-Acusação Compulsória Aplicada à Persecução Penal**. 2008. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v. 22, pp. 87-114.

<sup>52</sup> Esse é o entendimento adotado pela jurisprudência atual. Nesse sentido, CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p.

Para a corrente majoritária<sup>53</sup>, o direito ao silêncio do acusado somente abrange o interrogatório de mérito, ou seja, incide apenas sobre as declarações sobre o fato delituoso em debate e não sobre aquelas que dizem respeito aos antecedentes ou identidade da pessoa. Sendo assim, o acusado está obrigado a responder as perguntas do artigo 187, §1º do CPP, sob pena de crime de desobediência (artigo 330 do Código Penal) e, se o fizer de forma incorreta, cometer o crime de falsa identidade (artigo 307 do CP).

O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, prolatou decisão com entendimento diverso:

*PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. FALSA IDENTIDADE ATRIBUÍDA PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. ARTIGO 307 DO CP. EXERCÍCIO DE AUTODEFESA. OCORRÊNCIA. 2. ORDEM CONCEDIDA, COM RESSALVA DA RELATORA.*

*1. A conduta do acusado que, em interrogatório policial, atribui-se falsa identidade visa impedir o cerceamento da liberdade, e não ofender a fé pública, consistindo, assim, em exercício da autodefesa, ante ao princípio **nemo tenetur se detegere, o qual consagra o direito do acusado de permanecer silente, não sendo compelido a produzir prova contra si mesmo.***

*2. Ordem concedida, com ressalva de entendimento da relatora. (grifo nosso)<sup>54</sup>.*

*HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. EXERCÍCIO DE AUTODEFESA. CONDUTA ATÍPICA.*

*1. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a conduta praticada pelo réu, de se atribuir falsa identidade perante **autoridade policial, para ocultar antecedentes criminais, não configura o crime descrito no art. 307 do Código Penal, tratando-se de hipótese de autodefesa, consagrada no art. 5.º, inciso LXIII, da Constituição Federal.** 2. Ordem concedida [...] (grifo nosso).<sup>55</sup>*

---

333;QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 87.

<sup>53</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no Processo Penal**, 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 67; COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 210-212; QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo,** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 202; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães.

<sup>54</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 10309/MS. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Brasília, 04/06/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 31 jul 2010.

<sup>55</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 86.686/MS. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Brasília, 25/10/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 31 jul 2010.

Sobre o exercício do direito ao silêncio, entende-se que este não pode acarretar consequências contra o acusado em relação às decisões de natureza cautelar. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com fundamento no direito ao silêncio, tem rejeitado a legitimidade da decretação da prisão cautelar, por exemplo, para: a) obtenção compulsória de depoimento<sup>56</sup>; b) mera recusa de manifestação por parte do paciente não pode ser interpretada em seu desfavor para fins de decretação de prisão preventiva. Não se justifica a prisão para a mera finalidade de obtenção de depoimento<sup>57</sup>; c) não comparecimento para prestar depoimento.<sup>58</sup>

No que tange ao etilômetro, conhecido popularmente pelo “bafômetro”, tem-se que este é o método utilizado para constatação de embriaguez nos crimes de trânsito. A Resolução nº 52 de 1998 (CONTRAN), passou a regulamentar o uso do etilômetro<sup>59</sup>. A lei nº 11.705/08 (conhecida popularmente como “Lei Seca”, alterou o CTB estabelecendo o índice de 6 (seis) decigramas por litro de sangue para considerar que o motorista não está em condições de dirigir (artigo 306).<sup>60</sup>

No direito brasileiro, há duas correntes bem delineadas. A primeira corrente defende a possibilidade do réu a ser coagido à realização do referido exame, desde que respeitados os direitos da dignidade da pessoa humana e a integridade física. Nesse caso, a obrigatoriedade do teste do etilômetro, portanto, atende ao princípio da proporcionalidade, uma vez que a medida é adequada e necessária.<sup>61</sup>

---

<sup>56</sup> MORAES, Alexandre de. **A evolução Constitucional da Interpretação do Direito ao Silêncio** - Comentários ao HC nº 91.414/BA. Revista de Direito Administrativo, v. 248, p. 175-200, 2008; ISSN/ISBN: 00348007. Sobre prisões, ler SANGUINÉ, Odone. **Prisión Provisional Y Derechos Fundamentales**. Valencia: Tirant, 2003.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91414. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJ 25/04/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 14 out 2010.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89503. Relator: Min. Cezar Peluso. Segunda Turma. DJ em 08/06/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 14 out 2010.

<sup>59</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 260.

<sup>60</sup> Antes da referida alteração, o CTB apenas previa que o motorista expusesse terceiros a dano potencial em razão da influência do álcool ou de outras substâncias análogas, não prevendo quantidade específica.

<sup>61</sup> BEDÊ JR., Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp. 41-44.

O STJ não tem concedido Habeas Corpus preventivo, em abstrato, para que o motorista não seja submetido a um exame futuro. Nesse sentido:

**PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. INTEMPESTIVIDADE. CONHECIMENTO COMO PEDIDO ORIGINÁRIO. "TESTE DO BAFÔMETRO". LESÃO OU AMEAÇA DE LESÃO À LIBERDADE DE IR, VIR E FICAR DOS PACIENTES.**

1. Diante da intempestividade do recurso interposto, deve ser conhecido o pedido como habeas corpus original.

2. Para ser cabível a ordem preventiva, é necessário haver fundado

receio de que os pacientes possam vir a sofrer coação ilegal ao seu

direito de ir, vir e ficar.

**3. À míngua de elementos concretos que evidenciem o fundado receio**

**de lesão no direito de locomoção, fica inviabilizada a expedição de**

**salvo-conduto preventivo. Precedentes.**

4. Recurso conhecido como writ originário. Ordem denegada.(grifo nosso).<sup>62</sup>

O entendimento jurisprudencial brasileiro se posiciona em sentido contrário ao entendimento jurisprudencial europeu.<sup>63</sup> Este (em sua grande maioria) entende que, como regra geral, que há o dever de colaborar em produção de prova para verificação de embriaguez<sup>64</sup>, enquanto o entendimento dominante doutrinário e jurisprudencial brasileiro ainda entende que não há por parte do acusado um “dever” de colaborar.

Diante da ausência de regulamentação específica sobre o dever de colaboração do acusado, tem predominado o entendimento de que sua recusa a submeter-se a algum tipo de prova não configura crime de desobediência (art. 330 CP).<sup>65</sup> O delito previsto no artigo 306 do CTB deverá ser apurado na seara penal, cabendo ao acusador fazer prova indireta da embriaguez, não podendo o exercício do direito ao silêncio causar prejuízo ao acusado. Na esfera administrativa, o CTB sanciona administrativamente (multa e suspensão

---

<sup>62</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 27373/SP. Relator: Ministro Og Fernandes. Sexta Turma. Brasília, 10/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 20 ago 2010.

<sup>63</sup> No direito francês (assim como no português), há dever de colaborar na produção de provas para verificação de embriaguez. No direito alemão, tem-se sustentado que a polícia não pode exigir do acusado a realização do teste etilométrico.

<sup>64</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 281.

<sup>65</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 264.

de dirigir por doze meses) o condutor que se negar a realizar o teste do bafômetro.<sup>66</sup> É possível ainda, como medida administrativa, a retenção do veículo e a apreensão da carteira de motorista.

O CTB, em seu artigo 305, prevê que o delito de fuga de responsabilidade:

“afastar-se o condutor do veículo do local do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída: pena de detenção de seis meses a um ano ou multa.”

Parte da doutrina e da jurisprudência tem sustentado a inconstitucionalidade do referido dispositivo, em razão de não ser razoável impor a determinado indivíduo que permaneça no local do crime para se auto-incriminar.<sup>67</sup> Nesse sentido, decidiu recentemente o pleno do TJ/MG:<sup>68</sup>

*INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESERVA DE PLENÁRIO - ART. 305, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO FUNDAMENTAL AO SILÊNCIO - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA.* (...)

*Tratado como fuga à responsabilidade, o citado delito, de fato, contraria o sistema jurídico, que admite a qualquer agente criminoso a possibilidade de fugir à responsabilidade. Nestes termos, **inaceitável é se impor a alguém que permaneça no local do crime para se auto-acusar, submetendo-se às conseqüências penais e civis decorrentes do ato que provocou, como pretende o artigo em***

*comento. Vislumbra-se que, além de afrontar, diretamente, a garantia individual da não auto incriminação, o dispositivo contraria as garantias da ampla defesa, do devido processo legal, bem como da liberdade, como ressalta a d. Procuradoria-Geral de Justiça à fl. 209. Ademais, consoante o último, fl. 214: "(...) a responsabilidade civil ou criminal do indivíduo que causa um acidente de trânsito não depende de sua não evasão do local. **O fim da norma incriminadora em pauta é perfeitamente alcançável através da aplicação da lei civil (que atribua ao agente responsabilidade pela reparação dos danos que tiver causado) e da lei penal (que descreva como crime a conduta praticada pelo agente envolvido no acidente de trânsito) sem que seja necessária a incriminação da fuga do local. O bem jurídico protegido é alcançável pela simples aplicação destas outras normas, que tornam o***

<sup>66</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1. p. 630.

<sup>67</sup> BOLLER, Luiz Fernando. **Delito de fuga é inconstitucional**. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-21/fuga-ofende-principio-permite-nao-produzir-provas-si-mesmo>>. Acesso em 13 out 10.

<sup>68</sup> No mesmo sentido decidiu o TJ/SP (Arguição de Inconstitucionalidade nº 990151590204. Relator: Reis Kuntz. DJ 22/09/2010)

**agente civil ou criminalmente responsável."** Por todo o exposto, **DECLARA-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 305, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO** (grifo nosso).<sup>69</sup>

O mesmo dispositivo ainda apresenta outra falha apontada pela doutrina, vale dizer, viola o princípio da igualdade no momento em que pretende "obrigar" o acusado do acidente a contribuir com sua auto-incriminação, enquanto outros transgressores de normais penais podem evadir-se do local do delito.<sup>70</sup> Nesse sentido, colaciono decisão do TJ/RS:

*[...] Poderia ser discutida, ainda, a constitucionalidade do crime de fuga, uma vez que a figura veio contemplada apenas no Código de Trânsito, violando o princípio da igualdade.*

*Afinal, qual a razão para que alguém, envolvido em um episódio de trânsito, tenha que ficar parado no local à disposição da vítima ou da autoridade policial, se, tendo praticado qualquer outro crime, não é obrigado a tal comportamento.*<sup>71</sup> (grifo nosso).

Sendo assim, percebe-se que a doutrina e jurisprudência, em que pese o referido dispositivo continue em vigor, têm se posicionado no sentido de que o mesmo é inconstitucional em vários pontos, principalmente no que tange à violação do direito à não auto-incriminação.

A questão do direito ao silêncio no âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito está intimamente relacionada com o chamamento de uma testemunha/acusado para prestar depoimento.

Em que pese a norma constitucional apenas faça referência ao preso quanto ao exercício do direito ao silêncio, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estende o direito ao silêncio às testemunhas, ou seja, *'não há limites espaciais nem procedimentais: estende-se a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possam advir subsídios à imputação ao*

<sup>69</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Incidente de Inconstitucionalidade nº 4560210112007813.0000. Relator: Sérgio Resende. Quinta Câmara Criminal. Belo Horizonte, 11/06/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 ago 2010.

<sup>70</sup> CANTERJI, Rafael Brauji; FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda. **A incompatibilidade inconstitucional da infração prevista no artigo 305, do Código de Trânsito Brasileiro.** 2010. Disponível em: <[http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00\\_incompatibilidade\\_const\\_infracao\\_art305\\_CTB.php](http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00_incompatibilidade_const_infracao_art305_CTB.php)>. Acesso em 12 out 2010.

<sup>71</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal n 70017110750. Relator: Ivan Leomar Bruxel. 3ª Câmara Criminal. Porto Alegre, 08/08/2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 12 out 2010.

*declarante da prática de crime*' (HC 79.244-8, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, desp. proferido em 26-04-1999).

Sendo assim, no caso de uma testemunha sofrer coação à liberdade de locomoção em razão de exercer o direito ao silêncio, o remédio cabível é requerer a expedição de um salvo-conduto.

Dessa forma, pode-se concluir que o direito ao silêncio é plenamente oponível ao Estado, de modo a limitar a persecução exercida pelo Poder Público, inclusive pelas CPI's.

## 5.2 EFEITOS DA VIOLAÇÃO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

A lei processual brasileira não traz nenhuma restrição à utilização da prova obtida com violação à não auto-incriminação, sendo que o óbice advém de interpretações implícitas de princípios constitucionais e regras internacionais.<sup>72</sup>

As consequências da violação do *nemo tenetur se detegere* reportam-se ao tema da ilicitude da prova. A CF, no artigo 5º, inciso LVI, veda expressamente a admissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos. Todavia, a fim de mitigar tal vedação, há a possibilidade de admissibilidade de provas ilícitas com base no princípio da proporcionalidade.<sup>73</sup>

A teoria da proporcionalidade é aplicada, em caráter excepcional e em casos graves, à admissão da prova ilícita. A intenção dessa teoria é evitar os resultar injustos e repugnantes. Nesse sentido, uma prova obtida ilicitamente somente poderá ser utilizada para justificar uma sentença absolutória, pois a condenação de um inocente seria a violência mais abominável.<sup>74</sup>

A partir do princípio da proporcionalidade, a prova ilícita poderá ser reconhecida e valorada desde que *pro reo*, isto é, desde que favoreça a defesa a prova tida por ilícita poderá continuar entranhada nos autos para que posteriormente seja valorada pelo julgador.

---

<sup>72</sup> AMBOS, Kai; POLASTRI LIMA; Marcellus. **O Processo Acusatório e a Vedação probatória**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 182.

<sup>73</sup> Para maior compreensão sobre o tema, ler FERNANDES. Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>74</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1. pp. 586-588.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese o *nemo tenetur se detegere* esteja enquadrado como direito fundamental, percebemos uma grande tendência nos ordenamentos a mitigar tais garantias em razão do crescimento da criminalidade e do interesse estatal na persecução penal. O que deve ser feito é um balanço entre o interesse privado e o estatal a fim de não aniquilar a persecução penal, tampouco as garantias dos indivíduos (no caso concreto, o *nemo tenetur se detegere*).

A doutrina estrangeira e brasileira tem dado tratamentos distintos sobre o tema. Nos Estados Unidos da América, através desta pesquisa foi possível chegar a três conclusões básicas: a) a Suprema Corte entende que o *privilege* se estende apenas ao direito de calar, não se aplicando aos procedimentos de investigação que não violem a dignidade humana (pouco afetando a integridade física); b) o acusado tem o dever de suportar o teste de alcoolemia tendo em vista que não se pode considerar contrário ao direito de não declarar contra si mesmo, pois acusado não está obrigado a emitir uma *declaração* admitindo a sua culpabilidade; c) o Tribunal Constitucional e a Suprema Corte mantêm o *'test de la explicación'*, isto é, em determinados casos é possível de extrair algum tipo de interpretação do silêncio do acusado. Do sistema Europeu, por sua vez, podemos extrair duas conclusões: a) a jurisprudência, em alguns casos, tem admitido a valoração do silêncio do acusado quando conjugado com outras provas, ou ainda quando demandam alguma explicação do acusado; b) a jurisprudência entende que a coleta de provas forçada (por exemplo de DNA, bafômetro, etc.) são, em princípio, legítimas, desde que respeitosos da dignidade humana.

Como foi dado tratamento especial ao sistema brasileiro, mister é fazer uma análise mais completa das conclusões em tal ordenamento. Em sua grande maioria, a doutrina brasileira atualmente entende que, em vista do *nemo tenetur se detegere*, o acusado não pode ser compelido a colaborar em nenhum tipo de obtenção probatória, salvo em raras hipóteses (em caso de crimes graves punidos com reclusão e quando houver elementos suficientes para o indiciamento). Além disso, sua recusa não configura crime de desobediência.



No que tange ao direito ao silêncio – uma das principais manifestações do *nemo tenetur se detegere* – o mesmo passou a assumir a natureza de direito constitucional. Para a corrente majoritária, o silêncio do acusado não poderá ser utilizado em seu desfavor. No interrogatório (de mérito) do acusado, tal direito possui extrema relevância, tendo em vista que o acusado obrigatoriamente deverá ser advertido de tal direito, sob pena de nulidade do ato. O silêncio do acusado, ainda, não poderá ser considerado como indício de culpabilidade, não poderá servir como suporte de aumento de pena, tampouco constituir fundamento para decretação da prisão cautelar. Ademais, tal direito não se estende somente ao acusado, podendo também invocá-lo as testemunhas quando do depoimento.

Porém, não se pode extrair no *nemo tenetur se detegere* como um direito ilimitado, mormente nos casos em que o Estado não tem como suprir de outra forma a produção probatória. Quando diante de tais hipóteses, devemos buscar apoio no princípio da proporcionalidade (*pro reo*) no caso concreto. Sendo assim, mesmo quando se trata de direito fundamental (sem limites na CF), os limites do *nemo tenetur se detegere* são implícitos e decorrem da coexistência com outros valores protegidos também pelo ordenamento em sede constitucional (segurança pública, paz social, etc.).

Contudo, sempre teremos vedações absolutas no que tange a essa matéria, como as provas degradantes e vexatórias (violadoras da integridade física, moral e da dignidade humana).

Sendo assim, podemos dizer que *colaboração ou participação ativa* (comunicação verbal, coleta forçada de material para exame grafotécnico), está protegida pelo direito a não se auto-incriminar, enquanto a *colaboração passiva* (deixar fazer) não está abrangida pelo direito ao silêncio (reconhecimento de pessoa, coleta de sangue, perícias ou inspeções superficiais, os testes de alcoolemia, etc.), em relação às quais se exige que haja tolerância do acusado, e desde que não envolvam ataque à integridade física ou psíquica e respeitem a dignidade humana. Todavia, a jurisprudência dos Tribunais superiores ainda tem prolatado decisões no sentido de que o réu não está obrigado a colaborar com nenhum tipo de prova (abrangendo a *colaboração passiva*, por exemplo o bafômetro).

Por fim, no que tange à violação do *nemo tenetur se detegere*, as suas consequências estão intimamente relacionadas com as provas ilícitas. O ordenamento constitucional brasileiro veda expressamente a admissibilidade das provas obtidas ilicitamente. Porém, em determinados casos, passou-se a admitir, à luz do princípio da proporcionalidade (pro reo), a valoração de tais provas em caráter excepcional. No que pertine especificamente ao interrogatório do acusado, são inadmissíveis as provas obtidas com violação do direito ao silêncio, seja quando da falta de sua advertência ou até mesmo quando utilizados métodos coercitivos para obtenção de confissão. As provas tidas por ilícitas deverão ser desentranhadas dos autos e não poderão ser valoradas pelo julgador. Caso ocorra essa última hipótese em algum ato decisório, será decretada a sua nulidade.

## REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai; POLASTRI LIMA; Marcellus. **O Processo Acusatório e a Vedação probatória**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BEDÊ JR., Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOLLER, Luiz Fernando. **Delito de fuga é inconstitucional**. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-21/fuga-ofende-principio-permite-nao-produzir-provas-si-mesmo>>. Acesso em 13 out 10.

BOLLER, Luiz Fernando. **Ninguém tem o dever de auto-incriminar-se**. 2009. Disponível em: <[http://www.espacovital.com.br/noticia\\_ler.php?id=15447](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=15447)>. Acesso em 13 out 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em 15 out 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em 01 out 10.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.414/BA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Brasília, 11/03/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 31 jul 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 10.309/MS. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Brasília, 04/06/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 31 jul 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 86686/MS. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Brasília, 25/10/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 31 jul 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 27373/SP. Relator: Ministro Og Fernandes. Sexta Turma. Brasília, 10/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 20 ago 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91414. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJ 25 abri 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 14 out 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89503. Relator: Min. Cezar Peluso. Segunda Turma. DJ em 08 jun 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 14 out 2010.

CANTERJI, Rafael Brauji; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A incompatibilidade inconstitucional da infração prevista no artigo 305, do Código de Trânsito Brasileiro**. 2010. Disponível em: <[http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00\\_incompatibilidade\\_const\\_infracao\\_ar305\\_CTB.php](http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00_incompatibilidade_const_infracao_ar305_CTB.php)>. Acesso em 12 out 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONRADI, Faustino Gutierrez-Alviz; LÓPEZ, Enrique López. **Derechos Procesales Fundamentales**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.

**Convênio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.** Disponível em [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf). Acesso em 30 set 2010.

COOKE, Michael. **Case Brief of Miranda**, 2002. Resenha elaborada através de texto disponível em: [http://www.essortment.com/all/mirandavsarizo\\_roui.htm](http://www.essortment.com/all/mirandavsarizo_roui.htm) Acesso em 03 set 2010.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia consitucional do direito ao silêncio.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERNANDES. Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**, 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1993.

LIMA, Marcellus Polastri. **Crimes de Trânsito: aspectos penais e processuais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES, JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 5ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. **Tratado de Derecho Procesal Penal.** Navarra: Aranzadi, 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Incidente de Inconstitucionalidade nº4560210112007813.0000. Relator: Sérgio Resende. Quinta Câmara Criminal. Belo Horizonte, 11/06/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 27 ago 2010.

MORAES. Alexandre de. **A evolução Constitucional da Interpretação do Direito ao Silêncio** - Comentários ao HC nº 91.414/BA. Revista de Direito Administrativo, v. 248, p. 175-200, 2008.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. Acórdão nº 155/2007. Processo nº 695/06. Relator: Conselheiro Gil Galvão. 3ª Seção. DJ 02/03/2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>>. Acesso em 02 out 10.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal n 70017110750. Relator: Ivan Leomar Bruxel. 3ª Câmara Criminal. Porto Alegre, 08/08/2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 12 out 2010.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado**. Rio de Janeiro: Alba, 1942.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar e Direitos Fundamentais**, de próxima publicação.

SANGUINÉ, Odone. **Prisión Provisional Y Derechos Fundamentales**. Valencia: Tirant, 2003.

TONINI. Paolo. **La prova penale**. 3ª Edição. Milão: Cedan, 1999.

TOVIL, Joel. **A proteção contra a Auto-Acusação Compulsória Aplicada à Persecução Penal**. 2008. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v. 22, pp. 87-114.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.