

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
ENTRE A PERSECUÇÃO PENAL DO ESTADO E OS DIREITOS DO INDIVÍDUO
SOB A ÉGIDE DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

AMANDA ARUEIRA FERNANDES

**Rio de Janeiro
2021 / 1º SEMESTRE**

AMANDA ARUEIRA FERNANDES

**O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
ENTRE A PERSECUÇÃO PENAL DO ESTADO E OS DIREITOS DO INDIVÍDUO
SOB A ÉGIDE DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

Rio de Janeiro
2021 / 1º SEMESTRE

AMANDA ARUEIRA FERNANDES

**O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
ENTRE A PERSECUÇÃO PENAL DO ESTADO E OS DIREITOS DO INDIVÍDUO
SOB A ÉGIDE DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

Data da Aprovação: 06 / 10 / 2021.

Banca Examinadora:

Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro

Kerston Marques Silva Benevides

Francisco Alves da Cunha Horta Filho

Rio de Janeiro
2021 / 1º SEMESTRE

CIP – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

CDD.: XXXXX

AGRADECIMENTOS

Entrar na UFRJ nunca foi o meu sonho. Pelo menos não conscientemente. Cursar Direito muito menos. Ingressar na Faculdade Nacional de Direito não me parecia palpável - talvez, por isso, eu nem sequer me permitisse sonhar. Até que, já matriculada numa faculdade particular para cursar Publicidade e Propaganda, minha grande amiga-irmã de vida, Gabriela, me diz que com os meus resultados no ENEM, eu passaria facilmente para a Nacional. Daí em diante, tudo mudou.

Me senti em casa naquele prédio lindo e imponente – aos meus olhos apaixonados -, cujas pilastras pichadas carregam histórias centenárias de luta e resistência. Presenciei algumas viradas políticas importantes naquele endereço. Infelizmente, todas elas muito prejudiciais ao nosso povo. Primeiro, o golpe à presidenta Dilma Rousseff. Depois, o assassinato de Marielle Franco e, por fim, a vitória democrática do fascismo (tão irônico quanto parece). Esse meu jeito otimista de encarar a vida só me permite pensar: “que bom que eu estava lá quando tudo isso aconteceu.” A vontade da juventude progressista da UFRJ de correr atrás da mudança, quando tudo parecia perdido, foi o que me manteve esperançosa. Agradeço, pois, aos colegas de luta e à parte do corpo docente que, em tempos sombrios, me fizeram acreditar num novo dia.

Agradeço aos meus professores e professoras, por todo o conhecimento transmitido dentro e fora das salas de aula. Me sinto honrada de ter esbarrado com tantos mestres grandiosos durante a minha jornada na Faculdade Nacional de Direito. Ao meu orientador Antonio Eduardo Ramires Santoro, obrigada pela compreensão, ajuda, paciência e confiança no meu trabalho.

O principal dos agradecimentos é à minha família. A base de tudo. Ter uma base tão sólida foi o que me deu coragem para ser quem sou, em todas as minhas nuances, dores e delícias. Obrigada por me aceitarem, por me apoiarem, por me ensinarem tudo o que sei sobre amor, gentileza e respeito. Devo tudo a vocês. Patrícia, Leandro, Roberto, Bubuca, Sandra, Iara, Lia, Lívia, Rodrigo, Carla, Tiago, nenhum obrigada será capaz de expressar a minha gratidão.

Aos meus melhores amigos do colégio Rachel, Gabriela, João, Rafaela, Gabriel, Marie, Fabiana e Ricardo, e às minhas meninas Liara, Joana, Juliene, Jufritas e Momo, que me acompanharam não só nessa jornada, mas em todas as outras batalhas travadas e vitórias alcançadas ao longo de toda a minha vida, obrigada. Eu nada seria se não fossem vocês.

Às amigadas que fiz graças à Nacional, mas que já são parte de mim, obrigada por todas as memórias felizes que construímos. Marina, Gabriela (de novo), Camila, Carol, Leticia, Cacao, é difícil imaginar como eu chegaria até aqui não fosse toda a leveza que vocês trouxeram para essa formação acadêmica. Agradeço imensamente por tudo que vivemos nos Jogos Jurídicos, Órfãos, Choppadas, BIN's – agora, sinto que devo uma menção honrosa à Marina, por ter sido minha maior mentora e parceira, por ter me ensinado muito sobre a FND, sobretudo a beber e servir cerveja no BIN.

No decorrer da minha trajetória profissional, tive o prazer de trabalhar com advogados brilhantes, que contribuíram de forma significativa para o meu crescimento pessoal e que continuam sendo fonte de inspiração. Isadora Mendes, Luna Jurberg, Marcio Barandier e Natasha Hohlenwerger, obrigada pelas oportunidades e por todos os ensinamentos.

À Nacional, que nunca foi meu sonho, até eu me tornar aluna. Esses quase 6 anos de sonho me fizeram sonhar ainda mais alto. Impossível expressar a honra de me formar pela grandiosa, gloriosa Faculdade Nacional de Direito. A universidade pública, gratuita e de qualidade existe e resiste. Seguimos.

RESUMO

O princípio do *nemo tenetur se detegere* apresenta-se como essencial em um sistema processual penal acusatório que deve pautar-se pelo respeito às garantias e princípios constitucionais inerentes à um Estado Democrático Brasileiro. A importância do direito à não autoincriminação é tamanha que, juntamente com o princípio da presunção de inocência, formam a base do sistema processual penal democrático brasileiro. Em que pese sua importância, muitas vezes o Estado no afã de exercer a persecução penal acaba mitigando ou desrespeitando esse princípio, que se consubstancia em um direito. O objetivo da presente pesquisa é justamente a análise da não autoincriminação no sistema processual penal brasileiro, de modo a observar os princípios constitucionais que se relacionam com o *nemo tenetur se detegere*, construindo-se com isso uma base principiológica ainda mais sólida, analisando-se o sistema de provas dentro do processo penal com vistas às garantias a ele inerentes. No tocante à metodologia, esta pesquisa debruçará sobre um levantamento bibliográfico que analisará, de forma descritiva, o instituto do direito à não autoincriminação aliando as garantias e preceitos fundamentais ao sistema de processo penal. Este trabalho visa, assim, o fortalecimento do direito à não autoincriminação, bem como a análise dos contornos práticos que se depreende deste direito sob a égide de um processo penal democrático e justo.

Palavras Chaves: Processo Penal; *Nemo tenetur se detegere*; Direito à não autoincriminação; Direito ao silêncio; Direito de mentir.

ABSTRACT

The principle of *nemo tenetur se detegere* presents itself as essential in an accusatory criminal procedural system that must be guided by respect for the constitutional guarantees and principles inherent to a Brazilian Democratic State. The importance of the right to non-self-incrimination is such that, together with the principle of the presumption of innocence, they form the basis of the Brazilian democratic criminal procedural system. Despite its importance, often the State, in its eagerness to exercise criminal prosecution, ends up mitigating or disrespecting this principle, which is embodied in a right. The objective of this research is precisely an analysis of non-self-incrimination in the Brazilian criminal procedural system, as a way of observe the constitutional principles that relate to *nemo tenetur se detegere* is detected, thus building an even more solid principled basis, analyzing the system of evidence within the criminal process with a view to the guarantees inherent to it. Regarding the methodology, this research will focus on a bibliographical survey that will analyze, in a descriptive way, the institute of the right to non-self-incrimination, allying as fundamental guarantees and precepts to the criminal procedure system. Thus, this work aims to strengthen the right to non-self-incrimination, as well as to analyze the practical contours of this right under the aegis of a democratic and fair criminal process.

Key words: Criminal proceedings; *Nemo tenetur se detegere*; Right to non-self-incrimination; Right to silence; Right to lie

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 - O SIGNIFICADO DO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>: A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS.....	12
1.1 O significado do princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> e sua concepção como direito fundamental.....	12
1.2 O direito a não autoincriminação e os princípios constitucionais.....	14
1.2.1 A presunção de inocência e o direito à não autoincriminação.....	14
1.2.2 O devido processo legal e o direito à não autoincriminação.....	16
1.2.3 A ampla defesa e o direito à não autoincriminação.....	16
1.2.4 O contraditório e o direito à não autoincriminação.....	18
1.2.5 A dignidade da pessoa humana e o direito à não autoincriminação.....	19
CAPITULO 2 – O DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	21
2.1 A Constituição Federal de 1988 e o Sistema Acusatório.....	23
2.2 O livre convencimento do juiz e seus limites.....	25
2.3 O direito à prova no curso do processo penal.....	28
2.4 A colaboração do acusado na produção de prova.....	33
CAPÍTULO 3: O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	37
3.1 A base jurídica do direito à não autoincriminação.....	38
3.2 O direito ao silêncio.....	41
3.2.1 O direito de mentir.....	45
3.3 Os efeitos do direito à não autoincriminação no processo penal brasileiro e sua aplicabilidade.....	47
3.4 Os contornos práticos do direito à não autoincriminação: análise acerca do teste do etilômetro.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar, conceituar e limitar o chamado princípio constitucional da não autoincriminação bem como verificar os reflexos constantes no processo penal com relação ao indivíduo e à atividade de persecução do Estado. A escolha do presente trabalho justifica-se pela importância da discussão em âmbito acadêmico e, para além da universidade, o impacto social advindo dessa temática mostra-se relevante num contexto brasileiro de esvaziamento das garantias e direitos fundamentais no bojo de um Estado Democrático de Direito.

O direito à não autoincriminação, decorrente do chamado princípio *nemo tenetur se detegere* além de ser uma importante garantia fundamental dentro do processo penal, apresenta-se como um instrumento essencial na conjuntura da produção probatória, o que corrobora justamente para a existência de um sistema punitivo que se alinhe aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Em que pese a ampla discussão doutrinária e jurisprudencial do instituto, ainda não é possível dizer que os contornos e entendimentos estejam bem delimitados. O direito à não autoincriminação está prescrito na Constituição Federal vigente, bem como em diversas legislações infraconstitucionais, além de previsões em tratados internacionais tais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como se verificará.

O trabalho será desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, através do método hipotético-dedutivo, com análise da legislação constitucional e infraconstitucional brasileira, além de entendimento doutrinário e, eventualmente, jurisprudencial.

São perguntas que norteiam essa pesquisa: O princípio do *nemo tenetur se detegere* está integrado ao sistema processual penal brasileiro? Quais são os princípios constitucionais que se relacionam com o princípio supracitado? O ordenamento jurídico brasileiro considera, de fato, o direito à não autoincriminação? Quais os contornos práticos da não autoincriminação? Para que tais perguntas sejam respondidas, parte-se da hipótese de que o princípio do *nemo tenetur se detegere* componha o sistema processual penal brasileiro, com vistas ao direito de

não autoincriminação, em que pese ampla divergência doutrinária, soando plausível a existência de outros princípios constitucionais que se relaciona àquele.

Assim, analisar-se-á o direito constitucional à não autoincriminação em consonância com os efeitos verificáveis no curso do processo penal, inicialmente no tocante às limitações desse direito para o acusado, as garantias de sua defesa, momento em que se verificará que a escusa do acusado no curso do processo penal e na conseqüente produção de prova, que não deverá incorrer em condição do desfavorável nem importar em prejuízo para sua defesa, destacando-se o princípio constitucional de presunção de inocência.

No primeiro capítulo será abordado o significado do *nemo tenetur se detegere*, com vistas ao direito à não autoincriminação, de modo a correlaciona-los aos princípios constitucionais atinentes ao entendimento do respectivo direito em sua amplitude.

No segundo capítulo será analisado o direito a prova dentro do sistema processual penal pátrio, momento em que o sistema acusatório e as garantias constitucionais serão abordados. Para tanto, os direitos fundamentais e as características desde sistema serão abordados. Assim, ao se analisar o direito à prova no processo penal, será verificado as questões atinentes ao convencimento, licitude e ilicitude e ônus probatório. Por fim, a guisa de exemplificação e compreensão do instituto, serão estudados alguns meios probatórios tais como acareação, reconhecimento pessoal, reconstituição dos fatos.

O terceiro capítulo, por sua vez, cuidará da análise da base jurídica do princípio da não autoincriminação, perpassando por sua evolução. Seguindo, será verificada a aplicabilidade e os efeitos resultantes da incidência do princípio no processo penal brasileiro, perpassando pela análise do direito ao silêncio, que parece ser a forma de maior expressão do direito de não autoincriminação, chegando ao chamado direito de mentir. Nesse momento, serão analisados dispositivos legais pertinentes bem como se verificará, em certa medida, como o ordenamento jurídico lida com tal questão. Por fim, será estudado uma situação concreta em que é possível verificar os contornos da não autoincriminação e algumas saídas para a produção de prova sem a necessidade de o indivíduo ir de encontro a si mesmo.

CAPÍTULO 1 – O SIGNIFICADO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*: A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS.

1.1 O significado do princípio *nemo tenetur se detegere* e sua concepção como direito fundamental

A expressão latina *nemo tenetur se detegere* significa, em termos literais, que ninguém é obrigado a se descobrir, como bem explica Queijo (2012). Assim, se uma pessoa for acusada pela prática de um ilícito penal, não recai sobre ela o dever de se autoincriminar, de produzir provas em seu desfavor, tendo como manifestação tradicional o direito ao silêncio.

O significado, portanto, diz respeito ao fato de que qualquer pessoa que venha ser acusada da prática de algum ilícito penal possui o direito de quedar-se silente e de não colaborar com a produção de prova em seu desfavor.

A análise da aplicação do supracitado direito não faz alusão somente ao direito de silêncio, manifestando-se em diversas outras formas. Tem por função principal a proteção de um indivíduo de possíveis excessos a serem cometidos pelo Estado durante a persecução criminal, em especial quando existe um conflito entre os interesses da sociedade e os interesses individuais.

A concepção da não produção de provas contra si mesmo manifesta-se no bojo do modelo acusatório, modelo este que o acusado é visto como um sujeito do processo, diferindo-se do modelo acusatorial em que o indivíduo era considerado um objeto de prova.

Cumprе mencionar que, nas palavras de Dias (2009) embora não tenha exatamente o mesmo conteúdo, o direito ao silêncio e à não autoincriminação estão incindivelmente ligados. Nesse sentido, vejamos as palavras de OLIVEIRA (2008)

[...] o princípio do direito ao silêncio, tradução de uma das manifestações da não autoincriminação e do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se descobrir), foi uma das grandes conquistas da processualização da jurisdição penal,

consolidada no século XVIII, com a queda do Absolutismo. (OLIVEIRA, 2008, p.332)

O direito ao silêncio pode ser observado como uma decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere*, ainda que soe inapropriado sua utilização como se sinônimos fossem. Nesse sentido, Queijo (2012) explana que:

O princípio *nemo tenetur se detegere* tem sido considerado direito fundamental do cidadão e, mais especificamente, do acusado. Nesse sentido, Vassali, Grevi e Zuccala já se manifestaram. Cuida-se do direito à não auto-incriminação, que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, que não se resume ao direito ao silêncio. Parece acertado referido entendimento, de acordo com as notas características dos direitos fundamentais. Nelas se dá ênfase à proteção do indivíduo contra excessos e abusos por parte do Estado. Em suma: é resguardada, nos direitos fundamentais, a dignidade humana, sendo que ganha relevo a esfera atinente às ingerências do Estado. Nessa ótica, 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 no interrogatório, sugestões e dissimulações. Como direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* insere-se entre os direitos de primeira geração, ou seja, entre os direitos da liberdade. O titular de tais direitos é o indivíduo diante do Estado. (QUEIJO, 2012, p.54-55)

A observância da não autoincriminação deve ser oponível aos agentes do Estado bem como a qualquer autoridade, não sendo legitimado, em razão de sua natureza de ordem constitucional, que se adotem medidas aptas a afetar ou restringir a esfera jurídica do indivíduo contra quem se instalou a persecução criminal uma vez que o princípio da não produção de provas contra si apresenta-se como uma garantia e também como um direito fundamental do acusado.

O direito da não autoincriminação manifesta-se em diversas dimensões, a exemplo do direito ao contraditório e ao direito à ampla defesa, bem como o direito de permanência em silêncio e, sobretudo, no princípio da presunção de inocência. Vale salientar, nesse sentido, que uma vez permanecendo em silêncio o acusado, esta conduta não poderá ser vista como uma confissão, não devendo acarretar a este, nenhum tipo de prejuízo.

A delimitação do direito à não autoincriminação pode ser observada no art. 5º, inciso LXIII¹, da Constituição Federal brasileira, no concernente às garantias fundamentais, estando

¹ Art. 5º LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

também presente no Pacto de São José da Costa Rica, este incorporado ao direito pátrio pelo Decreto-Lei nº 678-92. Em vias de legislação infraconstitucional, observa-se a previsão constante no artigo 186 do Código de Processo Penal. Nessa senda, observam-se os ensinamentos de Queijo (2012):

No Código de Processo Penal, o direito ao silêncio é protegido e o argüido não presta juramento [...] O direito ao silêncio incide sobre as perguntas quanto aos fatos atribuídos ao argüido e não sobre os dados atinentes à sua identificação. Com relação a estes, o argüido deverá fornecê-los, tendo o dever de dizer a verdade, sob pena de responder pelo crime de falsidade de declaração tipificado no art. 359 do Código Penal. Se se recusar a fornecer os dados de identificação, incorrerá no crime de desobediência. (QUEIJO, 2012, p. 148-149)

Passada a conceituação e contextualização inicial acerca do *nemo tenetur se detegere* passemos à sua análise em relação a outros princípios constitucionais.

1.2 O direito a não autoincriminação e os princípios constitucionais

O princípio da não autoincriminação guarda íntima relação com diversos princípios constitucionalmente assegurados. Fernandes (2003) considera a possibilidade de se vislumbrar a evolução da doutrina brasileira ao encontro do direito à não autoincriminação a partir de sua comunhão com preceitos constitucionais tais como a ampla defesa e a presunção de inocência.

Contudo, alguns autores compreendem que tal direito deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, como é o caso de Souza (2008). Vejamos a seguir a correlação do *nemo tenetur se detegere* com os principais princípios constitucionais relacionados.

1.2.1 A presunção de inocência e o direito à não autoincriminação

O art. 5º, inciso LVII, da CRFB dispõe sobre a presunção de inocência afirmando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Esse princípio visa garantir que caiba à acusação o ônus da prova. Nucci (2007) explana que todas as pessoas são inocentes ao nascer, sendo este o seu estado natural, assim, para que tal regra seja quebrada, é indispensável que o Estado-acusação evidencie, com suficiência de prova, ao Estado-juiz a culpa do réu.

Em sentido similar, Ferrajoli (2002) expõe uma vez que é presumida a inocência do indivíduo pela lei, não cabe a tal indivíduo a prova de sua inocência, ora já presumida, cabendo à acusação provar sua culpa.

Para Mirabete (2003) não existe uma presunção de inocência por parte da CRFB/88 e sim uma declaração. Vejamos:

[...] Por isso, nossa Constituição Federal não “presume” a inocência, mas declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art.5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado. Pode-se até dizer, como faz Carlos J. Rubianes, que existe até uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade quando se instaura a ação penal, que é um ataque à inocência do acusado e se não a destrói, a põe em incerteza até a prolação da sentença definitiva. (MIRABETE, 2003. p.41-42).

O princípio da presunção de inocência conforme ensina Oliveira (2004) impõe ao poder público que se observe a existência de duas regras específicas ao lidar com o acusado, sendo que uma é de tratamento e outra é de caráter probatório. De acordo com a primeira regra, o réu não pode sofrer restrições pessoais durante o processo com o esteio, unicamente, de uma possível condenação. A segunda regra, por sua vez, refere-se ao ônus da prova, estabelecendo que a prova da existência do fato, bem como de sua autoria, são incumbências exclusivas da acusação.

Assim, constata-se que o direito à não autoincriminação, de forma geral, estabelece que o indivíduo não tem a obrigação de colaborar ativamente com a acusação, ou seja, pode tal investigado ou réu quedar-se inerte, não somente em termos de silêncio, mas também no tocante à produção de outras espécies de provas já que cabe à acusação a comprovação de sua culpabilidade.

Como falado anteriormente, em que pese o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação guardarem estreitas relações, tais institutos não se confundem. Isso porque o princípio da presunção de inocência tem por função a distribuição do ônus da prova. Cumpre informar que o direito sob estudo além de assegurar o direito de permanecer inerte ele também determina quais são as circunstâncias em que o réu poderá ser obrigado a participar, mesmo que passivamente, da produção de prova.

1.2.2 O e o direito à não autoincriminação

A Carta Magna apresenta o princípio do devido processo legal no bojo do art. 5º inciso LIV, ao considerar que ninguém será privado de sua liberdade, nem de seus bens, sem o devido processo legal.

Esse princípio assegura ao indivíduo uma dupla proteção, de modo a assegurar-lhe em âmbito material e âmbito formal. Fernandes (2003) assevera que tal princípio não é circunscrito tão somente em âmbito processual, possuindo também feição substancial, o que exige um processo previamente definido, bem como a necessidade de que as leis referentes ao caso concreto sejam prévias à sua aplicação ao caso concreto, além de ser necessário que tais dispositivos legais sejam justos e razoáveis.

Ainda que seja importante seu aspecto substancial é justamente no âmbito processual que o princípio do devido processo legal assume amplitude inigualável, de forma a apresentar-se como um postulado apto a traduzir uma série de garantias devidamente especificadas, a exemplo do direito ao juiz natural, o direito a não ser processado e julgado tendo por base provas ilícitas e o direito de não ser preso a não ser por autoridade competente, conforme Mendes (2010) bem explicou.

Nessa esteira, é facilmente verificado a sua relação com o direito à não autoincriminação. Haddad (2003) considera que mesmo se não houvesse uma previsão constitucional do direito ao silêncio e, em situação de ausência de regulamentação em sentido oposto, a não autoincriminação poderia ser extraída da compreensão do dispositivo assecuratório do devido processo penal.

Assim, haverá desrespeito ao devido processo penal no momento em que as medidas levadas a efeito carecerem de previsão legal ou, quando previstas, não mostrarem-se como necessárias e indispensáveis para a situação concreta.

1.2.3 A ampla defesa e o direito à não autoincriminação

Um dos principais direitos expressos na Constituição Federal é o que se extrai do art. 5º, inciso LV. Tal artigo assegura o direito ao contraditório e a ampla defesa com os respectivos

meios e recursos a ela inerente para todos os litigantes em processo judicial, administrativo ou aos acusados em geral. Noutras palavras, esse dispositivo dá ao indivíduo a liberdade de defender seus interesses propondo provas e alegando fatos.

Nucci (2007) atenta ao fato de que o réu é considerado como parte hipossuficiente no processo, uma vez que o Estado sempre atua por intermédio de órgãos constituídos e com preparo para tanto, possuindo uma ampla fonte de informação e de dados, razão pela qual, nas palavras do autor, o réu merece um tratamento diferenciado e justo, a julgar pela ampla força estatal.

A ampla defesa é responsável pela consagração de direitos tais como o direito de informação que acaba por obrigar o órgão julgador a prestar informações dos atos praticados à parte contrária, o direito de manifestação, apto a assegurar ao réu a possibilidade de manifestação sobre os elementos do processo, além do direito de ter seus argumentos em razões contempladas pelo julgador.

Noutro giro, Greco Filho (1989) considera que o princípio da ampla defesa abrangerá o conhecimento claro daquilo que lhe é imputado, a faculdade de propor alegações contra o órgão acusatório, bem como, se possível, acompanhar a prova produzida e realizar contraprova, além de ser representado por um advogado e de recorrer em caso de decisão desfavorável.

Assim, diante do exposto, é perceptível a possibilidade do réu exercer seu direito de ampla defesa da maneira que melhor lhe convir, sendo, inclusive, permitido silêncio. Nesse mesmo sentido é claro a possibilidade de exercer seu direito de defesa a partir da recusa à colaboração com as autoridades para produção de provas, o mesmo que é facultado pelo direito-princípio da não autoincriminação.

Vale lembrar que a falta de ação pelo réu, quando isso lhe incorrer prejuízos, possibilita que o judiciário interfira no processo de modo a determinar providencias necessárias para que os direitos da defesa sejam resguardados.

1.2.4 O contraditório e o direito à não autoincriminação

O art. 5º inciso LV da Constituição, também assegura o direito ao contraditório. Este direito abrange todo e qualquer tipo de processo, procedimento, quer seja judicial, extrajudicial ou administrativo. O contraditório confere à parte o direito de participar efetivamente no processo. Observa-se a seguir os ensinamentos de Tourinho Filho (2010):

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Traduz a idéia de que a Defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária. Já se disse: a todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte ex adversa. Assim, se o Acusador requer a juntada de um documento, a parte contrária tem o direito de se manifestar a respeito. E vice-versa. Se o Defensor tem o direito de produzir provas, a Acusação também o tem. O texto constitucional supracitado quis apenas deixar claro que a Defesa não pode sofrer restrições que não sejam extensivas à Acusação. (TOURINHO FILHO, 2010, p.45)

Para um efetivo processo, faz-se necessário a possibilidade de ambas as partes poderem produzir e apresentar aos autos as provas necessárias. Avolio (2002) alerta para o fato de que se o objetivo de um processo é conceder às partes uma oportunidade de interferir no julgamento, soa evidente a essencialidade do exercício desse direito, que está subordinado à efetiva possibilidade de servir-se de todos os instrumentos apropriados e provas, para que se verifique determinado evento. Vejamos o que diz Albuquerque (2008) sobre:

(...) se ao invés de assegurar os direitos fundamentais do acusado, preexistentes a prática do delito, o objetivo da garantia de não autoincriminação fosse permitir que simplesmente ele se recusasse a qualquer contribuição na produção de provas que lhe possam ser desfavoráveis, buscando-se esquivar-se da ação da justiça e dificultar o *persecutio*, estar-se-ia aceitando uma verdadeira autossabotagem do Estado, em prejuízo da sociedade que o constitui. Seria uma irônica e incompreensível contradição que o Estado, no exercício de seu mister de combate ao crime, criasse e aparelhasse órgãos de persecução, para depois reconhecer entraves intransponíveis ao seu trabalho, sem que houvesse por trás de tais empecilhos, uma justificativa plausível, materializada num verdadeiro direito fundamental a ser defendido.

Logo, é possível verificar que a observância do contraditório deve estar em consonância com o respeito aos direitos fundamentais, de modo que seria contrário a esse princípio a produção de determinadas provas.

1.2.5 A dignidade da pessoa humana e o direito à não autoincriminação

A dignidade da pessoa humana constitui um dos principais valores de um Estado Democrático de Direito. Souza (2008) afirma que a obrigação de contribuir com o fornecimento de informações aptas a facilitar a produção de prova do Estado contra um investigado contraria fortemente a observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é definida por Sarlet (2010) como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2010, p.60)

Além de constituir-se como o princípio fundamental na CRFB/88, a dignidade da pessoa humana consubstancia-se como um dos valores fundantes da República. Isso faz com que tal princípio incida sobre todo o sistema legal.

Desse modo, tal princípio deve ser entendido como um parâmetro de controle da legitimidade substancial do poder do Estado, bem como um critério de aferição das normas infraconstitucionais. Por ser um princípio unificador, a dignidade da pessoa humana confere unidade axiológica. Nos ensinamentos de Martins (1986):

[...] constituem o contexto axiológico fundamentador ou básico de interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição; o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade. Os valores traduzem-se, assim, em ideias diretivas gerais que fundamentam, orientam e limitam criticamente a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico, sem, contudo, especificar os supostos em que devem ser aplicados nem as consequências jurídicas que lhe devem seguir. (MARTINS, 1986, p.58-59):

A relação entre o *nemo tenetur se detegere* e a dignidade da pessoa humana ficou clara quando o Supremo Tribunal Federal ²afirmou que o direito à não autoincriminação assegura a possibilidade de não produção de prova contra si próprio erigindo o *nemo tenetur se detegere*

² Cf. STF – MC HC n.91.514-1/BA

a pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais, materializando-se como uma expressão da dignidade humana.

Diante do consignado, restou evidente a íntima ligação do princípio da dignidade da pessoa humana com o direito à não autoincriminação, principalmente em casos referentes à possibilidade ou impossibilidade de realização de algumas perícias sem que haja o consentimento do indivíduo, a exemplo das intervenções corporais.

CAPITULO 2 – O DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O direito à prova é considerado um direito fundamental integrante do devido processo legal. Possui previsão no art. 5º inciso LV da CRFB/88 que dispõe do direito assegurado aos litigantes e acusados em geral de contraditório e ampla defesa, utilizando-se dos meios e recursos necessários.

Cumprido destacar no trato de questões atinentes à prova, a importância do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas constante do art. 5º inciso LVI da CRFB/88³, bem como no art. 157 do CPP⁴, que também considera inadmissíveis aquelas provas derivadas das provas ilícitas (GIACOMOLLI, 2014).

Acerca das provas ilícitas, Capez (2012) pondera que tais provas constituem violação ao direito material desde o instante de sua colheita. Noutro giro, as provas ilegítimas acabam por infringir as normas de direito processual, sendo que a sua violação ocorre no exato momento de sua introdução ao processo.

É importante perceber que o direito à atividade probatória alcança tanto a acusação quanto a defesa. Nesse sentido, ambas as partes possuem o direito de intervir no processo, influenciando no convencimento do julgador, nas palavras de Giacomolli (2014):

O direito fundamental à prova no processo abrange a possibilidade de tanto a acusação quanto a defesa indicarem as fontes de prova e exigirem a sua incorporação ao processo (pessoas a serem ouvidas em juízo, documentos a serem examinados, v.g.), de utilizarem os mecanismos de prova (arrolar testemunhas, requerer perícias, v.g.), a exigência de utilização das metodologias legais na produção da prova (ordem de inquirição das testemunhas, quem pergunta antes, como perguntar, participação na reconstituição do crime, v.g.), bem como a exigência de apreciação, valoração dos elementos de prova, de todos os dados fáticos e circunstanciais, pelo julgador.(GIACOMOLLI, 2014, p.161)

³ Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal/1988 – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos

⁴ Art. 157, do Código de Processo Penal – São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º - São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Logo, observa-se a essencialidade da prova no convencimento do julgador acerca daquilo que se pretende provar. Contudo, afastar dúvidas razoáveis não deve ser considerada uma função da prova em seara criminal, uma vez que a dúvida pode apresentar-se como uma estratégia utilizada pela defesa, ao se considerar o princípio da presunção de inocência bem como seu decorrente *in dubio pro reo*. Giacomolli (2014) atenta ao fato de que a dúvida colabora com a defesa afastando qualquer juízo condenatório, sendo que o juiz não pode, de ofício, supri-la.

A presunção de inocência, portanto, deve estar presente enquanto não seja apurada e comprovada a responsabilidade da prática do ato ilícito, sendo em cargo da acusação afastar quaisquer dúvidas.

Conforme os ensinamentos de Ferrajoli (2002) a prova é necessária não para que se comprove a inocência, mas sim para que se comprove a responsabilidade criminal, já que não é tolerada a condenação, mas é exigida a absolvição de um acusado caso persista em certeza. Lopes Junior (2011) salienta que no processo brasileiro muitas vezes é atribuído ao juiz a iniciativa probatória. Isso porque no sistema acusatório o julgador não deve influenciar na iniciativa probatória, sendo tal incumbência das partes.

Ainda na contextualização das provas, cumpre trazer os ensinamentos de Gomes Filho (1997):

O direito à prova conta, efetivamente, com várias limitações. Não é um direito ilimitado. Com efeito, (a) a prova deve ser pertinente (perícia impertinente: CPP, art. 184; perguntas impertinentes: CPP, art. 212; Lei 9.099/95, art. 81, 1º); (b) a prova deve ser lícita (prova obtida por meios ilícitos não vale); (c) devem ser observadas várias restrições legais: art. 207 (direito ao sigilo), 479 (proibição de leitura de documentos ou escritos não juntados com três dias de antecedência) etc.; (d) e ainda não se pode esquecer que temos também no nosso ordenamento jurídico várias vedações legais (cartas interceptadas criminosamente: art. 233 do CPP) e constitucionais (provas ilícitas, v.g.). De outro lado, provas cruéis, desumanas ou torturantes, porque inconstitucionais, também não valem. Não é admitida a confissão mediante tortura, por exemplo. (GOMES FILHO, 1997, p.67)

Passadas as considerações iniciais acerca da prova no processo penal brasileiro, passemos à análise do sistema acusatório de garantias e sua relação com a Constituição Federal.

2.1 A Constituição Federal de 1988 e o sistema acusatório

O Estado busca por meio do processo penal analisar e, caso seja verificado, comprovar a ocorrência de um eventual ilícito penal ocorrido na realidade empírica dos fatos. Assim, pode-se considerar o processo como uma ferramenta com a qual se concretiza a pretensão punitiva do Estado, devendo ser assegurado ao acusado a proteção de direitos fundamentais. É justamente por isso que se faz importante análise de sistema processual penal constante no texto constitucional, delineando, assim, o desenvolvimento da persecução penal, sendo certo que no Brasil optou-se pelo sistema acusatório de garantias.

Nessa senda, as garantias constitucionais assumem o papel de controlar e de imitar a persecução estatal. Thums (2006) atenta para a importância das garantias do processo que são asseguradas como normas constitucionais relevantes à tutela dos direitos fundamentais do indivíduo.

Nas palavras de Lopes Junior (2011) o sistema acusatório predomina em países cuja liberdade individual é mais respeitada, países estes que possuem uma sólida base democrática. O sistema inquisitório, por sua vez, tem prevalência em países caracterizados por sistemas autoritários ou totalitários, onde existe maior repressão.

Ao se observar um Estado Democrático de Direito, pode-se verificar que a sistemática normativa é formada por regras e princípios. Capez (2012) define que:

O processo acusatório é o que assegura todas as garantias do devido processo legal. Pressupõe a existência de garantias constitucionais decorrentes do respeito à dignidade humana e ajustadas ao perfil de um processo penal democrático, caracterizado pela constante mediação do juiz, principalmente quando houver restrição a algum direito ou garantia fundamental.(CAPEZ, 2012, P.77)

Já Ferrajoli (2002) explica que a característica central de um sistema acusatório é a separação da figura do julgador da acusação, eliminando a imagem do juiz instrutor. Lopes Junior (2011), por sua vez, atenta ao fato de que a principal crítica feita ao modelo acusatório é justamente uma condição imparcial do juiz bem como o modo que ele faz a gestão da prova, devendo conformar com a atividade probatória das partes, ficando, assim, numa posição de

espectador e de avaliador de todo o conjunto probatório. Nesses moldes, quanto maior for a iniciativa judicial na produção probatória, maior será a condição persecutória da atividade judicial, o que irá ser prejudicial à pretensa postura imparcial.

Acerca das características de um sistema acusatório, Lopes Junior (2011) considera:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes; c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor da investigação e passivo no que se refere a coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes; e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição. (LOPES JUNIOR, 2011, p.54)

É importante perceber que o sistema acusatório apresenta-se como uma importante conquista, quer seja pelo viés da imparcialidade do juiz no trato da atividade probatória, quer seja pela separação dos poderes de acusar e julgar, além de todas as garantias assecuratórias que possui o acusado, com vistas a um devido processo legal.

Assim, como bem lembra Prado (2006), cumpre perceber que para que um processo reúna as condições de instrumento de garantia dos direitos, será necessário o preenchimento da cláusula constitucional do devido processo legal em sua forma substancial, legal e formal. Desse modo, a Constituição Federal é a responsável pela tutela do processo, com vistas à proteção dos direitos fundamentais.

Ainda nos ensinamentos de Prado (2006), a construção de um princípio acusatório consoma-se em oposição ao princípio aquisitivo, já que nesses dois modelos, as funções exercidas pelos personagens são antagônicas entre si. De certo, quando se fala em sistema acusatório fala-se de um processo de partes em que deve ser observada a relação entre autor, réu, defensor e juiz.

Nesses moldes, existe certa equidade entre acusação e defesa, não estando o julgador vinculado a nenhuma das partes, mantendo-se em paralelo, imparcial.

O princípio da presunção de inocência seria fortemente afrontado se houvesse iniciativa probatória por parte do julgador, sendo certa que cabe somente a acusação a comprovação indubitável da autoria delitiva bem como a materialidade do delito na situação concreta.

No tocante ao sistema de valoração das provas em um sistema puramente acusatório, o juiz ocupa uma posição de espectador, sem nenhuma iniciativa probatória, devendo formar sua convicção à partir dos elementos probatórios que a parte apresenta, bem diferente do sistema inquisitório, que, como bem salienta Lopes Junior (2011) admite uma relativização da garantia em nome da chamada verdade real.

Nesses termos, o sistema acusatório opera-se sob o livre convencimento motivado, em que o juiz está livre para apreciar as provas, estando sob a limitação da própria Constituição no que diz sobre a necessidade de motivação das decisões.

Desse modo, sob o manto do livre convencimento motivado nos termos dos artigos 155 do CPP e art. 93, inciso IX da CRFB/88 o juiz a partir da livre apreciação das provas formará sua convicção, conforme se analisará a seguir.

2.2 O livre convencimento do juiz e seus limites

A imparcialidade do julgador, considerada um atributo do sistema acusatório, decorre de uma estrutura de atuação em que este julgador deve manter-se o mais longe possível da iniciativa probatória, uma vez que o ônus da produção de prova é incumbido às partes precipuamente, como já mencionado. É o que Lopes Junior (2011) salienta ao dizer que o sistema acusatório exige a figura de um juiz-espectador e não um juiz-ator.

O processo como um instrumento para o alcance do conhecimento sobre a ocorrência ou não ocorrência de determinado fato, bem como sua condição ilícita ou lícita é viabilizado por meio dos procedimentos de prova e de erro. Segundo Ferrajoli (2002), a principal garantia para tal obtenção é o livre desenvolvimento entre acusação e defesa em um conflito, sendo esses titulares de interesses opostos dentro do processo.

É imprescindível a verificação dos moldes em que o sistema judicial de verificação e valoração de provas opera. Capez (2012) classifica o sistema de apreciação de prova como: a)

sistema da prova legal, da certeza moral do legislador da verdade legal, da verdade formal ou tarifado; b) sistema da certeza moral do juiz ou da íntima convicção; c) sistema da livre (e não íntima) convicção, da verdade real, do livre convencimento ou da persuasão racional.

Em um sistema de prova tarefaada ao julgador incumbe o papel de apreciar o conjunto probatório, vez que o valor da prova encontra-se estabelecido pela lei. Muito embora esse sistema não componha o sistema processual penal, é possível observar alguns traços de sua aplicação como exceção, como por exemplo, na hipótese do artigo 158 do CPP. Este artigo limita o juiz à prova pericial em casos cuja infração deixa vestígios, sendo que a ausência de exame de corpo de delito não é suprida pela confissão do acusado. Senão, vejamos o que tem a dizer Bonfim (2012):

[...] Nesse sistema, o juiz não tinha qualquer liberdade na apreciação da prova, que era pré-valorada na própria lei. Assim, a legislação fixava uma hierarquia entre os meios de prova. Nesse contexto, a confissão, por exemplo, recebia maior valor, contando-se, ainda, numa escala puramente aritmética, o número de pessoas que se dispusessem a testemunhar contra ou a favor do acusado. O somatório final, única tarefa que cabia ao julgador, determinava a culpa do réu (BONFIM, 2012, p. 333).

Noutro diapasão, Capez (2012) explana que o sistema de íntima convicção é exatamente oposto ao sistema tarifado já que é possibilitado ao juiz uma total liberdade para decidir, podendo valorar as provas de acordo com sua íntima convicção. Tal sistema milita em decisões oriundas do tribunal do júri, em que os jurados não precisam fundamentar seus votos.

Quanto ao sistema do livre convencimento, também chamado de persuasão racional, o juiz detém a liberdade de formar sua própria convicção, não estando vinculado a nenhum tipo de valoração probatória legal. Nesse caso, porém, essa liberdade encontra-se limitada justamente pela necessidade de se fundamentar as decisões. Vale consignar que tal sistema fora o escolhido pelo Código Processual Penal vigente (CAPEZ, 2012).

Para melhor compreensão, observam-se as seguintes considerações de Tourinho Filho (2010):

Não há hierarquia nas provas. Se é certo ficar ele adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, por meio delas, a verdade real. Está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se do seu conteúdo. Nem sequer fica

preso aos laudos periciais. Nos termos do art. 182, ele é o *peritus peritorum* – perito dos peritos. Além do mais é obrigado a fundamentar suas decisões. (TOURINHO FILHO, 2010, p.272)

Assim, com base no art. 381, inciso III, do CPP, as decisões devem ser sempre motivadas, bem como constar as fundamentações devidas, indicando-se os motivos de fato e de direito fundantes de tais decisão. Ainda nesse sentido, o art. 155 do CPP aduz que o juiz formará sua livre convicção a partir da apreciação de provas que são produzidas sob o manto do contraditório judicial, sendo defeso sua decisão basear-se em elementos exclusivamente da fase de inquérito policial, ressalvados, contudo, às provas cautelares antecipadas e não repetíveis.

Por provas cautelares antecipadas e não repetíveis entende-se nas palavras de Lima (2011) cautelares são aquelas em que existe uma ameaça de desaparecimento do objeto da prova em razão de lapso temporal, a exemplo dos casos de interceptação telefônica. As provas não repetíveis, por sua vez, são as que não podem ser produzidas novamente, quer seja em razão de perecimento, destruição ou desaparecimento, a exemplo de exames periciais em caso de lesões corporais. As provas antecipadas, por sua vez, são aquelas produzidas perante uma autoridade judicial competente, em que pese ser em momento processual diverso do legalmente previsto.

Ainda sobre o livre convencimento do magistrado, Tourinho Filho (2010) ensina:

O Juiz, em face das provas existentes nos autos, tem inteira liberdade na sua apreciação. Pode desprezar o depoimento de quatro testemunhas, por exemplo, e respaldar sua decisão num único depoimento. Este é o princípio do livre convencimento. Confere-se ao Juiz inteira liberdade na apreciação das provas, conquanto fundamente sua decisão. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 67)

Nessa esteira, a motivação das decisões torna-se imprescindível enquanto uma garantia do contraditório, vez que, excetuando-se as provas cautelares, antecipadas e não repetíveis, o julgador deverá atentar-se apenas para as provas produzidas em juízo ao valorar as decisões. Ou seja, as provas devem ser colhidas em fase processual para serem válidas além de refutáveis. Desse modo, o juiz não pode atribuir credibilidade às provas ilícitas nem às provas ilegítimas. Observa-se:

A decisão de um juiz somente é legítima quando calcada na prova produzida no processo. Significa uma limitação ao que está nos autos e que lá tenha regularmente ingressado. Conduz, assim, ao rechaço total do substancialismo e também da admissão e valoração da prova ilícita. (LOPES JUNIOR 2011, p.539)

Cumprido salientar que a necessidade de se motivar as decisões judiciais está presente não somente no CPP, mas também na Carta Magna em seu artigo 93, inciso IX. Sobre a obrigatoriedade de fundamentação das decisões Lima (2011) atenta que:

[...] permite às partes não somente aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório constante dos autos, como também analisar os motivos legais que levaram o magistrado a firmar sua conclusão.

A percepção pelas partes dos motivos utilizados pelo julgador para a decisão é imprescindível, também, para que eventuais reexames, em grau de recurso, sejam operados.

A análise da busca da verdade no processo penal também se apresenta como um ponto importante, sendo que é em torno dela que toda a atividade probatória exercida pelas partes gira. Conforme ensina Ferrajoli (2002), a verdade real cede à verdade processual, sendo esta uma verdade aproximada em relação ao ideal, considerando a impossibilidade de se alcançar uma verdade absoluta, buscando-se com isso uma verdade formal. Nesse sentido, Prado (2006) considera:

[...] a legitimidade democrática do processo penal – e da solução que ele adjudica – depende do valor de verdade consubstanciado na sentença. A verdade é aí concebida como relação possível ou adequada entre a imagem que o juiz constrói acerca do fato e forma real como este fato supostamente ocorreu. (PRADO, 2006, p.120)

O que se observa é que a verdade não há de ser considerada real, já que a convicção do julgador é formada a partir de elementos trazidos pelas partes, não sendo garantido que o fato que fora constituído no curso da atividade probatória corresponda à verdade ocorrida, o que significa dizer que se busca, tão somente, a verdade formal, a verdade que é resultante do processo, aquela mais próxima possível da realidade.

2.3 O direito à prova no curso do processo penal

No curso do processo penal deve-se procurar realizar uma reconstrução de um fato passado da maneira mais aproximativa possível. Lopes Junior (2011) atenta ao fato de que a

atividade probatória é essencial para formação de condições necessárias para que o julgador exerça sua atividade de reconhecimento e, a partir daí, forme seu convencimento. Ou seja, é através desta atividade recongnitiva que o juiz buscará atingir o conhecimento do fato por meio da prova.

Segundo Capez (2012), o objeto das provas consubstanciam-se em circunstancias, fatos, bem como alegações que refutem incerteza, de modo que é necessária sua demonstração diante de autoridade judicial para o esclarecimento dos fatos. Assim, Capez (2012) ponderou que:

São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória [...] (CAPEZ, 2012, p. 360-361).

É justamente por essas razões que existem fatos que independem de prova. Esses fatos são os notórios, os fatos axiomáticos ou intuitivos, bem como os fatos inúteis ou irrelevantes, além das presunções legais. Para Lima (2011), são fatos notórios aqueles que detém conhecimento público geral, os fatos que estão inseridos culturalmente em uma sociedade. Os fatos intuitivos seriam aqueles fatos já evidenciados, e os fatos inúteis são aqueles que não têm influência na decisão. Já as presunções legais derivam de afirmações de leis.

Todos os outros fatos, incluindo-se os incontroversos, deverão ser provados. Nesse sentido, Lima (2011) informa que no processo penal, esta atividade probatória incidirá, sobretudo, sobre os parâmetros de veracidade ou não veracidade da acusação imputada. Desse modo, o art. 155 do CPP distingue os elementos informativos dos elementos probatórios, no tocante à valoração destes nas decisões do magistrado.

Diante disso, a expressão “prova” só deve ser utilizada quando se pretender mencionar elementos de convicção que forem produzidos, de modo geral, no curso no processo, atentando-se ainda para a observação do contraditório e da ampla defesa, e, assim sendo, esse contraditório judicial será uma condição de existência e de validade das provas. Po outro lado, observa-se que os elementos informativos são aqueles colhidos em fase investigatória,

fase esta em que não se observa a ampla defesa e o contraditório, sendo, assim, utilizado subsidiariamente com vistas à complementação da prova produzido em juízo.

Acerca do uso dessas provas no processo penal, Capez (2012) define que:

[...] Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios Constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal. Assim, por exemplo, uma confissão obtida por meio de tortura (Lei n. 9.455/97), uma apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio (CP, art. 150), a captação de uma conversa por meio do crime de interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96, art. 10) e assim por diante. (CAPEZ, 2012, p. 370)

Dentre os elementos de prova, podemos mencionar todos os dados objetivos que servem para a confirmação ou para a negação de uma asserção, que diga a respeito sobre um fato que interesse à decisão da causa, como bem pontua Lima (2011).

Contudo, deve-se atentar ao fato de que uma prova pode ser considerada lícita ou ilícita, sendo que só pode ser admitido pelo julgador, por obvio, a prova lícita, nos termos do art. 157 do CPP, inserido pela Lei n° 11.690/08, dispositivo esse consonante ao texto constitucional. Logo, caso tais provas sejam inadmitidas, devem ser desentranhadas do processo. Moraes (2011) reitera importantes diferenciações:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. (MORAES, 2011, p.117)

Os autores Pacelli e Fischer (2012) explicam que, de modo geral, a ilicitude da prova decorre de uma violação ao disposto no art. 5º, inciso X, da CRFB/88, a partir do momento em que se viola os direitos à honra e imagem, intimidade e privacidade, haja vista a proteção contra violações pessoais.

Como já mencionado, as provas ilegítimas são aquelas que, em sua produção, violam regras de direito processual penal. Lopes Junior (2011) atenta ao fato de que, nos vícios relativos às provas ilegítimas, existe uma possibilidade de que a repetição de tal ato vicioso o

torne válido, já na prova ilícita não existe essa possibilidade de repetição já que o vício existe desde o momento de coleta de prova, isto anterior ou concomitante ao processo, embora seja sempre exterior, razão pela qual deve ser desentranhado dos autos, procedendo sua destruição.

É crucial perceber que, se uma prova for considerada ilícita, existe a possibilidade de eventual contaminação de outras provas nos termos do art. 157, §1º do CPP, as chamadas provas ilícitas por derivação. Acerca dessas provas, Lopes Junior (2011) expõe que:

[...] entendemos que o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-o com a mesma intensidade. Dessa forma, devem ser desentranhados o ato originalmente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que deles se obtve. (LOPES JUNIOR, 2011, p.578)

As provas ilícitas não podem ser consideradas no bojo de um sistema acusatório, porque isso macularia a verdade dos fatos, que não podem ser obtidos-colhidas a qualquer preço haja vista as garantias e os direitos fundamentais presentes na Constituição.

Ainda no tocante à prova por derivação, também reconhecida com base na chamada teoria dos “frutos da árvore envenenada” observam-se os ensinamentos de Capez (2012):

A doutrina e a jurisprudência, em regra, tendem também a repelir as chamadas provas ilícitas por derivação, que são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem. (CAPEZ, 2012, p.372)

A conhecida Teoria dos frutos da árvore envenenada é adotada pelo STF e aplicada há um bom tempo no Brasil. Segundo ela, no momento em que uma prova lícita for obtida a partir de outra prova que seja ilícita, tal prova outrora lícita estará igualmente contaminada.

Essa teoria surge no direito americano, tendo por base, inclusive, uma ideia bíblica de que se uma árvore está envenenada, os frutos advindos dela também estarão. Vejamos o que diz Santos (2016)

[...]Com vista a dar efetividade a essas finalidades, a Suprema Corte Americana desenvolveu a teoria dos frutos da árvore envenenada (the fruits of the poisonous tree), segundo a qual a árvore ruim (busca ilegal, p. ex.) dará maus frutos: processo e condenação injustos e, conseqüentemente, nulos. Por outras palavras: independentemente da legalidade da colheita, a prova também será ilícita se derivar de outra prova ilícita. Depois disso, em cortes mais conservadoras, a Suprema Corte

estabeleceu diversas limitações a essa teoria, dentre elas estas duas: a) limitação da fonte independente, segundo a qual os fatos descobertos a partir da prova ilícita não seriam necessariamente ilegais, se pudessem ainda ser provados por fonte independente; b) limitação da descoberta inevitável, pela qual a prova seria admissível se a acusação provasse que ela seria inevitavelmente descoberta por meios legais, etc.

Quanto ao ônus da prova no processo penal, Lima (2011) evidencia a existência de duas correntes, uma que percebe a existência de uma efetiva distribuição de tal ônus entre acusação e defesa e outra que aponta ser exclusivo da acusação o ônus de provar.

A primeira corrente defende que à acusação cabe a comprovação da existência de um fato típico, não sendo ilicitude e culpabilidade um objeto de prova acusatória. Nesses termos, após a comprovação da existência de um fato típico, existiria uma presunção de que tal fato seria ilícito e culpável de sorte da defesa eliminar tal presunção. Lima (2011) também explica que existem doutrinadores filiados a tal corrente, em relação ao elemento subjetivo, sustentando, assim, a presunção do dolo, situação em que caberia à acusação somente a prova quanto a culpa. Contudo, um Estado Democrático de Direito que tem a presunção de inocência como uma máxima, não é possível a consideração de um dolo presumido, o que violaria frontalmente o princípio do *in dubio pro reo*.

A segunda corrente, por sua vez, sustenta que justamente pela incidência do princípio *in dubio pro reo*, um acusado jamais deverá ser prejudicado quando subsistir dúvidas quanto à existência de um fato delitivo, assim como em virtude da presunção da inocência, deve ser atribuído exclusivamente à acusação o ônus probatório. Logo, ao se presumir a inocência, não caberia a ele provar algo.

Assim, nesse mesmo sentido, Ferrajoli (2002) nos informa que tanto a culpa quanto a não inocência deve se demonstrada, sendo justamente a prova da culpa que forma o objeto do juízo. Por certo, se a carga probatória é incumbência da acusação, a defesa possui o direito, e não um dever, de contradizer à partir de contraprovas e contra hipóteses.

Destarte, diante das ponderações e análises levantadas, considerando que o sistema processual penal acusatório do Brasil é de garantia, não seria razoável uma distribuição de encargos probatórios, cabendo totalmente à acusação a comprovação de um ilícito penal.

2.4 A colaboração do acusado na produção de prova

A prova, conforme dito anteriormente, tem como propósito a demonstração dos fatos que foram alegados pelas partes, objetivando o convencimento do julgador sobre determinada hipótese. Cumpre destacar que, no processo penal brasileiro, não existe uma taxatividade quanto aos meios de prova, a sua previsão legal encontra-se no Título VII, do CPP, sendo considerados meios úteis para que se possa alcançar a chamada verdade aproximativa da ocorrência ou não ocorrência de um fato. Acerca dos limites encontrados dentro das provas no processo penal, observa-se o que diz Gomes (2008):

O direito à prova conta, efetivamente, com várias limitações. Não é um direito ilimitado. Com efeito, (a) a prova deve ser pertinente (perícia impertinente: CPP, art. 184; perguntas impertinentes: CPP, art. 212; Lei 9.099/95, art. 81, 1º); (b) a prova deve ser lícita (prova obtida por meios ilícitos não vale); (c) devem ser observadas várias restrições legais: art. 207 (direito ao sigilo), 479 (proibição de leitura de documentos ou escritos não juntados com três dias de antecedência) etc.; (d) e ainda não se pode esquecer que temos também no nosso ordenamento jurídico várias vedações legais (cartas interceptadas criminosamente: art. 233 do CPP) e constitucionais (provas ilícitas, v.g.). De outro lado, provas cruéis, desumanas ou torturantes, porque inconstitucionais, também não valem. Não é admitida a confissão mediante tortura, por exemplo. (GOMES, 2008, s.p)

Existem alguns meios de prova no curso da instrução processual que dependem exclusivamente de uma ação do acusado. Contudo, em se tratando do sistema processual brasileiro, em que a verdade pretendida não pode ser alcançada a qualquer custo, especialmente quando a prova depende da colaboração do acusado, faz-se imprescindível o direito que o acusado tem de não produzir provas contra si mesmo.

Tal direito de não contribuir para a produção de provas consiste numa possibilidade de recusa por parte do acusado a participar e se submeter à produção de provas. Dentre as provas que precisam de participação do acusado para se efetivarem, existem as chamadas provas invasivas e as não invasivas, possuindo cada uma seus limites e suas particularidades ao se analisar em consonância com o princípio da não autoincriminação.

Em relação às provas em que é necessária a colaboração do acusado para sua realização, destaca-se aquelas que pressupõem intervenção corporal do acusado. Nos ensinamentos de Lopes Junior (2011) o acusado detém a faculdade de recusar-se a ser submetido a essas

intervenções corporais, sendo que, tal recusa, não deverá causar-lhe qualquer prejuízo. Assim, destaca-se, outra vez, os ensinamentos de Lopes Junior (2011):

As provas genéticas desempenham um papel fundamental na moderna investigação preliminar e podem ser decisivas no momento de definir ou excluir a autoria de um delito. Entretanto, sua eficácia está condicionada, em muitos casos, a uma comparação entre o material encontrado e aquele a ser proporcionado pelo suspeito. Não existe problema quando as células corporais necessárias para realizar uma investigação genética encontram-se no próprio lugar dos fatos (mostras de sangue, cabelos, pelos etc.), no corpo ou vestes da vítima ou em outros objetos. Nesses casos, poderão ser recolhidas normalmente, utilizando os normais instrumentos jurídicos da investigação preliminar, como a busca e/ou apreensão domiciliar ou pessoal. (LOPES JUNIOR, 2011, p. 609).

Ainda segundo Lopes Junior (2011), o entrave existe quando para a obtenção das células corporais é necessário que se alcance o organismo do acusado diretamente. Por óbvio, a produção desse tipo de prova é considerada muito invasiva, de modo que existe a garantia de que o sujeito passivo possa rejeitar o fornecimento desse material, em respeito ao direito da não autoincriminação.

Como exemplo de provas invasivas, cite-se exames ginecológicos, exames de sangue, identificações dentárias, coletas de saliva e exames de DNA. De certa forma, submeter um acusado à uma intervenção corporal sem que o mesmo consinta, pode ser considerado como se uma tortura fosse, como bem salienta Lopes Junior (2011). O autor considera que tais práticas causam um inequívoco retrocesso, além de transformar a prova em ilícita. No mesmo sentido, Marteleto Filho (2012, p.80) elucida:

[...] as intervenções corporais, realizadas no escopo de se obter material genético, notadamente para confecção de exames de DNA e testes de alcoolemia, consistem em um meio de prova controvertido, pois implicam na extração de elementos do próprio corpo do sujeito passivo para fins de investigação e comprovação do delito. (MARTELETO FILHO, 2012, p.80)

Existem também aqueles meios de prova que dependem da colaboração do acusado ainda que não decorram de intervenção corporal. No tocante ao reconhecimento pessoal em juízo, o acusado é colocado próximo de outras pessoas com características físicas semelhantes, por exemplo. Lopes Junior (2011) diz que quando acontece o reconhecimento por via fotográfica, caso o acusado se recuse a participar desta dinâmica, deve ser respeitado o seu direito da não produção de provas contra si próprio.

Nessa senda, o reconhecimento por voz também serve de exemplo. Lima (2011) considera que:

Tanto o reconhecimento fonográfico quanto o exame de verificação de locutor demandam um comportamento ativo do acusado, na medida em que este deve pronunciar algumas palavras ou frases para que testemunhas, ofendidos e peritos possam analisar sua voz. Logo, queremos crer que o acusado não está obrigado a fornecer material fonográfico, sob pena de violação ao princípio da não autoincriminação. (LIMA, 2011, p. 127)

Assim, é facultado ao acusado negar, total ou parcialmente, a participação nestes atos, sem que tal recusa seja desfavoravelmente interpretada. Por outro lado, os atos poderão ser praticados havendo a concordância do acusado.

Em casos de reconstituição do delito, por sua vez, deve-se observar dois limites normativos, como bem lembra Lopes Junior (2011), quais sejam não contrariar a ordem pública nem a moralidade e não desrespeitar o direito de defesa do sujeito passivo. Em consonância com esse segundo limite existe a previsão constitucional do art. 5º, inciso LV, bem como previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos que, em seu art. 8º, é assegurado o direito de não declarar-se culpado, nem de depor contra si mesmo. Ou seja, deve-se comunicar ao acusado sobre a decisão de reconstituir o fato, permitindo a ele o contraditório além de resguardar o seu direito de querer ou não querer participar do ato.

No tocante à acareação, como bem explana Oliveira e Fischer (2012), existe um procedimento de perguntas sobre as divergências que, somente poderia atingir aquelas pessoas cuja lei impõe dever de depoimento. Salienta-se que o acusado não tem obrigação de prestar declarações neste momento, podendo ou não quedar-se em silêncio. Uma interpretação em sentido contrário contrariaria frontalmente o direito à não autoincriminação.

Em relação ao interrogatório, é sabido que o acusado não é obrigado a responder qualquer tipo de indagação, justamente por seu direito ao silêncio, sendo certo que isso não pode importar em restrições. Lima (2011) alerta para o fato de que o interrogatório relaciona-se ao direito de audiência, sendo este um desdobramento da autodefesa. Nesses termos, o acusado pode apresentar ao magistrado a sua versão quanto aos fatos, o que faz com que o interrogatório seja lido como um meio de defesa.

Por derradeiro, o princípio do *nemo tenetur se detegere* existe de modo que, em vias gerais, o acusado não seja forçado a participar de nenhum ato que venha a incriminá-lo ou que prejudique sua defesa de algum modo, sendo certo que a recusa do acusado com a colaboração por meio de provas que dele dependa é um direito seu e não um dever, não devendo ser interpretado desfavoravelmente.

CAPÍTULO III: O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A ideia constante no princípio do *nemo tenetur se detegere* pode ser entendida como o direito assistido a todo e qualquer indivíduo de não produção de provas contra si mesmo. Esse princípio foi incorporado ao direito pátrio por meio da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, datado de 1992 e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também de 1992.

Como já desenvolvido no primeiro capítulo, esse princípio possui íntima ligação com diversos outros princípios de ordem constitucional, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia, e o da presunção de inocência. A junção do conteúdo inerente a tais princípios garante aos indivíduos um processo justo, paritário, conferindo-lhes segurança jurídica. Atentando à importância do direito, Queijo (2012) assevera que:

[...] sobretudo, dada a vinculação do princípio *nemo tenetur se detegere* à preservação da dignidade humana, que é um dos postulados norteadores do Estado brasileiro, como Estado Democrático de Direito (art; 1º, III, da Constituição Federal), possível seria extrair seu reconhecimento no direito brasileiro, mesmo que não fosse expressamente previsto, como direito fundamental decorrente do regime e dos princípios adotados na Constituição.

Dentre as várias formas em que o princípio da não autoincriminação se manifesta, talvez seja o direito ao silêncio uma das formas mais conhecidas, estando consagrado no art. 5º, LXIII da Constituição Federal⁵, além do art. 186 do Código de Processo Penal⁶. Assim, esse direito consubstancia-se na faculdade do acusado de não se manifestar a respeito de um fato investigado, de certo que o seu silêncio não deve importar em confissão, nem, tampouco lhe trazer prejuízos no curso do processo penal.

A expressão em latim *nemo tenetur se detegere significa*, em termos literais, que ninguém é obrigado a se descobrir. Nesse contexto, como bem elucida Queijo (2012), existe

⁵ Art. 5º LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado

⁶ 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.

para o acusado a garantia de não se autoincriminar, sendo que tal direito possui respaldo constitucional, em vias de direito fundamental que está vinculado ao Estado de Direito, conectando-se com os diversos princípios já mencionados, além do direito à intimidade, à liberdade moral e à intangibilidade corporal.

Esse capítulo ficará a cargo de analisar a base jurídica do instituto, demonstrando em certa medida sua origem, o denominado direito à mentira, as considerações acerca do interrogatório e direito ao silêncio, perpassando os efeitos da não autoincriminação no processo penal. Por fim, serão analisadas situações concretas em que as delimitações e os contornos do princípio possam ser verificados.

3.1 A base jurídica do direito à não autoincriminação

“Não se autoincriminar”, “não se confessar culpado”, “direito de permanecer calado”: Essas são algumas expressões abrangidas pelo princípio do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico brasileiro.

Este princípio supracitado assumiu diversos significados com o passar dos anos. Maria Elizabeth Queijo (2012) salienta o fato de que o *nemo tenetur se detegere* encontra-se inserido entre as regras gerais do direito, sendo, portanto, impossível se identificar ao certo sua origem.

Contudo, Queijo (2012) explana algumas notas históricas sobre o direito de não produzir provas contra si mesmo. Num primeiro momento, no código de Hamurabi, o acusado tinha o direito de ser ouvido, sob julgamento, ainda que naquele momento não existisse nenhuma previsão formal de um interrogatório.

No direito hebreu admitia-se o juramento para a prova de inocência, embora a regra fosse o interrogatório do acusado sem esse juramento. Assim, aquele acusado que confessasse seria visto como uma aberração da natureza humana, caracterizando um estado de loucura, como bem ensina Queijo (2012).

Na Grécia, durante a civilização clássica, a tortura era utilizada para que se alcançasse a confissão do acusado em fase de interrogatório. Nota-se que historicamente o princípio do *nemo tenetur se detegere* se mostra intimamente ligado às questões relacionadas com o interrogatório de um acusado.

Estudos apontam que foi no período do iluminismo que o princípio enraizou-se. Nesse sentido, Queijo (2012) explica que durante o período do iluminismo, o acusado já não era visto somente como um objeto de prova, uma vez que esse período iluminista destaca-se pela construção e pelo reconhecimento de garantias penais e processuais penais, sendo que, nesse momento, os iluministas passaram a combater o emprego da tortura e os juramentos impostos ao acusado. Queijo (2012) diz que a evolução deste princípio acabou por conduzir, pouco a pouco, à exclusão de uma presunção de culpabilidade contra aquele acusado que exercia seu direito ao silêncio.

Atualmente, o direito à não autoincriminação está submetido à Constituição Federal, especialmente no tocante ao art. 5º, inciso LXIII, que dispõe dos direitos do preso, especialmente o de permanecer calado. Existem, também, outros artigos que podem ser interpretados em consonância com o direito de não autoincriminar-se, a exemplo do art. 1º, inciso III⁷, o art. 5º incisos LIV⁸, LV⁹ e LVII¹⁰.

Em uma análise mais ampla e sistemática, em que pese o texto constitucional dispor expressamente apenas do direito de permanecer em silêncio, com vias à amplitude do direito à não autoincriminação, é possível perceber a sua abrangência, de modo a englobar diversas ações que possam trazer prejuízos à defesa do acusado.

⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; (...).

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁹ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁰ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

Desse modo, Trois Neto (2011) explana, justamente, que o ponto de partida sobre o estudo do direito à não autoincriminação é o fato de tal direito não extrair-se somente do enunciado do art. 5º, inciso LXIII da CRFB/88.

Ainda nesse sentido, vale dizer que o disposto no artigo citado acima expressa a proteção da manifestação do direito à não autoincriminação, como se observa Trois Neto (2011):

[...] A garantia consiste em impor ao Estado um dever de informar a pessoa cuja liberdade está sendo restringida sobre todos os direitos para cujo exercício é necessária uma opção, atuação ou manifestação do preso. (TROIS NETO, 2011, p. 103)

Em esfera internacional, o direito de não produzir provas contra si próprio está explicitamente disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o PIDCP, além de expresso na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sob a sigla CADH.

O PIDCP, que foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no ano de 1966, dispõe sobre o direito que é assistido ao acusado de cometer alguma infração penal de ter a sua inocência presumida até o momento em que sua culpabilidade seja comprovada, sendo que, em seu art. 14, § 3º, “g”, especificamente, diz que o indivíduo acusado de algum crime possui o direito de não ser forçado a depor contra si mesmo, nem de confessa-se como culpado.

No tocante à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, observa-se que foi em 1922, por via do Decreto nº 678, aderido pelo Brasil, a existência expressa do direito de não autoincriminação no art. 8º:

[...] §2º Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Passada a contextualização inicial, chega o momento de destacar a concepção do direito à não autoincriminação como um direito fundamental do acusado. Trois Neto (2011) atenta ao fato de que os direitos fundamentais são essencialmente os direitos do homem que foram transformados em direitos positivados, dividindo-se, segundo o autor em direitos a ações positivas do Estado, e em direitos à omissão do Estado.

Acerca dos chamados direitos a omissões do Estado é possível verificar que possuem dois elementos em sua formação, quais sejam o bem protegido e a intervenção. Por bens protegidos temos as condutas, situações ou posições jurídicas encampadas no direito de defesa, enquanto as ações positivas são as atuações em que o Estado é capaz de eliminar, impedir ou afetar um bem jurídico. Logo, pode-se considerar que esses direitos de defesa são os que não se efetuam intervenções delimitadas em bens protegidos, como bem explica Trois Neto (2011).

Assim, observa-se que todo indivíduo deve ter respeitada a sua dignidade, ter acesso a um processo justo, em que as garantias constitucionais sejam observadas, sendo garantido sua condição de sujeito processual. Nessa esteira vejamos:

A intangibilidade da dignidade humana, como norma jurídica constitucional, tem inegável relevância para o estabelecimento do modo como o Estado deve proceder na busca da realização do direito penal. Se se parte de que o acusado não é simples objeto do procedimento, mas um sujeito dotado de direitos, as fórmulas processuais não podem ser apenas um instrumento de proteção contra o crime, mas também um instrumento de proteção da dignidade do imputado diante de uma intervenção estatal excessiva (TROIS NETO, 2011, p. 107-108).

Logo, ao se considerar o direito do acusado de intervir no desfecho do seu processo, considera-se, também, por óbvio, seu direito de falar e de ser ouvido. Perceba que se trata de um direito, e não um dever, porque, caso o acusado prefira, ele pode manter-se em silêncio, sem que, como dito diversas vezes, isso recaia como um prejuízo à sua defesa.

3.2 O direito ao silêncio

O direito ao silêncio, como visto no decorrer da presente pesquisa, constitui um importante direito do acusado ao não produzir provas contra si mesmo. Existem diversas formas que tal direito se manifesta, alguns de forma mais abrangente, outras formas menos abrangentes. Uma forma em que o direito ao silêncio pode ser observado é a partir do próprio texto constitucional, que faculta ao réu o direito de permanecer em silêncio, a não ser que este opte em falar, o que é um direito e não um dever, como dito anteriormente.

O direito de manter-se silente protege o indivíduo de expor fatos íntimos de sua vida que o mesmo não pretende revelar. Quando o indivíduo permanece em silêncio, ele tem

garantido o direito de não ser compelido a expor uma suposta culpa. Noutras palavras, o silêncio não vai implicar na assunção de culpa por parte do indivíduo, nem, tampouco, ao significa que ele reconhecerá os fatos a ele imputado. Vejamos o entendimento da Suprema Corte¹¹ a esse sentido, que reconhece, em diversos julgados, o direito ao silêncio:

“A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da ‘não-auto-incriminação’ (nemo tenetur se detegere). Esse direito subjetivo de não se auto-incriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não-culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito”

Ainda nessa seara, é importante perceber que o direito ao silêncio garante ao indivíduo o direito de não ser coagido pela polícia a fazer declaração involuntária para sua autoincriminação. Desse modo, é certo que somente declarações realizadas voluntariamente podem compor o processo penal, sob pena de, caso não se observe tais parâmetros, haja a violação do devido processo penal. Além disso, a voluntariedade não é suficiente para a produção de efeito das declarações no processo penal, isso porque tais declarações só devem ter valor após ser informado ao indivíduo, de maneira expressa, a possibilidade legal de se permanecer em silêncio. Cumpre trazer as lições de Gomes Filho e Grinover (2006):

[...] a ausência de sua informação (do direito ao silêncio) implica a 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 num 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. (GOMES FILHO; GRINOVER, 2006, p.83)

Além disso, o indivíduo dispõe do direito de não testemunhar em processo penal instaurado contra si próprio. Menciona-se, inclusive, a não obrigação de colaboração com a acusação na elucidação de fatos, já que, como visto, o ônus de provar recai sobre quem aduz.

Isso posto, todas as declarações que forem firmadas pelos indivíduos carecendo da observância dos requisitos citados acima, bem como as declarações obtidas por meio de

¹¹ STF – HC n. 101.909/MG, rel. Min. Ayres Brito, j. 20.02.2012. No mesmo sentido: STF – HC n. 114.095; STF – HC n. 109.978/DF, entre outros.

tortura física ou mental, ou qualquer forma de coação, além de sujeitar os seus perpetradores às penalidades cíveis e penais, incorrerá na contaminação de todas as provas decorrentes das obtidas por tais meios ilícitos, sob a teoria do fruto da árvore envenenada.

Acerca do direito ao silêncio, vejamos o que pondera Queijo (2012):

Predomina o entendimento de que o direito ao silêncio tem lugar apenas no interrogatório de mérito. Desse modo, o acusado pode deixar de responder às indagações formuladas a respeito do fato em apuração e suas conseqüências, não lhe sendo facultado deixar de responder às perguntas formuladas com referência à sua identificação. A recusa de resposta a essas indagações pode ensejar a prática do crime de desobediência. Nessa esteira, também não é consentido ao acusado faltar a verdade em relação aos dados que o identifiquem, sob pena de cometimento de crime. Não se reconhece a incidência do *nemo tenetur se detegere* na qualificação porque se entende que a oferta de dados pessoais não implica auto-incriminação, já que não representa assunção de responsabilidade quanto ao fato apurado (...) Extrai-se que não tem o acusado o direito de silenciar, bem como há o dever de dizer a verdade com referência à qualificação. Deve-se ressaltar, porém, que o *nemo tenetur se detegere* somente não incide em relação aos dados de identificação, tais como nome, sobrenome, filiação, data e local de nascimento, número de carteira de identificação. Não estão abrangidas na identificação as indagações referentes a antecedentes e condenações anteriores. (QUEIJO, 2012, p. 152)

Apesar do art. 186, § único, do CPP destacar que o silêncio não importará em confissão, bem como não deve ser interpretado em prejuízo da defesa do acusado, o art. 198 desse mesmo diploma legal explana que, embora o silêncio não signifique confissão, pode ele ser usado como elemento apto ao convencimento do julgador, o que soa como uma incongruência jurídica à efetividade do direito ao silêncio, como Carvalho (2010), bem menciona.

Para Lopes Junior (2011), o direito do indivíduo a calar-se incorre na necessidade de um novo dever para a autoridade competente, o dever de advertir a não obrigatoriedade de resposta. Desse modo, em sede de interrogatório, é possível uma atuação negativa do acusado, uma omissão completa em que este indivíduo nega-se a prestar declarações, sendo facultado a ele negar-se a contribuir para a atividade probatória.

Nesses termos, ainda em Lopes Junior (2011) observa-se que:

A única consequência admissível do silêncio, nessa perspectiva, é a não apresentação da versão dos fatos, pelo acusado, deixando ele de aproveitar a oportunidade para apresentar, desde logo, elementos em favor de sua defesa. Se o acusado opta por responder às indagações feitas, adota uma postura mais atuante na autodefesa. Entretanto, não se poderá daí concluir pela confissão ficta, como outrora se inferia tendo em vista o seu silêncio. E muito menos interpretar como o silêncio como indício de culpabilidade. (LOPES JUNIOR, 2011, p. 110).

Nos ensinamentos de Queijo (2012), é possível tomar nota sobre a excepcionalidade da confissão em fase de interrogatório, por ser considerado um meio de prova, referindo-se a um instrumento para fixação dos fatos em juízo, além de fornecer elementos para o julgador se convencer acerca da existência do fato, bem como a autoria e suas circunstâncias, sendo valorada, assim, de acordo com o conjunto probatório do caso.

Vale lembrar também que atualmente a confissão já não é mais considerada a “rainha das provas”, devendo, como bem lembra Queijo (2012), ser sempre valorada conjuntamente das demais provas produzidas, uma vez que não possui um valor absoluto. Sobre o direito ao silêncio alerta Nucci (2007)

[...] não se nega que no espírito do magistrado o silêncio invocado pelo réu pode gerar a suspeita de ser ele realmente o autor do crime, embora, ainda que tal se dê, é defeso ao magistrado externar o seu pensamento na sentença. Ora, como toda decisão deve ser fundamentada, o silêncio jamais deve compor o contexto de argumentos do magistrado para sustentar a condenação do acusado

Outrossim, é perceptível que o interrogatório oportuniza que o acusado exerça sua autodefesa, quer seja falando ou calando. Queijo (2012) salienta que, se o acusado fornecer elementos probatórios através de suas respostas, o juiz deve, nesses casos, diligenciar acerca das provas reveladas. Isso porque o acusado não tem a obrigação de conduzir à elucidação de tais fatos. Assim, cabe à acusação o ônus da prova da acusação, ou seja, o Ministério Público deverá provar os fatos que foram alegados na denúncia. Senão, vejamos o que nos diz Rangel (2006):

Se o Ministério Público tem que narrar um fato criminoso com todas as suas circunstâncias, o ônus de provar que este fato é típico; é ilícito e que não está açambarcado por nenhuma excludente de ilicitude e que seu autor é culpável, [...] pertence-lhe. Não há como entregar ao réu, dentro de um Estado Constitucional dito Democrático de Direito e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, o ônus da prova de sua inocência. (RANGEL, 2006, p. 417).

Destarte, como verificado, o acusado não possui o dever de colaboração com a atividade probatória que pode ir de encontro ao seu estado de inocência, diferentemente do modelo inquisitivo, sendo certo que ele não deverá ser constrangido a se autoincriminar. Desse modo,

é certo que seu silêncio não importará em confissão, não sendo permitido usar tal silêncio em prejuízo de sua defesa. Moraes (2000) também é categórico em suas ponderações.

O direito de permanecer em silêncio, constitucionalmente consagrado, seguindo orientação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê em seu art. 8º, § 2º, g, o direito a toda pessoa acusada de delito não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada, apresenta-se como verdadeiro complemento aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa, garantindo-se dessa forma ao acusado não só o direito ao silêncio puro, mas também o direito a prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio (MORAES, 2000, p.285)

Passemos, então, à análise do direito de mentir.

3.2.1 O direito de mentir

O direito à mentira está intimamente ligado ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, em que pese tal instituto ser palco de ampla controvérsia. Ferrajoli (2002) considera que tal princípio tem como corolário, dentre outros, o direito-faculdade conferida ao réu de responder o falso.

O ordenamento jurídico brasileiro não impõe ao réu, por ocasião do interrogatório, a obrigação de dizer a verdade. Nessa senda, o art. 342 do Código Penal, ao definir o crime de falso testemunho, elenca como sujeitos ativos apenas a testemunha, o perito, o tradutor, além do contador e do intérprete. Perceba-se que não há menção ao acusado neste dispositivo. Assim, em decorrência da liberdade conferida às suas declarações, compreende-se que o réu goze de um direito de mentir, em decorrência imediata de princípios tais como a ampla defesa e a não autoincriminação.

Nessa senda, Marques (2000) consigna que não é obrigação do réu depor contra si próprio tendo o direito de responder mentirosamente ao seu julgador. Nesse mesmo sentido, considera Queijo (2012):

[...] a inexistência do dever de dizer a verdade é outra decorrência do *nemo tenetur se detegere*. Em razão dele, de um lado, afasta-se o juramento e, conseqüentemente, a observância desse dever pelo acusado. E, de outro, excluem-se as sanções que possam ser impostas a ele por faltar com a verdade. (QUEIJO, 2012, p.230)

Para a autora supracitada, a possibilidade de juramento do acusado atenta contra o *nemo tenetur se detegere* uma vez que o acusado estaria sendo compelido a submeter-se a um compromisso para poder fugir de um estigma de suspeita ou culpa. O direito de mentir encontra acolhida em diversos momentos nos Tribunais Superiores brasileiros. O STF¹² já decidiu, por exemplo, que:

Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal.

Além de amplamente difundido nas decisões dos Tribunais Superiores brasileiros, diversos doutrinadores e estudiosos do assunto corroboram a possibilidade do réu mentir em sede processual penal. Capez (2012) é assertivo ao dizer que a lei processual penal brasileira estabelece ao acusado as possibilidades tanto de confessar, quanto de negar, silenciar e mentir. Sendo certo que, ao manter-se silente, o réu não terá considerada uma confissão tácita, nos termos do art. 198 do CPP, podendo mentir já que não presta compromisso, não havendo, portanto, sanção para tal mentira. Nessa toada, observemos os ensinamentos de Tourinho Filho (2010):

Cumpre notar que o réu tem inteira liberdade de dizer o que quiser e bem entender. Mas nem por isso poderá fazer uma auto-acusação falsa, pois, nesse caso, estaria, com a sua conduta, criando obstáculo a que se puna o verdadeiro culpado. 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. E, como observa Jorge de Figueiredo Dias, “não se trata de um direito de mentir, mas, simplesmente, da não-punição da mentira” (Direito processual penal, Coimbra, v. I, p. 450). No Direito norte-americano, o acusado tem o direito de permanecer calado, em face do *privilege against self-incrimination*. Mas, se quiser abrir mão desse privilégio, poderá, após o juramento de dizer a verdade e somente a verdade, ser inquirido pelo seu Defensor (*direct examination*) e, a seguir, pela parte contrária (*cross examination*), como se fosse uma verdadeira testemunha, respondendo por eventual perjúrio (Antônio Magalhães Gomes Filho, Direito à prova no processo penal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 149). Tal liberdade de manifestação não vai ao ponto de se permitir ao réu acusar-se de um crime que não cometeu. A auto-acusação falsa é crime. (TOURINHO FILHO, 2010, p.601)

Nucci (2007), em entendimento complementar, sustenta que:

¹² STF - HC 68.929/SP, 1a T., Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/08/1992

Sustentamos ter o réu o direito de mentir em seu interrogatório de mérito. Em primeiro lugar, porque ninguém é obrigado a se autoacusar. Se assim é, para evitar a admissão de culpa, há de afirmar o réu algo que saber ser contrário à verdade. Em segundo lugar, o direito constitucional à ampla defesa não poderia excluir a possibilidade de narrar inverdades, no intuito cristalino de fugir à incriminação. Aliás, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico é permitido. E se é permitido, torna-se direito [...]. (NUCCI, 2007, p.345)

Destarte, diante da observância do entendimento das Cortes Superiores, bem como da análise do sistema processual penal e das garantias asseguradas constitucionalmente, em que se destaca o direito ao silêncio, a ampla defesa e o contraditório, pode-se dizer que existe, sim, o direito de mentir como parte de um sistema acusatório em que o direito à não autoincriminação deve ser observada.

3.3 Os efeitos do direito à não autoincriminação no processo penal brasileiro e sua aplicabilidade

Pode-se dizer que a ideia da busca pela “verdade real” ainda está muito impregnada no sistema processual penal brasileiro. Isso acaba por fazer com que, muitas vezes, o acusado seja submetido por autoridade policial ou pelo juiz à produção de provas. Nas palavras de Queijo (2012), isso constitui um resquício da concepção de que um acusado seja objeto da prova no processo penal.

É justamente nesse prospecto que o princípio *nemo tenetur se detegere* deve resguardar o indivíduo, de modo que ele possua liberdade moral para, conscientemente, decidir se colabora ou não colabora com o curso da investigação. Isso visa, como amplamente discutido anteriormente, prevenir de eventuais excessos cometidos pelo Estado de modo a prevenir, inclusive, violências físicas e violências morais no curso da investigação ou instrução probatória.

É justamente por essa razão que o direito à não autoincriminação guarda tamanha importância. Por certo, tal direito representa um óbice à dificuldade ao se considerar a atividade investigatória e probatória de sua acusação. Em que pese a sua grande relevância, o reconhecimento desse direito em relação àquelas provas que necessitam da colaboração do imputado, é palco de grandes controvérsias. Observe-se o que Queijo (2012) diz a tal respeito:

Contrapõe-se, na referida questão, com maior ênfase o interesse público na persecução penal e o interesse do indivíduo, que se refere à observância dos direitos e garantias fundamentais. Revela-se, com maior intensidade, uma tensão, que é inerente ao processo penal, entre o interesse da sociedade e o interesse individual. (QUEIJO, 2012, p. 286).

É criterioso perceber que, ao se priorizar o interesse público no curso da pretensão punitiva estatal, seria constituído um direito à prova com poderes ilimitados advindos do Estado, se assim fosse, não haveria sequer vedação de meios probatórios, nem qualquer regra de admissibilidade, o que acarretaria na inexistência de prova ilícita. Assim, a busca pela verdade serviria de justificativa para os fins, perseguindo, sob qualquer custo e a qualquer modo, a pretensa verdade. Ou seja, estaríamos diante de clássicos preceitos inquisitoriais. Queijo (2012) atenta ao fato de que atualmente existe uma forte tendência à prevalência do interesse público na persecução penal, de modo que é prestigiada a busca pela verdade, o que acaba por culminar na admissão de restrições aos direitos fundamentais de um acusado.

Vale salientar que também deve ser de interesse público a construção de um sistema processual penal pautado pela ética em que os direitos e garantias fundamentais do indivíduo sejam respeitadas. Nesse sentido, Queijo (2012) julga essencial uma tentativa de equilíbrio entre o interesse estatal e os interesses do indivíduo, asseverando que:

Não poderá ser inviabilizada a persecução penal, pelo reconhecimento de direitos fundamentais ilimitados, inclusive o *nemo tenetur se detegere*, mas não será admissível também que o referido princípio seja aniquilado, para dar margem o direito à prova ilimitado, sobretudo com a colaboração inarredável do acusado, e à busca irrestrita da verdade, mesmo a pretexto de combater criminalidade crescente e organizada. (QUEIJO, 2012, p. 289)

Ora, ao se considerar um indivíduo como um sujeito de direitos, faz-se necessário que se reconheça a liberdade deste de conduzir sua própria atuação como parte no curso do processo. Ou seja, a sua liberdade em colaborar ou não com as provas que dependam destes indivíduos para sua realização, por exemplo.

Como citado anteriormente, existem diversos exemplos de atividades probatórias dependentes da cooperação do acusado para acontecer. Elas podem ser atividades probatórias sem intervenção corporal a exemplo do reconhecimento, da acareação, da reconstituição do fato, além de exames grafotécnicos, etilômetro, bem como exames clínicos em que se verifica a embriaguez.

O reconhecimento, ainda que não seja necessário nenhuma intervenção corporal propriamente dita para ocorrer depende da colaboração do acusado para acontecer, seja em juízo ou fora dele. Tal reconhecimento manifesta-se em duas partes, uma no comparecimento para o ato caso esteja o indivíduo livre, bem como aquele reconhecimento resultante de uma cooperação passiva.

A acareação, assim como reconhecimento, pressupõe uma cooperação do indivíduo quando do comparecimento do indivíduo acusado ao ato, além de suas manifestações nos momentos próprios da acareação. Assim como acontece no interrogatório, como bem salienta Queijo (2012) a acareação consubstancia-se em uma colaboração comunicativa. Acerca da acareação, Tourinho Filho faz o seguinte alerta:

Costuma-se dizer, também, que a autoridade que preside à acareação deve ficar observando as reações fisionômicas dos acareados, sob o argumento de que aquele que fica nervoso, impaciente, empalidece ou enrubece dá sinais de que está mentindo. Ledo engano. Muitas vezes quem se comporta assim é o homem de bem que ficou indignado e irritado com a desconfiança da autoridade. Já o outro (o verdadeiro mentiroso), pelo fato de já estar acostumado às velhacarias, às safadezas, permanece impassível, disfarçando com serenidade o seu despuadorado cinismo, alheio a tudo que se passa em seu derredor, como se nada o atingisse. (TOURINHO FILHO, 2010, p.363-364)

Nas palavras de Marteleto Filho (2012), as buscas, bem como inspeções corporais, registros e reconhecimento pessoal, ultrapassam o que a proteção advinda do *nemo tenetur se detegere* e de outros direitos fundamentais procuram garantir. O autor considera que tais institutos são verdadeiras restrições que devem ter previsão legal e proporcionalidade para que se efetive. Voltando aos ensinamentos de Queijo (2012), para que se proceda a reconstituição de um fato, existe, por obvio, a presunção da presença do imputado naquele momento, sendo certo considerar uma participação ativa desde indivíduo na produção da prova.

Carvalho (2010) lança luz sobre a temática ao dizer que a proibição existente não é à colaboração do acusado em si, mas sim à coação do indivíduo para que forneça provas que podem ser usadas contra si. O autor considera que exames de sangue, bem como exames que se pretenda obter parte do corpo para análise de DNA, não deveriam ser impostos sob risco de violação ao princípio da não autoincriminação bem como, por certo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Pode-se dizer que o processo penal carece de regras específicas acerca do dever de colaboração do acusado. Queijo (2012) alerta justamente para o fato de que, diante da carência de normas específicas acerca do dever de colaboração do indivíduo que possam afastar a incidência do direito à não autoincriminação, prevalece o entendimento de que uma recusa por parte do acusado em submeter-se à produção de provas não configuraria em crime de desobediência, nem também deve ser interpretada ao seu desfavor como já amplamente discutida.

Nesses termos, como bem observa Marteleto Filho (2012), tais intervenções só podem ser realizadas a partir do consentimento válido deste indivíduo. Por consentimento válido, pressupõe-se a advertência pela autoridade competente quanto ao direito de não colaborar, além de ser necessária a observância da capacidade civil-maioridade - e mental.

Nesse sentido, explica brilhantemente Gomes Filho (1997):

[...] o que se deve contestar em relação a essas intervenções, é a violação do direito a não autoincriminação e à liberdade pessoal, pois se ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ter assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si mesmo. O direito à prova não vai ao ponto de conferir a uma das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra. Em matéria civil, a questão tem sido resolvida segundo as regras de divisão do ônus da prova, mas no âmbito criminal, diante da presunção de inocência, não se pode constranger o acusado ao fornecimento dessas provas, nem de sua negativa inferir a veracidade do fato. (GOMES FILHO, 1997, p.119)

Assim, diante de um modelo acusatório de garantias, não se pode permitir que a acusação exija do acusado a produção de provas que sejam desfavoráveis a ele, tampouco que se abra mão de sua concordância. O fato é que a acusação tem o dever de diligenciar outras provas para que os fatos restem elucidados, como regra. Nessa toada, Queijo (2012) explana que em atendimento ao *nemo tenetur se detegere*, a regra deve ser a de produção de provas sem a necessidade de intervenção e cooperação do acusado.

Em que pese a importância dada ao princípio, Queijo (2012) lança luz ao fato de que a inexistência de dever de colaboração pelo acusado, não deve culminar em uma consagração de impunidade. Nesse viés, a autora considera a possibilidade de que seja requerido do indivíduo, em certos casos, sua participação passiva na produção de provas, desde que não

ocorra com isso ofensas à sua integridade física ou a sua vida, sendo certa da proibição de uma participação ativa na produção de prova.

Se o acusado não deve ser compelido a participar ativamente da produção de prova em seu desfavor, não se deve, portanto, falar em execução coercitiva. Ainda em Queijo (2012), há a síntese de que:

No modelo acusatório, [...], a regra deve ser a busca de provas, para demonstrar os fatos, que não necessitem da participação do acusado para a sua produção, especialmente considerando-se o *nemo tenetur se detegere*. Dele decorre a inexistência do dever de colaborar na produção das provas, por parte do acusado. Contudo, não se pode conceber o referido princípio como direito absoluto do acusado, sob pena de impossibilitar, em alguns casos, a persecução penal, frustrando por completo o interesse público na apuração dos delitos e de quem são os seus autores. (QUEIJO, 2012, p. 368)

Como dito anteriormente, a não obrigatoriedade do acusado em colaborar não configura um crime de desobediência. Existem diversos momentos na história do ordenamento jurídico brasileiro que a recusa do acusado importava em prejuízo para sua defesa. Infelizmente, como bem menciona Queijo (2012), ainda persiste com certa frequência a configuração do crime de desobediência em casos de não colaboração do indivíduo.

Diante do exposto, fica claro o não reconhecimento da existência de um dever de não colaboração do acusado com a produção de provas, especialmente no tocante àquelas que dependem de uma colaboração ativa do indivíduo.

Vejam os a seguir a análise de uma situação em que os contornos e aplicações do direito à não autoincriminação podem ser verificados. Trata-se das situações em que o etilômetro, vulgarmente conhecido como bafômetro, são utilizados como meio de prova em situações de crime de trânsito.

3.4 Os contornos práticos do direito à não autoincriminação: análise acerca do teste do etilômetro

Inicialmente, cumpre esclarecer que o objetivo do presente item não é desqualificar a importância de se coibir os crimes de trânsito, nem, tampouco, colocar fim às discussões, mas,

sim, apresentar os contornos práticos decorrentes do direito à não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro.

Os artigos 165¹³ e 165-A¹⁴ do Código de Trânsito brasileiro dispõem sobre situações em que o condutor de veículos estejam sob o efeito de álcool ou outras substâncias psicoativas no momento da condução. Nesses casos, a legislação aplica multa ao condutor que se recusar a efetuar o teste do etilômetro, perícia, exame clínico, bem como quaisquer outros procedimentos que visem constatar influência do álcool e semelhantes.

Assim, pode ser aplicada aos condutores que se negarem a realizar as condutas mencionadas acima, penalidades administrativas além de multa e do direito de dirigir por 12 meses, cabendo também, instantaneamente, a retenção administrativa do veículo, bem como da carteira nacional de habilitação deste condutor.

Diante de tal situação, fica clara a colisão entre o *jus puniendi* do Estado, presente no art. 306¹⁵ CTB e o direito à não autoincriminação, constante no art. 5º, inciso LXIII, da CRFB/88¹⁶, que também encontra disposição em diversos tratados, bem como pactos internacionais sobre Direitos Humanos aos quais o Brasil é signatário.

Com o fim de tutelar a integridade física e a vida, o art. 277 do CTB¹⁷ prevê a possibilidade de submissão do condutor à testes que objetivam identificar a presença do álcool, bem como de outras substâncias psicoativas no sangue.

Em que pese o art. 277 do CTB não dispor sobre uma obrigatoriedade do condutor em cooperar no momento de realização dos testes, o condutor que não realizar os testes

¹³ Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

¹⁴ Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277.

¹⁵ Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

¹⁶ LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado

¹⁷ Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

solicitados será enquadrado nas sanções administrativas do art. 165-A do mesmo diploma legal.

Em observância aos preceitos constitucionais de não autoincriminação, surgiram diversas decisões dispondo que mera recusa à realização do teste de bafômetro não incidiria em presunção de que o motorista estivesse alcoolizado. Como se observa a seguir na decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região¹⁸:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. TESTE DO BAFÔMETRO. RECUSA. NECESSIDADE DE OUTROS MEIOS DE PROVA. ANULAÇÃO. - O art. 277 do CTB dispõe que a verificação do estado de embriaguez, ao menos para cominação de penalidade administrativa, pode ser feita por outros meios de prova que não o teste do etilômetro. A despeito das discussões acerca do art. 277, §3º, CTB, a jurisprudência exige que a embriaguez esteja demonstrada por outros meios de prova, não podendo ser decorrência automática da recusa em realizar o teste. - Hipótese em que embora o agente de trânsito tenha feito referência no auto de infração e no boletim de ocorrência a que o demandado apresentaria sinais de embriaguez, não preencheu o termo de constatação ou fez constar no auto de infração ou no próprio boletim de ocorrência qualquer das informações acima referidas. Ao contrário de outras irregularidades suscitadas pela parte autora, a falta de exame, teste, perícia ou termo de constatação que aponte a embriaguez do autor constitui falta grave e insanável, que diz respeito à própria prova da materialidade do ato infracional e cuja ausência torna insubsistente o auto de infração.

Entretanto, vale salientar que o delito de trânsito em comento possui diversos outros meios de prova. O próprio art. 306, § 2º inciso II, do CTB, considera a comprovação de condições inoportunas à direção os sinais que indiquem, em forma disciplinada pelo órgão responsável, a alteração da capacidade psicomotora.

Nesse sentido, pode-se considerar os sinais de aparência, atitudes, orientação, além de capacidades de memória e capacidades verbais do condutor para fins de comprovação do seu estado àquele momento da condução. A própria jurisprudência confirma que, caso se confirme os requisitos acima citados, a materialidade do crime de trânsito será constatada por via de um termo de constatação.

¹⁸ Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão proferido na Apelação n.º 5006245-46.2013.404.7110. Relator: Desembargador Fernando Quadros da Silva. Julgado em 11 fev. 2015. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/imprimir.php?selecionados=TRF408136814'&pp;=&cp;=>>>. Acesso em: 11 set. 2021.

O que se pretende observar é que, o crime constante no art. 306 do CTB, pode ter sua materialidade comprovada mesmo sem a incidência de testes que representariam uma conduta ativa do indivíduo na produção de provas contra si mesmo. Vejamos a seguir uma jurisprudência¹⁹ que ilustra tal situação:

APELAÇÃO CRIME. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DO CTB). CONDENAÇÃO. PRETENSE ABSOLVIÇÃO FUNDADA EM AUSÊNCIA DE PROVAS A ENSEJAR A CONDENAÇÃO. INOCORRÊNCIA. EMBRIAGUEZ ATESTADA POR TERMO DE CONSTATAÇÃO DE SINAIS DE EMBRIAGUEZ E PELA CONFISSÃO DO ACUSADO DE TER FEITO INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA. TESTEMUNHOS DE POLICIAIS MILITARES SEGUROS ACERCA DA EMBRIAGUEZ DO APELANTE, QUE POSSUÍA TODOS OS SINAIS VISÍVEIS DE EMBRIAGUEZ, TAIS COMO FALA CONFUSA, ODOR ETÍLICO, AUSÊNCIA DE ESTABILIDADE, ENTRE OUTROS. ADEMAIS, O RECORRENTE ABALROOU UM VEÍCULO QUE SE ENCONTRAVA PARADO, O QUE ENSEJOU A OCORRÊNCIA POLICIAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS BEM DEMONSTRADAS. IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE DESCRITA NO ART. 28, INC. II, § 1º DO CP. CONDENAÇÃO MANTIDA. IMPOSIÇÃO DA PROIBIÇÃO DE FREQUENTAR CERTOS LUGARES COMO CONDIÇÃO AO REGIME ABERTO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 493 DO C. STJ. RECURSO DESPROVIDO, COM A RETIRADA DE OFÍCIO DE UMA DAS CONDIÇÕES AO REGIME ABERTO. 1. O estado de embriaguez restou demonstrado pelo auto de constatação de sinais de alteração da capacidade psicomotora. Aliado a isso, o testemunho dos milicianos, e também, o fato de ter o acusado se envolvido em acidente de trânsito, além de sua confissão de ter ingerido bebida ensejam ao decreto condenatório. 2. A embriaguez não é motivo para excluir a imputabilidade, justamente por ser prevista no tipo penal do art.306 do CTB como conduta criminosa dirigir embriagado. 3.Somente a embriaguez decorrente de um caso fortuito ou força maior pode ser utilizada para sustentar a imputabilidade penal.

É importante perceber que, ainda que se trate de situações de trato administrativo, o direito à não autoincriminação não pode ser ignorado, até porque o motorista que se negue a realizar o teste do etilômetro incorrerá nas sanções administrativas previstas, como se pode inferir do seguinte julgado:

No entanto, entendo que, em que pese haver a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, esta não inibe o juízo de constitucionalidade a ser realizado sobre a norma invocada como fundamento da lavratura do auto de infração e da penalidade imposta. Imputar ao condutor uma infração de trânsito cuja tipificação consiste no exercício de um direito, além de abusivo, é inconstitucional, pois pune o cidadão pelo simples exercício daquilo que lhe é assegurado pelo ordenamento jurídico, qual seja, o de não produzir prova contra si mesmo ("nemo tenetur se detegere"), previsto no art. 5º, inciso LXIII, da CF/88, cuja exegese deve dar-se de forma sistemática e extensiva. Tal direito tem seu núcleo essencial fundado em uma inatividade, um non facere, constitucionalmente tutelado, conforme já decidido pelo STF (...).

¹⁹ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - 2ª C.Criminal – Acórdão proferido na Apelação Crime n.º 1603766-8 - Curitiba - Rel.: Laertes Ferreira Gomes - Unânime - Julgado em 01.06.2017. Acesso em: 11 set. 2021

Não desprezando a importância da lei de trânsito, Barboza pondera que:

Em que pese os motivos ensejadores da referida legislação, especialmente a fim de coibir a falta de provas materiais acerca da influência de álcool ou outras substâncias psicoativas, temos que padece de constitucionalidade. Isto se deve ao fato de que, conforme determina o artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988, não há, no ordenamento pátrio, possibilidade jurídica da autoincriminação, bem como reproduzido no artigo 186 do Código de Processo Penal. (BARBOZA, 2016, s. p.)

Diante do exposto, fica evidente que a produção de prova contra si mesmo afeta princípios e garantias constitucionalmente assegurados, presentes em um Estado Democrático de Direito. Existem diversas formas de produção de provas que não incorrem na violação do princípio do direito à não autoincriminação como restou evidenciado acima, sem a necessidade de que o indivíduo, ativamente, produza prova contra si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que um Estado Democrático de Direito exista em sua plenitude, alguns princípios e garantias fundamentais são imprescindíveis. É nesse sentido que se insere a máxima de que nenhuma pessoa acusada da prática de algum delito pode ser coagida a produzir provas contra si mesma, devendo recair sobre a acusação o ônus de comprovação de sua responsabilidade criminal no caso concreto. Assim, a acusação deve desobrigar-se do ônus de provar a materialidade e a autoria delitiva, e, caso não seja possível, qualquer dúvida deverá beneficiar o acusado. Nesse aspecto, com vistas a um processo penal democrático, baseado no sistema acusatorial, o princípio do *in dubio pro reo* deve prevalecer, em decorrência da garantia constitucional da presunção de inocência.

A partir dos estudos efetuados no presente trabalho monográfico conclui-se que o direito à não autoincriminação está integrada ao processo penal brasileiro, em que pese diversas posições contrárias ao princípio, que se consubstancia em uma garantia de extrema importância para o curso de um processo penal justo. Verificou-se que tal princípio se perfaz em diversos institutos dentro do processo penal brasileiro, especialmente no tocante ao direito de manter-se em silêncio, possuindo íntimas ligações com outros princípios constitucionais célebres. Ainda, conclui-se que existem vários permissivos legais que autorizam o acusado de escusar-se de colaborar com a produção de provas que podem ser usadas de maneira a incriminá-lo. Por fim, é fato que a colaboração na produção probatória é uma faculdade do indivíduo, e não um dever, sendo certo que ao optar pela não participação probatória, isso não lhe deverá acarretar nenhum prejuízo, nem significar confissão.

A Constituição da República Federativa Brasileira, a Constituição Cidadã, optou pelo modelo acusatório em relação ao *modus operandi* do sistema processual penal. Nesse sentido, tanto a acusação quanto a defesa encontram-se em situação de igualdade na relação jurídico-processual, estando o julgador desvinculado das partes processuais, de onde percebe-se a imparcialidade necessária na tomada de decisões. Assim sendo, esse modelo consagra o acusado como uma parte legítima dentro do processo penal, e não como um mero objeto de prova.

O trabalho evidenciou a importância do direito de não autoincriminação, relacionando-os com diversos outros direitos e princípios constitucionais, onde se destacam a presunção ou estado de inocência, o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como um dos fundamentos mais importantes balizadores da CRFB/88 que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, apresentou-se a dinâmica das provas no processo penal brasileiro, momento em que analisou-se a valoração das provas, o livre convencimento do juiz e seus limites, evidenciando a necessidade de demonstração dos motivos considerados pelo julgador na tomada de decisões, que deve conter os motivos de fato e de direito. Levantou-se a importância do cuidado com as provas, e sua obtenção, de modo que restou claro a escolha do ordenamento jurídico brasileiro em desconsiderar as provas de origem ilícitas, obtidas de formas ilegais, bem como as provas derivadas destas ilegais, sob o manto da teoria dos frutos da árvore envenenada. Concluiu-se, ainda, que a prova não é uma obrigação das partes, sendo uma faculdade que as partes possuem para o convencimento do julgador sobre a ocorrência, ou não de determinado fato.

Nesse sentido, verificou-se que os meios de prova que dependem exclusivamente de uma ação ativa do acusado para que sejam produzidos encontram óbice no direito de não se autoincriminar em um sistema acusatório, sendo certo que a busca por uma pretensa verdade real não pode servir de justificativa para o desrespeito de garantias e direitos básicos do acusado.

A análise do princípio do *nemo tenetur se detegere* desnudou o contraponto existente entre o interesse público do Estado na persecução penal e os interesses dos indivíduos. Concluiu-se, nesse sentido, que o predomínio do interesse do Estado no processo penal, sem as vedações existentes, incorreria em um indistinto, ilimitado e duvidoso direito à prova. Noutra giro, expressou-se a importância em se priorizar o interesse individual, sem que, contudo, isso importe em numa mordalha ao Estado.

Para a consideração do acusado como um sujeito de direitos faz-se necessário reconhecer o seu direito de conduzir a sua atuação como parte no processo, ressalvadas suas garantias e direitos tais como o de falar, o de calar, bem como o de faltar com a verdade, uma

vez que não possui obrigação legal com a verdade, como se evidenciou, haja vista seu direito de não produzir provas contra si mesmo, respaldado tanto em âmbito constitucional, como em âmbito internacional, sob o manto de diversos pactos e tratados que o Brasil é signatário.

Por derradeiro, demonstrou-se que existem maneiras de se produzir provas sem ter que proceder à violação do direito do acusado de não se autoincriminar. Com efeito, a guisa de exemplificação e exposição dos contornos concretos do direito à não autoincriminação analisou-se a sistemática da prestação do teste do etilômetro, em consonância com o Código de Trânsito Brasileiro, de modo a demonstrar, inclusive a partir de julgados, que existem opções, caminhos para se produzir prova sem a necessidade do indivíduo ter que agir na produção de provas que podem voltar contra si, primando-se pela preservação de direitos fundamentais do acusado sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas ambientais e gravações clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não autoincriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: DelRey, 2008.

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 05 set. 2021.

BARBOZA, Hudson (2016). **A Inconstitucionalidade do novel Artigo 165-A no Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: <<https://hudsonbarboza.jusbrasil.com.br/artigos/334570095/a-inconstitucionalidade-do-novel-artigo-165-a-no-codigo-de-transito-brasileiro>>. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. **Decreto-Lei n. 678, de 06 de novembro de 1992**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: set. 2016.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

_____. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **Processo Penal e (em face) da Constituição**: Princípios Constitucionais do Processo. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Lisboa: Almedina Editora, Fevereiro, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei 11.690 /2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> acesso em 09 de setembro de 2021.

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

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas; Ed. Bookseller, 2003

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume I. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Réu não deve ser obrigado a provar causa de exclusão de ilicitude**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-14/limite-penal-reu-nao-obrigado-provar-causa-exclusao-ilicitude>>. Acesso em: 02 set. 2021.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MIRABETE, J. F. **Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2003.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 10^a edição, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos, aprovado em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 12 set. 2021.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. **A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2110>>. Acesso em: 09 set 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional – pós reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume I. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Código de processo penal comentado**. Vol. I, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão proferido na Apelação n.º 5006245-46.2013.404.7110**. Relator: Desembargador Fernando Quadros da Silva. Julgado em 11 fev. 2015. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/imprimir.php?selecionados='TRF408136814'&pp;=&cp;=>>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - 2ª C.Criminal. **Acórdão proferido na Apelação Crime n.º 1638050-4** - Campo Mourão - Rel.: José Mauricio Pinto de Almeida - Unânime – Julgado em 22.06.2017.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Acórdão proferido no Agravo de Instrumento n.º 2038754-84.2017.8.26.0000**. Relator: Desembargador Reinaldo Miluzzi. São Paulo, SP, julgado em 10 de abril de 2017. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico de São Paulo em 26 abr. 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10375014&cdForo=0>>. Acesso em: 07 setembro 2021.

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