

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

IUSKA KYVIA DANTAS GOMES

MODERNOS CONTORNOS DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO DIREITO  
BRASILEIRO: NOTAS SOBRE O SUPOSTO DIREITO DE MENTIR

SOUSA  
2015

IUSKA KYVIA DANTAS GOMES

MODERNOS CONTORNOS DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO DIREITO  
BRASILEIRO: NOTAS SOBRE O SUPOSTO DIREITO DE MENTIR

Trabalho de conclusão de curso apresentado no curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, como requisito parcial para a obtenção do diploma de bacharel.

Orientadora: Carla Rocha Pordeus

SOUSA  
2015

IUSKA KYVIA DANTAS GOMES

MODERNOS CONTORNOS DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO DIREITO  
BRASILEIRO: NOTAS SOBRE O SUPOSTO DIREITO DE MENTIR

Aprovada em: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof<sup>ª</sup>. Carla Rocha Pordeus – UFCG  
Professora Orientadora

---

Prof<sup>º</sup>. Eduardo Pordeus - UFCG

---

Prof<sup>º</sup>. Gilliard Targino Cruz - UFCG

A Deus único e soberano, Criador de todas as coisas e autor do meu destino.

Aos meus pais que tanto amo, por uma vida de apoio, preocupação, amor e por todos os exemplos de vida. Uma vida inteira seria insuficiente para lhes agradecer. Eu os amo muito.

Ao meu amado esposo, por ser a luz da minha vida.

Dedico este trabalho.

## AGRADECIMENTOS

Àqueles a quem agradeço, minha mãe Socorro e meu pai Rubens, pelo exemplo que têm sido em minha vida. Agradeço por tê-los presentes em minha existência, em que pese a distância. Jamais me esquecerei dos ensinamentos de honestidade e do valor do trabalho, que tão precocemente me foram transmitidos. Vocês são a razão da minha busca por um futuro justo e digno. Lhes devo tudo o que eu sou.

Às minhas amadas irmãs, Emmeli, Jéssica e Larissa, por toda a cumplicidade, pelas conversas e conselhos. Não podem existir irmãs melhores. Sempre senti muito a falta de vocês.

Aos meus sobrinhos, Caio, Yasmin e Marina, pela inspiração e alegria em minha vida. Não meço o meu amor por vocês.

Ao meu marido, pelo apoio e conselhos em minha jornada acadêmica. A vida simplesmente não teria o mesmo sentido sem a sua presença. Eu o amo muito.

À minha grande amiga Dai, que merece atenção especial, por ser um dos seres humanos mais iluminados que tive a honra de conhecer e conviver nesses 5 anos, eternizados pelas alegres memórias. Agradeço-lhe, acima de tudo, pela amizade sincera.

Aos amigos Gerlania, Regina e Isaac, pela intensa e feliz convivência. Obrigada por serem que são. Inesquecíveis, eu os equiparo quanto ao tamanho do coração. A bondade de vocês e o querer bem ao próximo fizeram de mim uma pessoa melhor.

À todos os amigos e professores do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, pela presença marcante não apenas na minha vida acadêmica, mas no meu crescimento como ser humano.

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar os atuais contornos do princípio contra a autoincriminação no direito brasileiro, mais conhecido pela fórmula latina *nemo tenetur se detegere*, mediante pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legislativa. O estudo, partindo da origem histórica, busca analisar a instrumentalização do princípio pelos principais Tribunais do país, bem como os contornos conferidos pela doutrina, buscando elencar as principais hipóteses de invocação do direito, analisando-se a disciplina do direito de não produzir prova contra si mesmo no sistema probatório. O trabalho demonstra que a aplicabilidade do *nemo tenetur se detegere* não se restringe unicamente ao direito ao silêncio. A investigação enfrenta a divergência consistente em saber se o acusado pode ou não mentir quando da produção de prova, através da liberdade de manifestação. A discussão gira em torno de garantias e princípios constitucionais e processuais, pois de um lado, restam asseguradas as garantias individuais instrumentais e, de outro, o interesse do Estado e social na *persecutio criminis*.

Palavras-chave: Autoincriminação. *nemo tenetur se detegere*. Direito de mentir. Garantias individuais. *Persecutio criminis*.

## ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the current contours of the principle against self-incrimination in the Brazilian law, best known as *nemo tenetur se detegere* in Latin, by doctrinal research, judicial and legislative. The study, based on the historical origin, seeks to analyze the instrumentalization of this principle by the major courts of the country, as well as the contours conferred by doctrine, seeking to list the main hypothesis of right claim by analyzing the law discipline of the right not to produce evidence against himself in the trial system. The work demonstrates that the applicability of *nemo tenetur detegere* is not restricted to the right to silence. The research faces the consistent difference to know about the accused can or can not lie on proof production, through the manifestation of freedom. The discussion revolves around guarantees and constitutional and procedural principles, as on the one hand, the instrumental earmarking remain assured and on the other, the interest of the state and social in *criminis persecutio*.

Keywords: Self-incrimination. *Nemo tenetur se detegere*. Right to lie. Earmarking. *Persecutio criminis*

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO .....	11
2.1 Aspectos Preliminares: Conceito e Ponderações Iniciais .....	11
2.2 Notas Históricas acerca do Princípio <i>Nemo Tenetur Se Detegere</i> .....	14
2.3 Base Jurídica .....	18
3 CONFORMAÇÃO PRETORIANA E DOUTRINÁRIA AO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> NO DIREITO BRASILEIRO .....	22
3.1 Principais manifestações do <i>nemo tenetur se detegere</i> no sistema probatório do processo penal pátrio.....	23
3.1.1 Do direito ao silêncio .....	25
3.1.2 Reprodução simulada de crime .....	34
3.1.3 Exame grafotécnico .....	36
3.1.4 Reconhecimento de pessoas e acareações .....	39
3.1.5 Intervenção corporal e exame de DNA .....	42
3.1.6 Submissão de réus a exame de raio X.....	46
3.1.7 Etilômetro e exame clínico para a constatação de embriaguez .....	47
3.1.8 Fraude processual .....	52
4. NOTAS ACERCA DO SUPOSTO DIREITO DE MENTIR .....	54
4.1 A mentira no processo penal.....	54
4.2 Posição doutrinária relativa à mentira no sistema jurídico pátrio.....	58
4.3 Jurisprudência.....	61
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	69
REFERÊNCIAS .....	71

## 1. INTRODUÇÃO

A constante tensão entre direitos individuais e estatais no processo penal culminou no reconhecimento de diversas garantias às quais o Estado deve observância quando da persecução penal, delineando a moderna feição do processo criminal doméstico.

O objetivo desta pesquisa monográfica é proceder à uma análise específica do direito de não produzir prova contra si mesmo – princípio do *nemo tenetur se detegere* – considerando a relevância do referido princípio para o processo penal, uma vez que o mesmo viabiliza o direito do acusado de não servir de instrumento para a sua própria condenação, intervindo, até como consequência própria do atual aspecto do processo penal, contra a visão do acusado como objeto da prova penal.

O tema em questão há muito tempo tem suscitado a atenção de legisladores, doutrinadores e tribunais, diante da celeuma acerca da conduta daquele que é acusado de um crime sob a ótica da cláusula da não autoincriminação, se seria exigível do mesmo uma atividade ativa quanto à produção probatória, ou um tolerar, aquém do direito de permanecer calado, corolário do *nemo tenetur se detegere*.

O estudo do princípio buscará analisar o seu atual conteúdo, desde a sua origem e desenvolvimento ao longo da história, perpassando pelos atuais contornos no direito pátrio. É de suma importância o enfoque na visão histórica, a fim de compreender o seu desenvolvimento e a sua atual dimensão.

O direito à não autoincriminação, conforme será exposto ao longo da presente monografia, possui vários meios de manifestação. A mais expressiva é o direito ao silêncio, consagrado na Carta Magna e na Convenção Americana de Direitos Humanos. Contudo, possui outras formas de aparição, como a possibilidade de recusa em participar da reconstituição do crime, recusar o fornecimento de material gráfico para fins comparativos em investigação criminal, entre outros, frutos de importantes estudos doutrinários e conformação pretoriana que, como se analisará, apesar de não esgotar o conteúdo, foi mister para delinear a extensão e os limites da garantia contra a autoincriminação.

A pesquisa buscará entender como funciona na prática a extensão e limites da garantia, por meio de interpretação das decisões que traduziram a linha de

posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à temática, com a demarcação do alcance e reconhecimento de várias hipóteses de tutela do direito à não autoincriminação.

Mostra-se dificuldade na pesquisa ao passo que, além a abrangência do conteúdo, perceber-se-á que este tem sido ampliado cada vez mais, por incessante labor judicial, demonstrando que o estudo não se limitará ao exame da norma positiva, mas também se baseará na interpretação da norma constitucional e infralegal que trata do direito ao silêncio pelos tribunais, com o fundamental auxílio da doutrina.

O *nemo tenetur se detegere* se caracteriza, na doutrina nacional, como uma espécie de garantia genérica, uma superproteção em volta do acusado, configurando verdadeiro direito fundamental, que, para a doutrina majoritária, lhe dá a liberdade de escolha quanto à participação na produção de prova que dependa ativamente de sua colaboração e que possa ser utilizada em seu desfavor.

Proceder-se-á ainda uma análise referente a um suposto “direito de mentir”, suscitado por estudiosos do tema e fruto de jurisprudência em algumas cortes do país, como decorrência do *nemo tenetur se detegere*, apesar das inúmeras posições de resistência.

Nesse diapasão, a discussão gira em torno da real abrangência do *nemo tenetur se detegere*, que, para maior parte da doutrina do território nacional, não se limita ao direito de permanecer calado albergado na Constituição.

O estudo do tema desvendará a vertente garantística do processo penal, que reconhece o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas várias hipóteses de manifestação, bem como a repercussão de cada uma, não apenas no interrogatório, mas também, de sorte, nas provas que dependem da colaboração do acusado, refletindo a liberdade de autodeterminação deste quanto à seleção do comportamento processual que lhe convenha.

Do mesmo modo, sopesar-se-á o agravamento da *persecutio criminis*, tensionado, por conseguinte, por direitos e garantias fundamentais e, em particular, pelo interesse individual do acusado não produzir provas contra si mesmo, lhe sendo garantido o direito ao silêncio e, para parte da doutrina, inexistindo a obrigação do imputado falar apenas verdades no âmbito processual, sob o pálio do *nemo tenetur se detegere*.

A pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial foi estruturada em 4 (quatro) capítulos.

O primeiro é a introdução, no qual contém um breve resumo acerca da disposição do trabalho em questão.

No segundo, será abordado o conceito do *nemo tenetur se detegere*, serão expostas notas acerca da sua origem histórica, bem como a determinação da base jurídica no direito brasileiro.

Delimitadas as características do direito contra a autoincriminação, no terceiro capítulo, far-se-á o exame do tratamento conferido ao princípio em xeque, que já adjudicou amplo espectro de abrangência ao direito de calar. Tal estudo se faz necessário, vez que, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer o direito ao silêncio, disse muito pouco e, o sentido da garantia vem sido buscado pelos doutrinadores e refletido nas salas dos tribunais em todo o país. Nesse lume, serão expostas inúmeras formas de manifestação do *nemo tenetur se detegere*, muitas reconhecidas por decisões judiciais e estudiosos da matéria sem, contudo, esgotar as possibilidades, mas expondo os casos de maior repercussão no país.

O quarto capítulo abordará, de forma específica, tema decorrente da liberdade de manifestação do acusado em decorrência do direito à não autoincriminação, resultando, para boa parte da doutrina, em um direito de mentir, que, como será exposto, possui muita resistência no direito doméstico.

Por fim, nas considerações finais, será feito um apanhado geral acerca da pesquisa.

O método de pesquisa da presente abordagem é o dedutivo, partindo do conceito geral do *nemo tenetur se detegere*, a fim de analisar, particularmente, várias hipóteses de aplicação do princípio no direito brasileiro.

Quanto aos métodos de procedimento aplicados nesta investigação monográfica, foram adotados o exegético-jurídico, que parte do valor da norma jurídica, buscando, teologicamente, o seu alcance, e o histórico-evolutivo, em razão da grande relevância da perspectiva histórica do desenvolvimento do princípio contra a autoincriminação

A técnica de pesquisa é a bibliográfica, a partir da pesquisa da bibliografia de doutrinadores da área, bem como da norma positiva e decisões judiciais.

## 2. DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

A matéria probatória, em sede de processo penal, assim como todo processo que almeja aplicar uma punição pelo Estado, devem estrita observância à determinados princípios, dentre eles, o da não autoincriminação, direito fundamental que visa preservar os direitos individuais, pelo qual “ninguém é obrigado a acusar a si mesmo<sup>1</sup>” e “ninguém é obrigado a se manifestar<sup>2</sup>”.

### 2.1. ASPECTOS PRELIMINARES: CONCEITO E PONDERAÇÕES INICIAIS

A expressão *nemo tenetur se detegere*, de origem latina, significa que ninguém é obrigado a se descobrir (QUEIJO, 2003, p. 4), ou seja, ninguém é obrigado a se autoincriminar ou a produzir provas contra si mesmo, seja o mesmo indiciado, acusado, testemunha, entre outros. Nenhum indivíduo pode ser compelido, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer, de forma involuntária, qualquer tipo de informação, declaração ou prova que o incrimine direta ou indiretamente.

Na comunidade jurídica anglo-americana (*common law*) este desígnio é conhecido como *privilege against self-incrimination*, que, traduzido para o nosso vernáculo, significa “privilégio contra a autoincriminação”.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem se referido ao princípio valendo-se indistintamente das expressões *nemo tenetur se detegere*, privilégio contra a autoincriminação (*privilege against self-incrimination*) ou, ainda, como direito de permanecer calado, tal como inscrito na Constituição Federal em seu artigo 5º, LXIII<sup>3</sup>.

Trata-se, deste modo, não apenas de um critério de direito natural de defesa daquele sobre o qual recai uma imputação, mas sim, de um autêntico direito

---

<sup>1</sup> “nemo tenetur se ipsum accusare” (COUCEIRO, João Claudino. Op. cit., p. 25).

<sup>2</sup> “nemo tenetur se detegere” (COUCEIRO, João Claudino. Op.cit., p. 25).

<sup>3</sup> Art. 5º, LXIII, CF/1988 – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

fundamental, assegurado pelo texto constitucional. De acordo com OLIVEIRA (2008, p. 332):

(...) 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.

Noutra obra de sua autoria, OLIVEIRA (2004, p. 207), desenvolve:

Na perspectiva de sua origem, pode-se concluir que o nascimento do *nemo tenetur se detegere* está ligado à necessidade de superação das mais variadas formas de absolutismo, estatal ou eclesiástico, que ao longo da história submeteram o homem ao exercício do poder. Seja como instrumento de manipulação religiosa, como ocorreu entre católicos e não-católicos no início da Renascença na velha Inglaterra ou na França, seja como instrumento de imposição de determinada ordem nos sistemas processuais inquisitoriais, a exigência do compromisso de revelação da verdade sempre esteve a serviço de certos poderes públicos, em face dos quais o indivíduo jamais recebia o tratamento de sujeito de direitos.

O seu reconhecimento revela-se como uma grande conquista na história da humanidade, não sendo por outro motivo que FERRAJOLI (2006, p. 560), afirma ser ele a primeira máxima do garantismo processual acusatório, embora grande tenha sido a efervescência de pensamentos para o seu reconhecimento.

Sob a égide do sistema garantista pregado pelo ilustríssimo jurista italiano Luigi Ferrajoli, é plausível observar que todo um processo deve ser garantidor, pois ao tratar de um Estado de Direito regido por uma Constituição eficaz e rígida, torna-se invencível a máxima que deverão estar presentes as chamadas garantias processuais, tais como contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, dentre outras, autorizando a aplicação de uma sanção razoável e utilitária ao devido processual legal.

A Constituição brasileira albergou expressamente o *nemo tenetur se detegere*, sob a forma do direito ao silêncio, ao regulamento do art.5º, LXIII, preconizando que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

A jurisprudência pátria, refletida em decisões do Supremo Tribunal Federal, repele a hipótese de obrigar o acusado (e até mesmo testemunha que possa sofrer prejuízo em processo criminal contra si) a declarar ato passível de servir como prova

contra si, reafirmando a existência do princípio da inexistência de exigibilidade de autoincriminação, como se pode depreender do seguinte julgado de relatoria do Ministro Celso de Mello:

Esta Suprema Corte, fiel aos postulados constitucionais que expressivamente delimitam o círculo de atuação das instituições estatais, enfatizou que qualquer indivíduo “tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. ‘*Nemo tenetur se detegere*’. Ninguém pode ser constrangido a confessar prática de um ilícito penal” (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Em suma: o direito ao silêncio – e o de não produzir provas contra si próprio (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – constitui prerrogativa individual que não pode ser desconsiderada por qualquer dos poderes da República. (STF – HC 96982/DF – Rel. Min. Celso de Mello – Informativo n.º 530 de 24 a 28 de novembro de 2008 – CBI – ABIN – Depoimento – Publicidade (Transcrições)).

O Pretório Excelso, pela lavra do Ministro Celso de Mello, aduziu:

O privilégio contra a autoincriminação traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, assegurado a qualquer indiciado ou imputado pelo art. 5º, LXIII, da nossa Carta Política. Convém enfatizar nesse ponto que, ‘embora aludindo ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (...), a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação’. (Informativo STF n. 120, Habeas Corpus N. 79.812-8 -SP Relator: Min. Celso de Mello).

Ao fazer expressa referência ao direito de permanecer em silêncio, nos termos do supracitado dispositivo, a *Lex Mater* consagrou o aspecto mais conhecido do referido princípio - que já é considerado direito fundamental de primeira geração do imputado - mas que não lhe esgota o conteúdo e alcance, posto que o direito ao silêncio representa apenas uma das suas várias formas de manifestação, aquiesça vasto estudo doutrinário e pretoriano a ser exposto na presente pesquisa.

Nesse passo, LOPES JÚNIOR (2009, p. 192) preleciona:

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, esculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo a qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando interrogado.

O autor acrescenta que do exercício do direito ao silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico ao imputado, na medida em que no processo penal só há presunção de inocência. Por

consequente, qualquer tipo de recusa não autoriza presumir-se a culpabilidade, muito menos poderia configurar o delito de desobediência. O advogado arremata ainda que o princípio da não autoincriminação decorre, não só de poder calar no interrogatório, como também do fato de o imputado não poder ser compelido a participar de acareações, de reconhecimentos, de reconstituições, de fornecer material para exames periciais, tais como exame de sangue, de DNA ou de escrita, incumbindo à acusação livrar-se do ônus ou carga probatória de outra forma.

FIORI (2008, p. 45) caracteriza o *nemo tenetur se detegere* como o direito fundamental de que ninguém poderá ser obrigado a colaborar ou produzir prova contra si mesmo.

NUCCI (2007, p. 91) chega a asseverar que exigir a colaboração do acusado seria admitir a falência da máquina estatal e a fraqueza das autoridades se dependesse dos suspeitos para colher elementos suficientes para fundamentar a ação penal.

Com este princípio, nesse estágio, recai sobre o Estado, no sistema acusatório, o ônus da prova e a missão de desfazer a presunção de inocência em favor do acusado, sem esperar qualquer colaboração de sua parte.

Não restando dúvidas acerca da natureza, eleito como direito fundamental na visão da Suprema Corte, o princípio contra a autoincriminação trata-se de verdadeiro direito contra o Estado.

Logo, o princípio *nemo tenetur se detegere* é direito fundamental, direito à não autoincriminação, que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, contra excessos cometidos na persecução penal, que não se resume ao direito ao silêncio.

## 2.2. NOTAS HISTÓRICAS ACERCA DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

No início da Idade Média, firmou-se o sistema processual inquisitório, que, ao manipular os meios de provas, empregavam a tortura e demais meios insidiosos,

a fim de conseguir a confissão do acusado, então considerada prova máxima em termos de processo penal.

Para QUEIJO (2003, p.100), o interrogatório, nessa fase da história, era considerado meio de prova, inviabilizando a possibilidade de concessão da faculdade de permanecer calado ao acusado, devendo responder aos questionamentos que lhe fossem feitos, não se reconhecendo garantias processuais ao acusado.

Nesse diapasão, nota-se que o acusado era considerado mero objeto de prova no sistema inquisitório, que através da violação da integridade física, psíquica e moral, era obtida a confissão do mesmo.

Nesse modelo de processo penal, era inconcebível a fixação de limites na atividade investigatória da verdade pelo Estado, o qual, em nome do exercício da atividade jurisdicional, livre e lícitamente podia dispor de qualquer recurso, inclusive maus tratos e torturas contra o acusado, a quem cabia unicamente suportá-los e manifestar a “verdade” almejada.

Nesta conjuntura, sucedeu a reação do movimento iluminista contra o sistema processual penal inquisitório e às práticas inquisitoriais dos tribunais eclesiásticos. A respeito disso, leciona QUEIJO (2003, p. 8) que foi no período Iluminista “que o princípio se firmou”, pois, nessa época, foi desmoronada a visão do acusado como exclusivo objeto de prova, passando a ser sujeito de direitos processuais.

De acordo com BITENCOURT (2000, p. 32), por volta da metade do século XVIII, também conhecido por século das luzes, o sistema penal foi alvo de uma profunda e poderosa crítica por pensadores como Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Beccaria, Howard e Bentham, os quais defenderam a liberdade do indivíduo e os princípios da dignidade humana.

O sistema das torturas e dos julgamentos secretos não era congruente com os novos tempos, em que era combatido o emprego da tortura e dos juramentos nos interrogatórios, por ser antinaturalista a declaração daquele que se autoincrimina.

Na obra de BECCARIA (2006, p. 37), *Dos delitos e das Penas*, publicada, pela primeira vez, em 1764, é afirmado que:

É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, seja para que ele confesse a autoria do crime, seja para esclarecer as contradições em que

tenha caído, seja para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado.

(...)

Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem acuse-se a si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade por meio dos tormentos, como se essa verdade estivesse nos músculos e nas fibras do infeliz!

Contudo, o próprio BECCARIA (2006, p. 35), ofereceu certa resistência ao *Nemo tenetur se detegere*, negando ao acusado o direito de permanecer em silêncio diante do Magistrado:

(...) aquele que teima em não responder ao interrogatório a que é submetido deve sofrer uma pena a ser estabelecida pelas leis. É necessário que essa pena seja muito pesada; porque o silêncio de um criminoso, diante do juiz que o interroga, constitui um escândalo para a sociedade e uma ofensa para a justiça, o que se deve prevenir o mais possível.

Lançando, pois, as bases do Estado Liberal, os revolucionários iluministas ergueram as garantias processuais e as transformaram em verdadeiros instrumentos de proteção aos direitos naturais dos cidadãos que se encontravam suprimidos pelo Estado Absolutista.

Uma nova visão do processo penal conjugada a um maior prestígio da dignidade humana, culminou no retorno e renovação dos debates acerca do sistema acusatório nos países da Europa Continental (*civil law*) e num ambiente favorável para o florescer do direito contra a autoincriminação.

A consequência desse movimento culminou com o direito penal clássico, cujos princípios, como a legalidade, culpabilidade, pessoalidade etc., constituem a base da concepção moderna.

De mero objeto de prova, o investigado passou a ser sujeito de direitos, presumindo-se em seu benefício, a inocência (art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789<sup>4</sup>).

O sistema sigiloso, carente de contraditório ou publicidade, no qual o imputado era tido como mero objeto da persecução – submetido ao processo em condição de absoluta sujeição, motivo pelo qual a prática da tortura era comumente aceita a fim de obter-se aquela considerada a rainha das provas, a confissão – foi substituído ao longo da história pelo sistema acusatório, regido em sua plenitude

---

<sup>4</sup> Art. 9º, Declaração dos Direitos do Homem - Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

pelos princípios do contraditório, ampla defesa e publicidade, no qual, o acusado, figura como verdadeiro sujeito de direitos, além da garantia de imparcialidade do magistrado, modelo adotado na maior parte dos Estados Democráticos de Direito.

A prática da tortura se opõe ao atual direito de silenciar, já que era utilizada para obter a confissão. No âmbito do sistema acusatório, predomina o sistema de apreciação das provas do livre convencimento motivado, refletindo que a confissão do acusado não mais represente a prova maior, possuindo valor probatório relativo, como todas as outras a serem apreciadas pelo julgador.

Nessa senda, conclui-se que o *nemo tenetur se detegere* surgiu, fundamentalmente, pela necessidade política de se verem superados os abusos perpetrados pelo regime absolutista no campo do Processo Penal, malgrado a dificuldade de encontrar sua origem precisa, por se tratar de regra geral de direito.

Luiz Flávio Gomes ensina ainda o alicerce natural do *nemo tenetur se detegere*, doutrinando que é da natureza do ser humano não se incriminar, lutando pela sua liberdade, defendendo-se de agressões injustas, entre outros. O autor arremata que:

O direito não pode remar contra a natureza. Como se vê, o direito de não auto-incriminação tem fundamento natural (instinto de preservação ou de auto-preservação, como dizia Bentham). O suspeito ou indiciado ou acusado pode até contribuir para a produção de uma prova incriminatória, mas isso fará se quiser. Obrigado ele não é, mesmo porque ele é presumido inocente.

O princípio é intimamente ligado ao instinto de preservação ínsito ao homem, resultando na dificuldade de se encontrar a sua origem precisa.

Nesse ponto do tema, nota-se que o princípio em estudo foi surgindo aos poucos ao longo da história da humanidade, mas realmente surge como o conhecemos no *privilege against self-incrimination*, modernamente expresso no Direito anglo-americano. Conforme o magistério de QUEIJO (2003, p. 13), o privilégio iniciou o seu desenvolvimento no fim da Idade Média, acabando por surgir como o privilégio contra autoincriminação no *leading case* *Miranda v. Arizona*.

Importa registrar, ainda, que a origem liberal do constitucionalismo norte-americano inscreveu o referido princípio diretamente na 5ª Emenda à sua Constituição, que garante: “ninguém é obrigado no processo criminal a ser

testemunha contra si mesmo!”, o que foi reiterado em diversos julgamentos da Suprema Corte daquela nação.

Aduz, nesse passo, MORAES (2000, p. 286):

(...) a garantia ao silêncio do acusado foi consagrada no histórico julgamento norteamericano ‘Miranda v. Arizon’, em 1966, em que a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, afastou a possibilidade de utilização como meio de prova de interrogatório policial quando não precedido da enunciação dos direitos do preso, em especial, ‘você tem o direito de ficar calado’ (you have the right to remain silent...), além de consagrar o direito do acusado em exigir a presença imediata de seu advogado.

Modernamente, poderá se perceber que o princípio *nemo tenetur se detegere* ganhou caráter garantístico no Processo Penal, condizente com um Estado Democrático de Direito, tal como preconizado e almejado pela Constituição Federal de 1988 e pelas normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

### 2.3. BASE JURÍDICA

Hodiernamente, dois diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos reconhecem o princípio contra a autoincriminação.

A *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* adotou expressamente o direito de não produzir provas contra si mesmo, como verdadeira garantia processual penal, prevista na referida norma internacional (art. 8º, p. 2, g).

O princípio é ainda de inquestionável presença no art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, consignando, literalmente, dispositivo que reconhece o princípio *nemo tenetur se detegere*, estabelecendo-se, assim, que toda pessoa acusada de um crime tem direito “a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.” (art. 14, p. 3, g).

O Brasil ratificou, em 1992, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a *Convenção Americana sobre Direito Humanos* (Decreto n.º 592, de 6.7.1992 e Decreto n.º 678, de 6.11.1992), que expressamente reconhecem o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Por se tratarem de diplomas internacionais que disciplinam direitos humanos, por força do § 2º, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, possuem

natureza (hierarquia) de norma constitucional, ou melhor, direito fundamental em sentido material.

De acordo com QUEIJO (2003, p. 66), ao ratificar estes diplomas internacionais, o Brasil eleva o princípio que veda a autoacusação à categoria de direito constitucional, uma vez que é o mesmo, direito fundamental, e, esclarece:

Tendo em vista a interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional e a relevância atribuída aos direitos fundamentais e ao valor da dignidade humana, parece mais acertado o entendimento de reconhecer hierarquia constitucional aos direitos previstos nos tratados e convenções internacionais, que versam sobre direitos humanos, aos quais o Brasil aderiu.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, apesar de estampar o estado de presunção de inocência do acusado e a proibição da utilização de tortura como meio de obtenção de prova, não prescreveu expressamente em seu texto a garantia que veda a autoincriminação.

De modo mais específico, a *Lex Fundamentalis* garante, a teor do art.5º, LXIII, que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. No âmbito da sistemática processual penal pátrio, pode-se concluir, por interpretação conjunta do art. 186, parágrafo único, e do art. 198, *in fine*, da Lei Instrumental Penal, que o silêncio não importará em confissão, nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

O Código de Processo Penal prevê, em seu art. 186, o direito do acusado de ser advertido do “direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”, sendo que “o silêncio, que não importará em confissão, nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Nesse lume, de acordo com HADDAD (2005, p. 125), o princípio contra a autoincriminação, modernamente, encontra-se consagrado em ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, afastando “as presunções e indícios desfavoráveis à defesa e acrescentou ao interrogatório maiores características defensivas, porque não há mais o ônus, nem o dever de o preso ou o acusado fornecerem elementos de prova que o prejudique”.

Nesse contexto, é de clareza cristalina a adoção do *nemo tenetur se detegere* no sistema processual penal do nosso país, seja pela interpretação dos supramencionados diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário, ou mesmo derivado de interpretação sistêmica entre a Constituição Federal e a Lei instrumental penal pátria.

Como já consignado em outrora do presente trabalho, o *nemo tenetur se detegere* não se resume ao direito ao silêncio expresso na Carta Magna, mas são variadas suas formas de manifestação no processo penal, encontrando aplicabilidade em inúmeras situações no tocante à matéria probatória.

Sob a análise dos dispositivos constitucionais, legais e instrumentos internacionais referentes ao princípio, inexistente a previsão ampla de facultatividade de participar da produção de provas específicas. E isso, em absoluto, representa restrição ao direito do acusado de não se incriminar, limitando-o ao silêncio deste, mas chama atenção em virtude da massificada discussão acerca da extensão dessa garantia no âmbito probatório.

A essência, portanto, do princípio em pauta, como mencionado quando da sua análise histórica, é a tutela da integridade física e mental do acusado, evitando arbitrariedade do Estado na *persecutio criminis*. Contudo, surge nítida divergência em certo ponto da persecução, entre o interesse do Estado em punir aquele que praticou uma conduta criminosa, em face da garantia do sujeito não participar da produção probatória que lhe prejudica. Em razão disso, há enorme questionamento acerca da extensão do direito ao silêncio, sobrelevando-se, de fundamental importância, a interpretação pretoriana acerca do tema.

Ao definir a natureza jurídica da garantia, o Supremo Tribunal Federal assentou que a vedação de autoincriminação constitui direito público subjetivo do indivíduo (voto concorrente do Ministro Celso de Mello no Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, Pleno32) de estatura constitucional e aplicabilidade absoluta, sendo, portanto, plenamente oponível ao Estado (Habeas Corpus nº 68.929-9/SP, Primeira Turma33). A referida Corte já se manifestou que a expressão "preso", constante no texto constitucional, é direcionada a qualquer indivíduo em qualquer procedimento, seja investigatório, seja em juízo penal.

Os demais aspectos substanciais do princípio da não autoincriminação, que ultrapassam o exercício do direito ao silêncio, vêm sendo reconhecidos pela

jurisprudência brasileira, podendo consistir na recusa do suspeito em soprar o etilômetro, que almeja aferir se há álcool ou substâncias afins em seu organismo (impedindo a produção de provas contra si mesmo), a recusa em participar da reconstituição simulada do crime, em que pese à divergência quando a obrigatoriedade da sua presença na simulação, o *direito de não ceder* material gráfico para exame grafotécnico, assim como, a negativa no fornecimento de material genético a ser utilizado em exame de DNA, de acordo com o Habeas Corpus 96.219-SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

### 3. CONFORMAÇÃO PRETORIANA E DOUTRINÁRIA AO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico pátrio não contempla, de forma expressa, um direito amplo de não participar dos inúmeros meios de prova, mas a previsão de situações específicas e pontuais em que a colaboração deixa de ser obrigatória. Entrementes, o silêncio não importa optar por uma interpretação literal ou mesmo restritiva – está longe de ser essa a posição da doutrina brasileira –, limitando-se o direito ao silêncio do acusado, mas também, não se deve ensejar interpretações excessivamente extensivas, que assegurem a faculdade do acusado não produzir quaisquer provas aptas a levá-lo à condenação pela prática de infração penal.

O princípio contra a autoincriminação já recebeu inúmeras terminologias do egrégio STF, como simplesmente “direito de permanecer calado<sup>5</sup>”, “privilegio contra autoincriminação<sup>6</sup>”, garantia, faculdade e, asseverou que o princípio abarca o direito de permanecer calado, mas que esse é mera feição de uma garantia maior, refletida usualmente pelo dizer latino *nemo tenetur se detegere*<sup>7</sup>.

Esse ponto é relevante porque, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Magna Carta, desde a promulgação do seu texto, em 1988, tem conformado importante alcance do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico pátrio, não apenas quanto às hipóteses de invocação do direito, mas também em relação aos beneficiários, estendendo a garantia à todas as pessoas passíveis de sofrer a persecução penal<sup>8</sup>, incluindo as testemunhas<sup>9</sup>, não se limitando ao indiciado ou acusado.

Conquanto, a Constituição Federal de 1988 dispôs sobre o direito de conservar-se em silêncio, segundo a pesquisa da concepção pretoriana, a expressão “permanecer calado” pode compreender a inexigibilidade de colaboração com a investigação (recusa de participar de reconstituição do crime, de fornecer material para exame grafotécnico ou de padrão vocal) e, inclusive, em alguns julgados, a possibilidade de opor-se à ação estatal que visa a sua responsabilização

---

<sup>5</sup> STF-HC 68742/DF.

<sup>6</sup> STF-MSMC 23576 E HC 68742/DF.

<sup>7</sup> STF-HC 69818/SP.

<sup>8</sup> STF-HC 68742/DF E HC 69026/DF.

<sup>9</sup> STF-HC 79812/SP.

criminal (negando falsamente a prática do crime ou fornecendo material gráfico deliberadamente falso, visando a prejudicar as conclusões do exame pericial<sup>10</sup>), como se verá adiante.

### 3.1 PRINCIPAIS MANIFESTAÇÕES DO *NEMO TENETUR SE DETEGRE* NO SISTEMA PROBATÓRIO DO PROCESSO PENAL PÁTRIO

Procedendo à uma análise dos acórdãos da mais elevada instância do Poder Judiciário nacional, percebe-se a cristalina ampliação do constitucionalmente tratado direito ao silêncio, entendido não apenas como o direito de não realizar declarações de autoinculpação, como também o direito de não colaborar, ativa ou passivamente, em diversos meios de prova, orais ou não, que possam servir como elemento contrário aos interesses do acusado.

A manifestação mais comum do *nemo tenetur se detegere*, indubitavelmente, revela-se no direito ao silêncio, na forma de não colaboração de forma ativa oral, lavrado em diversos julgados do Pretório Excelso, mas bem elucidado no Habeas Corpus 99.289-7-RS:

A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente a pessoa exposta a atos de persecução penal. O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios. (RTJ 141/512).

No sistema jurídico brasileiro, comumente, sustenta-se a necessidade e obrigatoriedade do acusado de cometer uma infração penal submeter-se a determinado tipo de prova ou comparecer perante autoridades, em que pese esse dever de colaboração não possuir base jurídica no processo penal doméstico.

Já foi dito nessa pesquisa que o *nemo tenetur se detegere* aplica-se no campo probatório do processo penal. Desse modo, far-se-á uma análise das principais

---

<sup>10</sup> (Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, Pleno; nº 72.815-4/MS, Primeira Turma44; e, nº 79.781-4/SP, Primeira Turma45).

formas de manifestação da garantia na sistemática processual penal. Contudo, como o princípio conta com espectro abrangente, e sua extensão vem sendo paulatinamente ampliada, o presente capítulo abordará as situações de maior repercussão no direito pátrio, tendo em vista a destacada aplicabilidade no processo penal, sem, contudo, esgotar o tema.

A Carta Magna, ao consagrar o direito ao silêncio, disse muito pouco, e a garantia foi complementada em seu conteúdo pela doutrina e por decisões judiciais, em especial, emanadas pelo STF, transformando o direito vigente, nos termos da lição de HADDAD (2005, p. 18).

Afirmar ter a Constituição Federal de 1988 consagrado apenas o direito de permanecer calado, de modo a limitar-se a falta de colaboração ao testemunho oral, vai contra a firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e contra robusta doutrina. Para HADDAD (2005, p. 264), o direito de permanecer calado é “expressão sinedóquica do princípio contra a autoincriminação e compreende todas as ações que redundem em exigir do acusado prova de sua responsabilidade penal.”

A delimitação é encontrada também na doutrina processual penal, preconizando que nenhum acusado é obrigado a produzir provas contra si, refletindo não apenas o direito ao silêncio, mas uma macrogarantia de autodeterminação do acusado, que abrange expressões orais, escritas (em relação às escusas), físicas e, igualmente, a carência de um dever de colaboração do réu em matéria probatória, permitindo a livre eleição do comportamento processual que mais lhe seja proveitoso.

Em capítulo próprio, far-se-á uma apreciação sucinta doutrinária e jurisprudencial acerca de um suposto direito de mentir do acusado, que há muito ocupa estudiosos do tema.

No Brasil, através da pesquisa das decisões da Corte Máxima, nota-se que o princípio contra a autoincriminação não se reduz ao direito de permanecer calado, e ultrapassa as manifestações orais, inclusive como já foi mencionado anteriormente. Sob outras formas de produção de prova, admitiu o Supremo Tribunal Federal, a opção do acusado em fornecer ou não elementos a si desfavoráveis; ao se recusar a participar da reconstituição de crime; em outro acórdão, afirmou sequer ser possível valer-se da condução coercitiva dos réus à diligência de reprodução simulada do

delito, pois não podiam ser compelidos a colaborar na apuração da verdade contra eles<sup>11</sup>. Da mesma forma decidiu ser legítima a recusa do acusado em fornecer padrões gráficos do próprio punho para exames periciais, visando a instruir procedimento investigatório do crime de falsificação de documento<sup>12</sup>.

Enquanto determinada corrente doutrinária combate uma suposta interpretação excessivamente extensiva da garantia de não se autoincriminar, então compreendida como o direito de não colaborar em qualquer fase de qualquer procedimento contra si instaurado, diversa vertente de doutrinadores defende a imposição de limites a essa garantia, tratando-a não como direito absoluto, mas prerrogativa demarcada por outros direitos coexistentes, não concebendo, por exemplo, a imunidade de colaboração nos casos em que alguém é obrigado a participar da produção probatória, sob pena de inerente de falibilidade da persecução penal e inegável prejuízo à busca da verdade no processo penal.

Do ponto de vista de um direito absoluto, a doutrina emerge que restaria aniquilada a possibilidade de sucesso da persecução penal.

Nesse ponto, uma análise da jurisprudência pátria demonstra que vem sendo admitida uma interpretação ampla do direito ao silêncio, entendido não apenas como direito de não realizar declarações de autoinculpação, mas como o direito de não colaborar, ativa ou passivamente, em qualquer meio de prova, oral ou não, que possa vir a servir de elemento contrário aos interesses do acusado.

### 3.1.1 DO DIREITO AO SILÊNCIO

Irretorquivelmente, o direito do acusado de permanecer em silêncio (em processos judiciais, procedimentos administrativos, ou em inquérito policial), e de se recusar a responder as perguntas que lhe forem formuladas, está elencado entre

---

11

RHC 64.354/SP.

12

HC 77.135/SP.

aquelas garantias mais caras albergadas pela Constituição Federal de 1988. Intangível até mesmo ao constituinte derivado<sup>13</sup>.

Silenciar é simplesmente abster-se de falar. No Processo Penal, quem cala não aceita uma imputação, mas goza de prerrogativa constitucional de autodeterminação e defesa.

QUEIJO (2003, p. 190) leciona que “o direito ao silêncio corresponde ao direito de não responder às indagações formuladas pela autoridade. É o direito de calar, reconhecimento da liberdade moral do acusado”.

Segundo conformação do Pretório Excelso, o direito ao silêncio constitui garantia “de expressiva importância político jurídica, que impõe limites bem definidos ao campo de desenvolvimento da atividade persecutória do Estado” (Habeas Corpus nº 68.929-9/SP, Primeira Turma<sup>14</sup>).

O imputado pode invocar o princípio constitucional em qualquer momento da persecução criminal, segundo orientação da mais elevada instância do Judiciário pátrio, resguardando-se na garantia constitucional de permanecer silente, posto que no sistema acusatório, o ônus probatório é da acusação. TOURINHO (1997, p. 273), preleciona que:

(...) o acusado tem a faculdade de responder, ou não, às perguntas que lhe forem formuladas pelo Juiz. É a consagração do direito ao silêncio que lhe foi conferido constitucionalmente como decorrência lógica do princípio do *nemo tenetur se detegere* e do da ampla defesa. É possível que o Magistrado tenha uma impressão desfavorável quando o acusado guardar silêncio, entretanto, não se pode admitir que tal impressão desfavorável se converta em indício para um decreto condenatório. O acusado é um único árbitro da conveniência, ou não, de responder. E ninguém pode impedir-lhe o exercício desse direito. Muito menos de ameaçá-lo, sob a alegação de que o seu silêncio poderá prejudicar-lhe a defesa. Do contrário, a defesa não estaria sendo ampla, nem respeitado o seu direito ao silêncio.

Assim sendo, a seguir, expor-se-á as principais manifestações do direito ao silêncio no processo penal do Brasil, que ultrapassam o direito do sujeito passivo da persecução penal de permanecer calado, fruto de intenso labor do Poder Judiciário nacional, que ampliou consideravelmente o alcance da norma constitucional que trata do direito ao silêncio.

---

<sup>13</sup> Tamanha a supremacia dos direitos e garantias individuais, que explicitamente a Constituição Federal proibiu sua reforma tendente a abolição no art.60, p. 4, IV, *in verbis*: “Não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir: [...] os direitos e garantias individuais.”.

<sup>14</sup> HC 68.929-9/SP.

Como há de se perceber, a garantia contra autoinculpação em enfoque, é mais perceptível no direito ao silêncio do acusado, em especial, na seara do interrogatório, apesar de não se limitar a essa manifestação, como se analisará adiante.

TOURINHO (1997, p. 269), avalia o interrogatório como “Um dos atos processuais mais importantes da persecução penal, por meio do qual o juiz ouve do pretense culpado esclarecimentos sobre a imputação que lhe é feita e, ao mesmo tempo, colhe dados importantes para o seu convencimento”.

É de suma importância destacar que o interrogatório é a chance do acusado de expor à autoridade a sua versão dos fatos. LOPES JÚNIOR (2009, p.188), ensina que o interrogatório é o momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de atuar de forma efetiva – comissão –, expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa.

Acerca da interpretação do direito ao silêncio albergado na Constituição Federal, HADDAD (2005, p. 39), arremata:

A previsão constitucional não garante a mera possibilidade processual de cair-se, mas assegura o silêncio como um direito público subjetivo e como um amplo direito fundamental inerente à liberdade pessoal. A inclusão do direito de permanecer calado no texto constitucional é clara opção por um processo penal em que os direitos fundamentais se colocam como valores preponderantes, impondo limites e freios à persecução penal. Processo penal é alcançar equilíbrio entre o respeito aos direitos fundamentais do acusado e os interesses de repressão do Estado, ou seja, c fazer coexistir liberdade e segurança.

Apesar da sua posição no Código de Processo Penal, no capítulo reservado às espécies probatórias, com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXIII, estabeleceu-se o direito ao silêncio. A partir de então, predominantemente, posiciona-se a doutrina em entender o interrogatório como meio de defesa.

Entende Paulo Rangel que o interrogatório “tem a natureza jurídica de um meio de defesa, pois é dado ao acusado o direito constitucional de permanecer calado, sem que o silêncio lhe acarrete prejuízos”.

Essa autodefesa é erigida na garantia contra a autoincriminação, que, como visto no presente estudo, é resultado da reação contra as arbitrariedades

inquisitoriais praticadas em outro momento da história da humanidade, que buscava, precipuamente, a confissão do acusado no interrogatório.

COUCEIRO (2004, p. 23), nos diz que “o direito ao silêncio é o selo que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa, e que assegura a liberdade de consciência do acusado”. Para o autor, a garantia do interrogatório é vista como “meio de defesa, ante a garantia ao imputado, de vários meios de defesa, como, por exemplo, o de não comparecer em juízo com o intuito de não ser reconhecido, impedindo desta forma a auto-incriminação”.

Percebe-se, portanto, reforçada a natureza jurídico-constitucional de autodefesa do interrogatório, pela qual o acusado apresenta a sua versão, fica em silêncio ou faz o que lhe for mais conveniente.

Nossa lei de ritos penal, aceitando o princípio expresso na fórmula latina *nemo tenetur se detegere*, prescreveu no 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”.

O acusado deve ser intimado da realização do interrogatório, mas, segundo maior parte da doutrina, não tem obrigação de comparecer, de acordo com a técnica defensiva que melhor lhe aprouver e, comparecendo, não está obrigado a prestar nenhum tipo de declaração, resguardando-se o direito constitucional de permanecer calado.

Porém, de acordo com o ordenamento jurídico nacional, se o imputado é intimado e comparece em juízo, mas não é advertido sobre o direito que lhe cabe de calar-se, tal audiência será nula<sup>15</sup>, em face do flagrante desrespeito à um preceito constitucional, resultando em autoincriminação involuntária por desconhecimento da lei. O imputado deve ainda ser informado que o exercício de seu direito não lhe será prejudicial, resguardando a liberdade de autodeterminação no interrogatório.

---

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito ao silêncio. HC 82.463/MG. Sebastião Edmundo da Silva, Getúlio José Martins, Turma Recursal da JE Cível e Criminal da Comarca de Barbacena. Relator: Minist Ra Ellen Gracie. 05 de novembro de 2002. In: Diário Oficial de Justiça, vol. 02096-04, p. 00745, 19 dez. 2002. Tal direito deve ser informado e esta informação deve ser documentada formalmente, conforme orientação do STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Auto defesa. HC 80.616/SP. Marcelo Cury, Márcio Thomaz Bastos e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. 18 de setembro de 2001. In: Diário Oficial de Justiça, vol. 02143-03, p. 00486, 12 mar. 2004).

A advertência está relacionada à validade do consentimento do acusado em colaborar, e o consentimento depende da capacidade do acusado de dispor do seu direito, bem como da disponibilidade deste direito, devendo a anuência ser anterior ou contemporânea à colaboração.

Nesse sentido decidiu o Pretório Excelso, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122.279/RJ, de lavra do Ministro Gilmar Mendes, anulando o processo em que o réu não fora advertido do seu direito ao silêncio, na esteira em que a denúncia baseou-se apenas na confissão do mesmo, restando em flagrante prejuízo para o acusado a falta de advertência do seu direito.

Segundo interpretação sistêmica do ordenamento jurídico pátrio, abstrai-se a faculdade do acusado responder, ou não, às perguntas que lhe forem propostas pelo Juiz, consagrando o direito ao silêncio que lhe foi conferido constitucionalmente como decorrência lógica do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

SANDEVILLE (1991, p. 241), aduz com propriedade sobre o significado do silenciar: “calar não significa confessar nem admitir a imputação. Também não significa não ter respostas, mas tão somente não querer fazer uso de uma faculdade processual, por motivo de foro íntimo ou para evitar prejuízos”.

De sorte não se poder, sequer, extrair conclusões desfavoráveis ao interrogado ou suspeito que esteja prestando esclarecimentos, pelo simples fato de ter-se calado. Isto é, de ter feito uso da prerrogativa de se abster de fornecer qualquer tipo de manifestação, em especial das que o possam incriminar. Para TOURINHO (2003, p. 273):

(...) o acusado tem a faculdade de responder, ou não, às perguntas que lhe forem formuladas pelo Juiz. É a consagração do direito ao silêncio que lhe foi conferido constitucionalmente como decorrência lógica do princípio do *nemo tenetur se detegere* e do da ampla defesa. É possível que o Magistrado tenha uma impressão desfavorável quando o acusado guardar silêncio, entretanto, não se pode admitir que tal impressão desfavorável se converta em indício para um decreto condenatório. O acusado é um único árbitro da conveniência, ou não, de responder. E ninguém pode impedir-lhe o exercício desse direito. Muito menos de ameaçá-lo, sob a alegação de que o seu silêncio poderá prejudicar-lhe a defesa. Do contrário, a defesa não estaria sendo ampla, nem respeitado o seu direito ao silêncio.

Desse modo, sendo o silêncio direito do acusado, não se poderá, segundo o direito brasileiro, extrair dele qualquer consequência prejudicial, sob pena de esvaziar por completo o direito, nem dele se extrair ilações que sejam desfavoráveis,

pois seria um verdadeiro paradoxo permitir que alguém viesse a ser sancionado, ou tido seu estado jurídico agravado, exatamente por ter se valido de uma franquia constitucional. Destarte, o exercício do direito de permanecer calado não autoriza, em regra, que se colijam conclusões desfavoráveis ao acusado que legitimamente fez uso do direito. Não se deve extrair do exercício do direito uma autoincriminação, tampouco tratar o acusado como se culpado fosse<sup>16</sup>.

Nessa senda, QUEIJO (2003, p. 192-194), arremata que o silêncio: “não tem conotação valorativa, não é sinônimo de confissão ou culpabilidade, é exercício de defesa, seja da autodefesa, seja da defesa técnica, é direito contemplado pelo respeito à liberdade e a dignidade do homem”. Indaga a autora: “De que lhe serviria o direito de calar-se, ante aquela ameaça de que o seu silêncio poderia prejudicar-lhe a defesa?”.

Quanto à extensão do direito ao silêncio no interrogatório, há discussão acerca da sua aplicabilidade na identificação e no mérito, ou apenas quanto ao mérito do referido ato.

Para a corrente majoritária, o direito ao silêncio do acusado somente abrange o interrogatório de mérito, ou seja, incide apenas sobre as declarações sobre o fato delituoso em debate e não sobre aquelas que dizem respeito à identidade da pessoa. Assim sendo, segundo a doutrina maior, o acusado está obrigado a responder as perguntas do artigo 187, §1º do CPP, sob pena de crime de desobediência (artigo 330 do Código Penal) e, se o fizer de forma incorreta, cometer o crime de falsa identidade (artigo 307 do Código Penal).

Segundo CAPEZ (2014, p. 324):

Como manifestação do direito de defesa, ao réu é dado silenciar-se apenas em relação ao interrogatório de mérito (art. 187, § 2º). A prerrogativa do direito ao silêncio não se aplica sobre a primeira parte do interrogatório (art. 187, § 1º), que cuida da identificação do réu, já que nesse momento não há espaço para qualquer atividade de cunho defensivo.

O autor ressalva que a negativa do acusado em responder às perguntas de identificação caracteriza contravenção penal (Lei de Contravenções penais, art. 68).

---

<sup>16</sup>

A correta identificação do acusado é imprescindível para uma correta persecução penal, e, por conseguinte, a atual orientação da doutrina e jurisprudência do país tem entendido pela configuração do crime de falsa identidade daquele que se qualifica falsamente em juízo, como se analisará no capítulo referente ao suposto direito de mentir, ou ainda, poderia configurar verdadeira infração penal, caso haja correspondência entre a conduta do acusado e os elementos objetivos e subjetivos de determinado tipo penal, como a denúncia caluniosa ou mesmo a autoacusação falsa, fato altamente perturbador do normal funcionamento do Poder Judiciário na persecução penal.

Do mesmo modo, a garantia da não autoincriminação é bem perceptível em sede do ato de confissão, definido como sendo o ato de reconhecimento, feito pelo indiciado ou pelo acusado, da imputação que lhe é feita. É admitir contra si, a prática de um crime, perante autoridade competente, por ato voluntário do acusado.

Conhecida como um meio de prova, embora alguns autores a considerem um meio de prova atípico, sob a argumentação de que a confissão é o resultado de uma vontade do réu, para melhorar sua defesa, regida pela liberdade de declaração.

Houve tempo em que a confissão era considerada a rainha das provas, porque ninguém melhor do que o acusado pode saber se é ou não culpado. Tão importante era ela que se torturava o pretense culpado para arrancar-lhe o reconhecimento de sua culpabilidade.

De acordo com o direito positivo brasileiro, a confissão não pode mais ser imposta como obrigação do acusado, aboliu-se a figura do juramento do réu em falar a verdade e o direito de permanecer calado foi acolhido expressamente pela Carta Maior.

A confissão pode advir no interrogatório, que não desrespeitará o princípio de que ninguém é obrigado a se descobrir, quando expressa, livre, voluntária e pessoalmente realizada, diante de autoridade competente, consistindo na admissão da prática de determinado crime, conforme doutrina de Maria Elizabeth Queijo (2003, p.91). A confissão, neste caso, é meio de prova e não tem valor absoluto, devendo ser valorada no conjunto probatório, conforme inteligência do art. 197 do Código de Processo Penal, verificando se entre ela e o restante das provas existe compatibilidade.

Nem poderia ser de outra forma, pois o Estado não quer culpar um inocente. Há, pois, interesse público em questão, devendo o Juiz confrontar a confissão com

as demais provas, pesquisando possível compatibilidade ou concordância, para não incidir no erro de aceitar como verdadeira uma autoacusação falsa. Desse modo, propugna-se pela relativização do peso do instituto, devendo ser avaliada e mensurada em cotejo com os demais elementos de prova colacionados no processo, a fim de aferir sua credibilidade.

A confissão merece tratamento especial, visto que foi a sede da primeira manifestação do princípio contra a autoincriminação, quando se proscreeu a obrigação de confessar. A supressão do juramento reforçou a liberdade de declaração, permitindo ao acusado se expressar livremente, e, juntamente com a não obrigatoriedade da confissão, contribuiu para afastar a tortura do processo.

Sob a égide do *nemo tenetur se detegere*, pregam a liberdade de autodeterminação do acusado, assegurando que este pode optar pelo gozo do direito ao silêncio, ou pode manifestar as declarações que entender mais convenientes à sua defesa.

Certa doutrina tem contornado o princípio contra a autoincriminação, conferindo-lhe espectro considerado muito abrangente para outros. Parte defende que, no exercício da autodefesa, protegida pelo princípio contra autoincriminação, o acusado teria direito de mentir em suas manifestações, com vistas a não produzir provas que possam incriminá-lo no futuro. Contudo, essa posição carrega muita resistência e será dedicado capítulo específico nesse estudo. Contudo, faz-se mister registrar a posição de FERRAJOLI (2001, p. 608) quanto ao tema:

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

No contexto da confissão, a doutrina milita por uma liberdade de declaração, posto que, nos sistemas processuais modernos, dispensa-se a participação do acusado na produção de provas da sua inocência, visto que o ônus probatório resta a cargo da acusação. Nessa senda, como o acusado é sujeito de direitos

processuais e não mais objeto de prova, as garantias processuais devem ser respeitadas em seu favor.

De acordo a legislação Brasileira qualquer coação que vise obrigar outrem a se confessar é ilícita e configurará crime de tortura de acordo com a alínea “a”, inciso I, art. 1º da lei 9.455/97.

Portanto, a confissão, de início, não confronta o princípio *nemo tenetur se detegere*, configurando verdadeira prerrogativa do acusado, podendo ser utilizada como importante técnica de defesa. Contudo, caso haja violação à referida garantia, através de tortura ou meios coercitivos para alcançá-la, a doutrina pugna pela configuração de constrangimento ilegal, recaindo na ilicitude a declaração obtida através da afronta ao direito fundamental.

Sobre este tópico do tema, vale registrar que, esta garantia de silenciar, de não produzir provas contra si mesmo, em um determinado momento, depara-se com a busca da verdade, objeto de todo processo.

Na sequência, surge o problema suscitado por GRINOVER (1976, p. 28), quando questiona a “que espécie de processo penal se pretende construir? Como solucionar o contraste Estado-indivíduo...?”. De um lado, se faz presente o interesse do Estado em aplicar a justiça; de outro, este mesmo Estado garante ao indivíduo as prerrogativas de não se autoincriminar, podendo assim não responder a nenhuma pergunta que lhe seja direcionada. QUEIJO (2003, p. 243-244), nesse sentido, adverte:

(...) 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 ao direito à prova ilimitado, sobretudo com a colaboração inarredável do acusado, e à busca irrestrita da verdade.

Muito embora exista o interesse público na persecução penal, os interesses do indivíduo devem ser respeitados, visto que tutelado por direitos e garantias constitucionais, em atenção ao sistema garantista ensinado por Ferrajoli. O princípio *nemo tenetur se detegere*, desse modo, ganhou caráter garantístico no processo penal hodierno.

Busca-se um ponto que equilíbrio a dirimir a tensão entre as garantias individuais e o interesse social e do Estado na persecução penal, almejando a proteção da sociedade através da punição daquele que comete um ilícito penal.

Certa doutrina pugna por encarar o princípio contra autoincriminação não como direito absoluto, mas demarcado por outras prerrogativas no direito pátrio.

Nesse sentido, HADDAD (2005, p. 68) preconiza que:

(...) apesar de o processo penal trazer garantias contra as ingerências do Estado, a proteção conferida ao indivíduo não é e não pode ser absoluta, sob o risco de transformar a pesquisa da verdade e o exercício da potestade estatal em figuras cativas à vontade do réu.

Contudo, o tema não é pacífico.

### 3.1.2 REPRODUÇÃO SIMULADA DE CRIME

A reprodução simulada é a verdadeira reconstituição do crime, que visa, precipuamente, esclarecer a forma como se deu a infração, a ser realizada a critério da autoridade policial (art. 7º, CPP<sup>17</sup>).

Vale salientar, *ab initio*, que pesa divergência acerca da obrigatoriedade do acusado comparecer e participar do aludido expediente, sob a luz da garantia da não autoinculpação. Inexiste, no direito doméstico, base jurídica acerca da obrigatoriedade de participação do acusado na produção probatória, e a suposta imunidade é fruto de labor doutrinário e jurisprudencial, que tem, gradativamente ampliado os contornos do princípio contra autoincriminação.

Segundo CAPEZ (2005, p. 85), obriga-se, contudo, mesmo não desejando participar, a comparecer no dia e hora aprazados, em atenção à determinação da autoridade policial, sob pena de condução coercitiva (art. 260, CPP). O autor assegura:

O indiciado poderá ser forçado a comparecer (CPP, art. 260), mas não a participar da reconstituição, prerrogativa que lhe é garantida pelo direito ao silêncio e seu corolário, o princípio de que ninguém está obrigado a fornecer prova contra si (CF, art. 5º, LXIII). Qualquer ato destinado a compeli-lo a integrar a reprodução simulada do crime configura atentado ao privilégio da

---

17

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

não incriminação possibilita a invalidação total dessa prova, por meio de *habeas corpus* (nesse sentido: STF, RTJ, 142/855).

TÁVORA (2009, p. 94), contudo, pensa que deve prevalecer a posição em sentido contrário, “afinal, se não há obrigação de participar, também não há de estar presente. O comparecimento poderia desaguar num constrangimento ilegal de caráter acusador”.

Nesse contexto de ideias, a decisão no Habeas Corpus nº 69.026-2/DF, Primeira Turma, estabeleceu a impossibilidade de constranger o acusado a participar do ato de reconstituição do crime, constituindo efetivo precedente que poderia ser invocado em outras ocasiões em que se examinou a obrigatoriedade do acusado de colaborar com a investigação. Eis um trecho da ementa proferida pelo Pretório Excelso:

O SUPOSTO AUTOR DO ILICITO PENAL NÃO PODE SER COMPELIDO, SOB PENA DE CARACTERIZAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO, A PARTICIPAR DA REPRODUÇÃO SIMULADA DO FATO DELITUOSO. (HC 69.026, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 10/12/1991, DJ 04-09-1992 PP-14091 EMENT VOL-01674-04 PP-00734 RTJ VOL-00142-03 PP-00855). (grifado)

Sob esse passo de juízas, e à luz do entendimento pretoriano acerca da garantia, não comete nenhuma infração aquele que se recusa a participar da reconstituição da cena do crime. Se ele não é obrigado a acusar a si próprio, se ele tem o direito constitucional de permanecer calado, não teria, como não tem sentido, ser eventualmente processado por desobediência pelo simples fato de se recusar a contribuir para a descoberta de provas contra o mesmo.

TOURINHO FILHO (2004, p. 251), que faz parte da corrente majoritária, entende não ser possível que, pelo uso de um direito, o autor possa ser enquadrado, pelo crime de desobediência, uma vez que estaria contribuindo para a não produção de provas contra si mesmo.

Nesse sentido já se pronunciou o STF (RT, 697/385; RTJ, 142/855):

(...). Reprodução simulada do crime. Diligência requerida pelo Ministério Público e deferida pelo juiz. Recusa de comparecimento pelo acusado. Prisão preventiva decretada. Inadmissibilidade. Hipótese em que a recusa constitui faculdade concedida ao réu (...). Constrangimento ilegal caracterizado. Habeas corpus concedido. (...). (RT 624/372).

Nesse contexto de opiniões, na análise do Recurso em Habeas Corpus 64.354<sup>18</sup>, de lavra do Ministro Sydney Sanches, o STF decidiu que “Se a prisão preventiva (...) foi decretada apenas e tão somente porque não se teriam disposto a participar da diligência de reprodução simulada do delito de homicídio (...), ficou caracterizado constrangimento ilegal (...)”.

Logo, na atual visão do *nemo tenetur se detegere*, segundo decisões do guardião da Constituição, a garantia respalda a inexistência de dever de comparecimento do acusado para colaborar na produção de prova, o que só poderá tornar-se exigível diante de lei regulamentando o assunto. E, nesse caso, mesmo havendo lei específica dispondo acerca do dever de colaboração do acusado na produção do manancial probatório, poderia surgir outro problema - como se verá mais à frente - uma hipótese de conflito entre a legalidade e as garantias fundamentais da pessoa humana, posto que o princípio contra a autoincriminação recebeu tratamento de garantia fundamental pela Corte Maior.

Nesta linha, não sendo o acusado objeto de prova, não seria obrigado a colaborar em sua produção, principalmente porque assim o fazendo poderá se autoincriminar, e sua recusa não poderia configurar crime de desobediência. Contudo, em determinados casos, este direito poderá ser restrito em função da viabilidade e prestígio da persecução penal.

A posição sobre a exigência de participação do acusado é controversa, não apenas nesse expediente processual, mas em várias outras oportunidades de produção de provas. A doutrina distingue acerca da colaboração ativa e passiva do acusado, e segundo a maioria, a exigência de participação passiva do acusado não fere o *nemo tenetur se detegere*, mas a questão está longe de ser pacífica.

### 3.1.3 EXAME GRAFOTÉCNICO

O exame escrito, caligráfico, grafológico ou grafotécnico se presta a identificar a autoria de determinado documento, reconhecendo o responsável pelo

---

<sup>18</sup>

STF, RHC 64.354, rel. Min. SYDNEY SANCHES.

escrito, que se faz através da comparação de letras por peritos. Sua aplicação se dá, especialmente, nos crimes de falsidade de escritos, com previsão no art. 174<sup>19</sup> da lei instrumental penal brasileira.

Quando da sua realização, inicialmente, deve haver a intimação da pessoa a quem se atribui o escrito para que compareça ao ato. Há divergência doutrinária acerca da possibilidade de condução coercitiva ante a ausência injustificada, mas a presente pesquisa não irá se prender a essa questão.

Para que a comparação documental seja realizada, o documento que vai servir de paradigma pode ser qualquer um reconhecidamente escrito pelo indivíduo, ou judicialmente reconhecido como dele. Neste caso, funcionaria como verdadeira prova emprestada entre processos. Admitem-se ainda os documentos sobre cuja autenticidade não exista dúvida. Pode ainda a autoridade requisitar os documentos existentes em arquivos ou repartições públicas, ou realizar a perícia no local onde estes se encontrem se de lá não o puderem ser retirados.

Registre-se que, se o material existente for insuficiente para a realização da perícia, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado, como forma de serem colhidos elementos suficientes para a realização do exame.

Contudo, sob a luz do *nemo tenetur se detegere*, não se acorda quanto à obrigatoriedade da colaboração, pois, assevera maior parte da doutrina que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo. A omissão em fornecer o escrito para a comparação não poderia levar à presunção de culpa em desfavor do imputado, nem configura o crime de desobediência.

O Pretório Excelso entende no sentido de que é ato inerente à defesa a não autoincriminação, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 77.135-8/SP, Primeira Turma, de relatoria do ministro Ilmar Galvão, declarando atípica a conduta de quem deixa de fornecer padrões gráficos para realização de exame pericial que

---

<sup>19</sup> Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:

I - a pessoa a quem se atribui ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada; II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida; III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados; IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

poderia incriminá-lo, interpretando o Código de Processo Penal a partir da nova perspectiva processual penal sob a égide da Constituição de 1988:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido”. (cf. Informativo STF n. 122, set.1998).

Por tal julgado, percebe-se, sob a ótica do STF, não ser coerente a aplicação do crime de desobediência ao autor que se recusa a não submeter-se a todo e qualquer tipo de perícia que tenha caráter essencialmente probatório, pois, poderia ser caracterizada sua culpa e, portanto, estaria indo contra o princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, contra a autoincriminação, pois como já contemplado, a prova da culpa do acusado ou indiciado cumpre à acusação.

Da mesma forma, caso o réu disfarce a letra no momento do escrito, ou se diga canhoto quando na verdade é destro, para dificultar a perícia, não estaria incorrendo em nenhuma infração. Entende a última instância do Judiciário nacional que o comportamento do réu, no curso do processo penal, tentando defender-se – por exemplo, por meio da falsa imitação de textos que seriam periciados em exame grafotécnico –, não pode ser valorado para aumento da pena-base, com fundamento no princípio *nemo tenetur se detegere*<sup>20</sup>, afirmando que a conduta de fornecer padrões deliberadamente falsos também está compreendida pela garantia de vedação de autoincriminação.

---

<sup>20</sup>

STF-HC 83960-6/RS. (Habeas Corpus nº 83.960-6/RS, Primeira Turma, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence).

Nesse contexto, em face de oposição do indiciado à determinação da autoridade para fornecer elementos gráficos para o exame, não há divergência doutrinária ou na jurisprudência quanto à atipicidade da conduta, em razão do acusado gozar da garantia de não se autoincriminar.

Como o sujeito passivo da persecução penal, seja indiciado ou réu, goza da garantia que permite que o mesmo não se incrimine, para a doutrina, não seria lógico que qualquer autoridade lhe exigisse material probatório que pudesse incriminá-lo. Contudo, a doutrina tem diferenciado a aplicação do direito contra a autoincriminação nos casos em que o sujeito participa ativamente da produção probatória, hipótese em que é invocável o princípio, e uma mera tolerância, quando o sujeito passivo da persecução penal apenas se sujeita a determinado procedimento probatório, que, discretamente vem sendo adotado nos tribunais nacionais, como se verá em outro tópico.

Prontamente, diante da ausência de regulamentação específica sobre o dever de colaboração do acusado, tem predominado o entendimento, na doutrina brasileira, de que sua recusa a submeter-se a algum tipo de prova não configura o crime de desobediência tipificado no art. 330 do Código Penal, sob o argumento que, à luz do princípio da legalidade e do direito contra a autoincriminação, não seria possível submeter o suspeito da prática de uma infração penal a qualquer meio probatório, especialmente ante o silêncio do legislador sobre a situação.

#### 3.1.4 RECONHECIMENTO DE PESSOAS E ACAREAÇÕES

Previsto no artigo 226, do CPP, o Reconhecimento de Pessoas está inserido no título reservado às provas do Processo Penal e sua finalidade é, primordialmente, desvendar a identificação de um suspeito, tratando-se de meio processual probatório através do qual alguém é convidado para confirmar a identidade de uma pessoa que lhe é apresentada com outra que viu no passado.

O reconhecimento, de todas as provas, é visto como a mais falha e precária, em virtude, especialmente, da ação do tempo, das más condições de observação,

os erros de semelhança, entre outros fatores que tornam o reconhecimento uma prova demasiadamente duvidosa.

Havendo necessidade de fazer o reconhecimento de pessoa, será feito do seguinte modo: a pessoa que deverá proceder ao reconhecimento será convidada a descrever a que deverá ser reconhecida. Após isso, a autoridade colocará a pessoa que se pretende reconhecer ao lado de outras, e, se possível, ao lado de pessoas que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando quem tiver de fazer o reconhecimento a identificá-la.

Nota-se imprescindível a cooperação passiva do acusado para a realização de tal expediente. Nessa senda, retoma-se a discussão acerca do dever de colaboração do imputado e imposição de limites ao *nemo tenetur se detegere*, diante do mister interesse estatal na persecução penal.

Parte da doutrina defende que, o acusado, uma vez figurando no polo passivo do processo penal, pode utilizar-se da prerrogativa constitucional contra a autoincriminação e não participar do ato de reconhecimento e, diante desta atitude, não poderia ser compelido a participar, de qualquer forma, so pena de caracterização de injusto constrangimento ilegal, segundo doutrina majoritária.

As decisões judiciais do país não acordam quanto ao dever de contribuição do acusado na produção de provas, contudo, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido que o acusado está protegido do dever de colaboração, em razão do direito de não se autoincriminar, da seguinte forma:

(...). POSTURA DO ACUSADO - AUSÊNCIA DE COLABORAÇÃO. O direito natural afasta, por si só, a possibilidade de exigir-se que o acusado colabore nas investigações. A garantia constitucional do silêncio encerra que ninguém está compelido a auto-incriminar-se. Não há como decretar a preventiva com base em postura do acusado reveladora de não estar disposto a colaborar com as investigações e com a instrução processual (...). (STF, HC 83.943/MG, rel. Min. MARCO AURÉLIO).

Em que pese alguns doutrinadores advogarem pela obrigatoriedade da participação do reconhecimento, sob a vigência do *nemo tenetur se detegere*, a maior parte da doutrina tem caminhado pela inexistência dessa colaboração, posto o flagrante prejuízo que poderia advir ao acusado.

A acareação, ao passo do reconhecimento de pessoas, trata-se de procedimento formal no qual as pessoas que divergem em seus depoimentos, sejam

réus ou testemunhas, são notificadas a comparecer perante a autoridade competente, almejando esclarecer a divergência.

Há uma celeuma doutrinária nesse ponto no que se refere à produção dessa modalidade probatória, posto que a doutrina encara a garantia da não autoinculpação como direito mínimo do acusado, garantia fundamental que pode ser invocada sempre que o Estado pretenda apurar determinado fato criminoso imputado ao mesmo.

Conforme MOUGENOT (2009, p. 362):

Não é o indiciado ou o réu obrigado a participar da acareação, porquanto ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo, conforme o princípio *nemo tenetur se detegere (privilegie against self-incrimination)*, decorrente da combinação dos princípios da presunção do estado de inocência (art. 5º, LVII), ampla defesa (art. 5º, LV), com o direito ao silêncio do acusado (art. 5º, LXIII). Nada, porém, impede a condução coercitiva do indiciado ou do acusado ao ato da acareação.

TOURINHO FILHO (1997, p. 346) entende, nesse sentido, que “o indiciado ou réu não é obrigado a participar da acareação. Se ele tem até o direito ao silêncio, com muito mais razão o de opor-se a uma acareação que lhe poderá ser prejudicial”.

De acordo com uma corrente, proposta por HADDAD (2005, p. 326), distingue-se a conduta ativa e passiva do acusado para fins de definir o alcance da proteção do princípio ora em estudo. Por esse raciocínio, apenas condutas ativas é que podem levar a uma autoincriminação, conseqüentemente apenas estas estariam protegidas. Esse argumento pode ser sintetizado do seguinte modo:

O princípio contra a auto-incriminação se limita à faculdade de todo indivíduo em não ser convertido em meio ativo de prova contra si próprio. Quando se permite ao réu não contribuir para a própria incriminação, autoriza-se que possa ser omissivo. Sempre que se requeira um comportamento ativo de caráter probatório – porque a prova somente se produz através da ação – faculta-se a recusa em agir. Desde logo, portanto, são excluídas da tutela do princípio contra a autoincriminação a produção de prova que prescinde da vontade do acusado e a conduta ativa destinada a impedir a elucidação da verdade, através da distribuição de elementos probatórios inseridos ou passíveis de o serem no processo. Outra não é a razão pela qual o princípio contra a auto-incriminação simboliza-se, no direito positivo, pelo direito de permanecer calado, típica conduta omissiva.

Portanto, como o tema é bastante polêmico, havendo de ser registrado esse desentendimento doutrinário acerca de mais uma hipótese de manifestação da garantia da não autoincriminação, posto que os interesses daquele que invoca o

direito à não autoincriminação vão de encontro aos interesses daqueles que perseguem a busca da verdade processual, incumbidos da persecução penal.

### 3.1.5 INTERVENÇÃO CORPORAL E EXAME DE DNA

A colheita de provas no processo penal tem por objetivo esclarecer os fatos com a maior precisão possível. No tempo mais contemporâneo, o princípio contra a autoincriminação adquiriu foros de maior importância ao ser invocado por ocasião das intervenções corporais realizadas para a produção de provas técnicas.

Entre as provas periciais realizadas sobre o material orgânico humano, o exame de DNA é o mais conhecido, consistindo na análise do ácido desoxirribonucleico encontrado no interior das células. A recusa do acusado em sujeitar-se aos exames técnicos, como o exame de alcoolemia e o teste de DNA, sugerem a aplicação moderna do princípio contra a autoincriminação.

Com a aplicação forense do teste de DNA, bem como o emprego de outras técnicas de investigação, surgiram protestos contra os exames sobre material orgânico humano, alguns deles embasados na violação do princípio contra a autoincriminação, segundo o qual é ilegítima a exigência de participação do acusado na colheita de qualquer prova que venha a servir contra ele no futuro.

Algumas provas dependem, para a sua produção, da intervenção corporal no acusado, ou seja, a prova é obtida no corpo do acusado, podendo ser invasivas, quando indicam penetração no organismo humano através de instrumentos ou substâncias, ou não invasivas, quando não pressupõem a citada invasão.

São alguns exemplos de provas invasivas o exame de sangue, o dentário, entre outros. Por outro lado, são provas não invasivas as perícias como exames de DNA realizados através de fios de cabelos e a identificação dactiloscópica.

Para consagração do princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo majoritária doutrina, o acusado não tem o dever de colaborar na produção de provas que dependam de sua cooperação e deve ser advertido deste direito, autodeterminando-se pela colaboração ou não, evitando-se a autoincriminação involuntária.

O fornecimento de material genético para fins do exame de DNA, em sede de investigação criminal, depende de colaboração expressa do acusado, nos casos de provas invasivas, não havendo divergência neste ponto do tema, posto que os direitos relativos à produção de provas são relativos, em consonância com a garantia da não autoincriminação.

Já na legislação processual penal, não há uma regra específica estabelecendo expressamente o dever de cooperação do acusado na produção de provas, nem uma sanção específica para as hipóteses de omissão, não obstante tratar de diversos meios de provas que pressupõem a sua colaboração. Diante disso, juntamente à consagração do *nemo tenetur se detegere*, tem-se entendido que o acusado que se recusar à colaborar na produção de provas que dependam de sua cooperação, não está cometendo crime de desobediência, nem pode sua recusa ser interpretada em seu desfavor, pois tal recusa implicando exercício do direito de não se autoincriminar, inadmitindo-se execução coercitiva contra o acusado (QUEIJO, 2003, p.263), sendo este o entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência.

Com base na atual interpretação da citada garantia no ordenamento jurídico pátrio, sob a lógica de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si, o investigado não poderia, em absoluto, sem compelido a fornecer material genético para a investigação, e não se poderia extrair nenhuma conclusão negativa da recusa. Logo, parte da doutrina defende a impossibilidade de colher sangue ou saliva do acusado e, ainda mais, de obrigá-lo a qualquer ato dessa natureza.

LOPES JÚNIOR (2009, p. 569), ensina que um Direito Fundamental realmente pode ser limitado por uma norma ordinária, mas é necessário que haja uma norma processual penal que regule a matéria. Como não existe direito “ilimitado”, mesmo uma Garantia Constitucional pode ser limitada por lei infraconstitucional, devendo-se sempre observar que não haja esvaziamento de tal princípio.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal<sup>21</sup> reconheceu ser uma faculdade do acusado, participar, ou não, de alguma diligência que tenha eficácia probatória, independentemente se poderia facilitar a defesa ou favorecer a acusação. Desse modo, percebe-se que o real motivo para impedir a obrigação de o acusado sujeitar-

---

21

RHC 64.354/SP.

se à prova não é propriamente o resultado de teste, mas a exclusão da liberdade de autodeterminação que informa o direito contra a autoincriminação. Por outro lado, grande parte da doutrina tem se insurgido contra essa posição.

Para HADDAD (2005, p.14), modernamente, em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, há a distinção entre exigir-se uma atividade positiva de colaboração do acusado para se aferir a possibilidade de aplicação do *nemo tenetur se detegere*, hipótese em que poderia invocá-lo, e a mera sujeição passiva, para a qual se excluiria a prerrogativa.

HADDAD (2005, p. 14), adverte que:

Apenas quando o acusado se omite, faz uso do princípio contra a autoincriminação, pois estará ele deixando de produzir a prova incriminatória e de contribuir para a sua inculpação, sendo natural aceitar. É preciso sempre ter em mente que o princípio pode ser invocado naquelas situações em que se exige do acusado um fazer. Resguardado pelo princípio, poderá recusar-se a agir e a contribuir para a própria incriminação.

Parte da doutrina entende que o *nemo tenetur se detegere* consiste em um direito amplo de não produzir prova contra si mesmo, abrangendo a possibilidade de recusa de participação em meios probatórios que exijam participação não oral do acusado. Para essa corrente, não há, em princípio, dever do acusado de colaborar na atividade probatória, o que abrange a possibilidade de recusa na colaboração ativa e passiva. Porém, mesmo essa corrente admite que o direito de não se autoincriminar, como direito fundamental, não é absoluto, mas relativo, admitindo ponderações com base no princípio da proporcionalidade e nos requisitos que a seguir serão expostos, porque a persecução penal não pode ser inviabilizada, sendo possível submeter o acusado a perícias em certos casos (QUEIJO, 2003, p. 335-337).

Não é outra a lição de HADDAD (2005, p. 299), assegurando que o acusado poderia invocar o *nemo tenetur se detegere* sempre que fosse exigida uma atividade ativa de colaboração, afastando a possibilidade de utilizá-lo quando o que for requerido do acusado é uma sujeição passiva, já que o autor considera a produção probatória como ato tipicamente comissivos, repelindo a tutela do direito contra a autoincriminação nos casos de mera tolerância do acusado a determinado expediente de prova.

Para essa doutrina, há distinção entre um tolerar, hipótese em que não há comissão do acusado, como no caso de conceder material genético para a realização do exame de DNA, em que o investigado se sujeita apenas à coleta do material orgânico, não praticando nenhuma atividade ativa que possa ser utilizada contra ele, e um fazer ativo, que se configura como uma atividade que só a pessoa do acusado poderia realizar como, soprar ar no etilômetro para o exame de alcoolemia ou fornecer padrões gráficos de próprio punho. Nesses casos, seria facultado à pessoa colaborar ou não.

No mais, é o princípio em enfoque justificador da recusa do acusado em produzir provas que dependam de sua cooperação, uma vez que sua atitude pode indicar autoincriminação, sabidamente deve-se então compatibilizar o exercício deste direito com a viabilização da persecução penal (QUEIJO, 2003, p. 312).

Existe resistência maior quanto às provas invasivas, não apenas em respeito ao *direito do acusado* não se descobrir, mas a outras garantias constitucionais. As críticas são veementes à violação da integridade corporal, liberdade, intimidade e ofuscar a autodeterminação informativa do princípio contra a autoincriminação.

Nota-se que o Supremo Tribunal Federal entende tuteladas pelo princípio contra a autoincriminação condutas não verbais do acusado que importem em uma atividade. No tocante às demais provas relacionadas ao réu, mas cuja produção não dependa de sua participação ativa, senão o mero tolerar, o Supremo Tribunal Federal ainda não apreciou a matéria em confronto com o princípio *nemo tenetur se detegere*. Quanto ao critério que distingue o fazer do mero tolerar, não há consenso.

Desse modo, nota-se incontestável tensão entre direitos fundamentais e as exigências da persecução penal. De um lado, a doutrina pugna por um direito à não autoincriminação ilimitado, o que, indubitavelmente, prejudicaria os interesses daqueles que executam a atividade persecutória do Estado.

Assim se posiciona QUEIJO (2003, p. 221):

Há uma tensão permanente entre o interesse na apuração dos delitos e o respeito aos direitos fundamentais do acusado, entre eles o de não se autoincriminar, que exige uma solução harmoniosa. Ambos os interesses são públicos: o primeiro, voltado à persecução penal, e o segundo, vinculado à construção de um processo penal ético. Não poderá ser inviabilizada a persecução penal, pelo reconhecimento de direitos fundamentais ilimitados, mas não será admissível também que sejam eles, inclusive o *nemo tenetur se detegere*, aniquilados, para dar lugar ao direito à prova ilimitado e à busca da verdade a qualquer custo, com a colaboração inarredável do acusado.

Por outro lado, aponta-se ainda o caráter invasivo da integridade física como empecilho à adoção das intervenções corporais. No Brasil, ainda prevalece a tese de que não é possível intervenção corporal sem o consentimento do acusado, apesar de resistência sobre a falta de sujeição do agente quando do fornecimento de material orgânico e a posição pretoriana ainda silente.

### 3.1.6 SUBMISSÃO DE RÉUS A EXAME DE RAIOS X

Questão interessante emerge quanto à possibilidade de submeter suspeitos da prática de tráfico de drogas a exames de raios X.

Caso seja conferida interpretação extensiva à garantia de não se autoincriminar, a doutrina acolhe o direito de não colaborar de forma ativa ou passiva na produção probatória, acolhe-se a hipótese de direito a recusa de submissão ao exame e, se realizado contra a vontade do suspeito, restaria cristalina a nulidade da prova.

O STJ, analisando o HC 149.146/SP, entendeu que não houve violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere* na submissão dos pacientes ao exame de raios X com o propósito de constatar a ingestão de cápsulas de cocaína, uma vez que “não ficou comprovada qualquer recusa na sujeição à radiografia abdominal; ao contrário, os pacientes teriam assumido a ingestão da droga, narrando, inclusive, detalhes da ação que culminaria no tráfico internacional do entorpecente”.

O Tribunal da Cidadania, ao que parece, diferenciou a colaboração ativa da colaboração passiva, admitindo a licitude da tolerância, pois entendeu que os exames de raios X “não exigiram qualquer agir ou fazer por parte dos pacientes, tampouco constituíram procedimentos invasivos ou até mesmo degradantes que pudessem violar seus direitos fundamentais”.

Note-se que esse posicionamento do Tribunal Cidadão pode ser aplicado às hipóteses do teste de DNA, quando se impõe ao acusado a obrigação de suportar a coleta do material genético, em que pese o silêncio do STF sobre o assunto.

Frise-se que o Tribunal considerou a voluntariedade imprescindível para afastar a nulidade. O STJ fez uma distinção entre o direito ao silêncio, fruto da

interpretação literal do dispositivo constitucional, e a recusa na participação em qualquer procedimento probatório, resultado da interpretação extensiva da norma constitucional.

### 3.1.7 ETILÔMETRO E EXAME CLÍNICO PARA A CONSTATAÇÃO DE EMBRIAGEZ

O direito de não produzir provas contra si mesmo adquiriu notável relevo com recentes alterações sofridas pelo Código de Trânsito Brasileiro, causando bastante repercussão em âmbito nacional.

No que tange ao etilômetro, conhecido popularmente pelo “bafômetro”, tem-se que este é o método apto à realização do teste de alcoolemia, utilizado para constatação de embriaguez nos crimes de trânsito, de uso regulamentado pela resolução nº 52 de 1998 (CONTRAN).

Em 2008, a lei nº 11.705, conhecida como “Lei Seca”, alterou o Código de Trânsito Brasileiro, estabelecendo o índice de 6 decigramas por litro de sangue para considerar que o motorista não está em condições de dirigir, conforme disposição do artigo 306 do mencionado diploma. O referido dispositivo determina que cabe ao Poder Executivo federal estipular a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização da referida infração (realizada tal aferição via de regra, através do etilômetro). Dada a redação do dispositivo, restava inviabilizada a presunção acerca deste *quantum*, sendo indispensável a realização do popular “teste do bafômetro” (etilômetro) ou do exame de sangue para que houvesse adequação típica.

O princípio contra a autoincriminação toca a questão da embriaguez no trânsito quando há a necessidade de aferir a direção sob a influência do álcool.

Ocorre que, à luz do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o condutor do veículo não podia ser compelido a soprar o etilômetro, devendo, inclusive, segundo a doutrina majoritária, afastar os posicionamentos que alegam que a recusa poderia configurar o crime de desobediência (art. 330, Código Penal).

Antes dessa alteração, o CTB preconizava apenas a exposição de terceiros a dano potencial pela influência do álcool ou substâncias semelhantes, não determinando quantidade específica.

Dada a potencial ineficácia da anterior alteração, o legislador inovou mais uma vez em 2012, reeditando a conduta típica prevista no art. 306 do CTB, consolidando a posição de intolerância quanto à embriaguez ao volante e modificando o tratamento jurídico desta conduta. Com a Lei nº 12.760/12, o crime de trânsito passou a prever a conduta de dirigir "*com a capacidade psicomotora alterada*", o que pode ser constatado por meio do popular "teste do bafômetro" (art. 306, I) ou de outras maneiras, como a prova testemunhal (art. 306, II e §1º). Apesar da nova redação típica e da previsão desta nova via probatória, deve-se pontuar que a realização do exame clínico ou a constatação por meio do bafômetro continuam devendo respeito ao direito a não autoincriminação, podendo as demais constatações ser feitas mesmo sem a autorização do condutor.

Através do novo diploma legal, a sujeição do condutor ao etilômetro passou a ser facultativa, adotando-se um modelo que prega a comprovação do delito independente da colaboração do motorista, a ser apurado na seara criminal com as devidas garantias, inclusive a da não obrigatoriedade à autoincriminação.

Apaziguou-se a grande celeuma que cercava doutrina e jurisprudência acerca de suposta obrigatoriedade de colaboração do condutor relativo ao teste do bafômetro, apesar de não esgotá-la inteiramente.

O *caput* do art. 277, por sua vez, prevê que o condutor que se envolver em acidente automobilístico ou for alvo de fiscalização de trânsito, havendo suspeita de estar dirigindo sob influência de álcool (ou substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos), "será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado" (art. 277, *caput*, CTB). Se o condutor recusar-se à submissão ao procedimento, as penalidades e medidas administrativas do art. 165 *l*he serão aplicadas (art. 277, § 3º, CTB). Perceba que não se presume a embriaguez, e a sanção, de caráter visivelmente administrativo, se deve pela recusa a submissão ao procedimento.

Sobre o tema, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, se posicionou no seguinte sentido:

(...) Não se tratando, na espécie, de declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 277 da lei nº 9.503/97-CTB, é de se *l*he restringir uma das interpretações possíveis para afastar aquela que implique na sujeição compulsória do condutor de veículos automotores a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que permita a certificação de seu

estado, em seu prejuízo. Ninguém, à luz das normas e princípios constitucionais, está obrigado a produzir provas contra si mesmo, pois o direito de punir, judicial e administrativamente, no direito brasileiro, rege-se pelo princípio *nemo tenetur se detegere*, que faculta ao indiciado/autuado adotar ou não a conduta que produzirá a prova que lhe será desfavorável. precedentes do STF e TRF'S (hc nº 77.135/sp, rel. min. Ilmar Galvão; HC nº 79.812/sp, rel. min. Celso de Mello; RHC nº 34000071702, - 200234000071702/df, rel. des. fed. Luciano Tolentino Amaral, v.g.).

Com base nos princípios da ampla defesa e do *nemo tenetur se detegere*, alguns condutores de veículos automotores que foram "convidados" a fazer o exame do bafômetro e se recusaram, tiveram sobre si uma penalidade decorrente do art. 330 do Código Penal, *in verbis*, "desobedecer a ordem legal de funcionário público".

O bafômetro, por uma parte da doutrina, segundo as hipóteses do art. 277 do CTB, é obrigatório, e tal ordem é emanada de um funcionário público que tem o dever de cumprir a lei, onde uma eventual recusa consistiria em crime de desobediência.

Por outro lado, muitos pugnam por uma verdadeira imunidade corporal do condutor, posto que ninguém é obrigado a dispor de seu corpo a fim de fazer provas do delito. O Tribunal da Cidadania entende que, diante do direito de não produzir prova contra si mesmo, o motorista alcoolizado não poderia ser forçado a soprar o etilômetro, razão pela qual havia grave deficiência na lei<sup>22</sup>.

TOURINHO FILHO (2004, p. 251), que faz parte da corrente majoritária, entende não ser possível que, pelo uso de um direito, o autor possa ser enquadrado pelo crime de desobediência, vez que, estaria se recusando para não contribuir para a produção de provas que possam agir contra si.

Conferindo alcance amplo à expressão "não produzir", pode-se chegar a um ponto de inviabilizar a persecução penal de alguns delitos, como a constatação da embriaguez ao volante antes do advento da Lei nº 12.760/2012. Nesse sentido aduz ALBUQUERQUE (2008, p. 2):

Com efeito, muito embora a Constituição limite-se a dispor sobre o direito do preso de se calar, a doutrina parece reconhecer, com pequeníssima margem de hesitação, a existência do citado instituto, dando à expressão 'não produzir' uma acepção tão ampla que se estende para além de seus significados semântico e jurídico, abrangendo então a ideia de que o sujeito passivo de um processo penal ou de uma investigação criminal não pode ser compelido sequer a participar, prestando qualquer forma de mínima colaboração, de uma atividade probatória cujo resultado lhe possa ser,

eventualmente, prejudicial. Entre tais atividades, costuma-se incluir o fornecimento de materiais para exames periciais (desde padrões gráficos, para perícia grafotécnica, até amostras de sangue, para testes de alcoolemia ou exame de DNA) e a participação em meios de prova previstos no Código de Processo Penal, entre os quais a acareação e a reconstituição simulada do crime.

Assim sendo, ao defender uma suposta imunidade corporal do condutor com relação à prova da embriaguez ao volante, percebe-se que a punição desse delito, na maior parte dos casos, restará prejudicada, ante a ausência de material probatório, devendo o tema ser analisado com demasiada cautela.

Nesse contexto, é salutar ainda tratar da tese da inconstitucionalidade ou inaplicabilidade do artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), que trata do "delito de fuga à responsabilidade", já que confrontaria, segundo uma fatia doutrinária, o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

O CTB, em seu artigo 305, prevê que o delito de fuga de responsabilidade, estabelecendo que: "afastar-se o condutor do veículo do local do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída: pena de detenção de seis meses a um ano ou multa."

DAMÁSIO DE JESUS (1998, p. 142-143), prega que a o texto legislativo é de constitucionalidade duvidosa, questionando: "A lei pode exigir que, no campo penal, o sujeito faça prova contra ele mesmo, permanecendo no local do acidente?"

Do mesmo modo, aduz NUCCI (2006, p. 848), acerca do artigo 305<sup>23</sup> do Código de Trânsito Brasileiro:

Trata-se do delito de fuga à responsabilidade, que, em nosso entendimento, é inconstitucional. Contrária, frontalmente, o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo – *nemo tenetur se detegere*. Inexiste razão plausível para obrigar alguém a se auto-acusar, permanecendo no lugar do crime, para sofrer as consequências penais e civis do que provocou. Qualquer agente criminoso pode fugir à responsabilidade, exceto o autor de delito de trânsito. Logo, cremos inaplicável o artigo 305 da Lei 9.503/97.

No HC 137.340/SC, o STJ enfrentou a alegação que o art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro afrontaria o princípio *nemo tenetur se detegere*, sob o pretexto que o condutor de veículo que causa acidente deveria ter o direito de fugir do local,

---

<sup>23</sup>

Dispõe o art. 305 do CTB: "Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa".

de modo a evitar sua responsabilização criminal. O Tribunal da Cidadania entendeu que:

O art. 305 do Código de Trânsito, que tipifica a conduta do condutor de veículo que foge do local do acidente, para se furtar à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída, não viola a garantia da não autoincriminação, que assegura que ninguém pode ser obrigado por meio de fraude ou coação, física e moral, a produzir prova contra si mesmo.

Parte da doutrina entende que não há “direito à fuga” ou “direito de obstar a responsabilização civil ou criminal” que tornem o dispositivo inconstitucional, como anota PACELLI<sup>24</sup>:

Está-se criando no Brasil – e somente aqui! – um conceito absolutamente novo da não autoincriminação, ausente nos demais povos civilizados. Não há mesmo precedente em outro universo normativo. A prestação de socorro à vítima não decorre de mero dever de solidariedade humana; vai além, decorre de dever jurídico, imposto pelas legislações mundo afora (rapidamente: Alemanha, Itália, Portugal, Espanha, Estados Unidos, Argentina, etc.).

O tema não é pacífico nos tribunais, e o pleno do TJ/MG assim firmou sua posição quanto ao tema:

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

Tratado como fuga à responsabilidade, o citado delito, de fato, contraria o sistema jurídico, que admite a qualquer agente criminoso a possibilidade de fugir à responsabilidade. Nestes termos, inaceitável é se impor a alguém que permaneça no local do crime para se auto-acusar, submetendo-se às conseqüências penais e civis decorrentes do ato que provocou, como pretende o artigo em comento. Vislumbra-se que, além de afrontar, diretamente, a garantia individual da não auto incriminação, o dispositivo contraria as garantias da ampla defesa, do devido processo legal, bem como da liberdade, como ressalta a d. Procuradoria-Geral de Justiça à fl. 209. Ademais, consoante o último, fl. 214: "(...) a responsabilidade civil ou criminal do indivíduo que causa um acidente de trânsito não depende de sua não evasão do local.(...) Por todo o exposto, DECLARA-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 305, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Incidente de Inconstitucionalidade nº 4560210112007813.0000. Relator: Sérgio Resende. Quinta Câmara Criminal. Belo Horizonte, 11/06/2008).

---

<sup>24</sup>

Disponível em:

<[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/eugenio\\_oliveira.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/eugenio_oliveira.html)>. Acesso em 20 jan. 2015.

Logo, nota-se que a doutrina e jurisprudência têm adotado a tese de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, a despeito do mesmo continuar em vigor, em que pese a violação ao direito à não autoincriminação.

### 3.1.8 FRAUDE PROCESSUAL

Caso emblemático na seara criminal do país, de demasiada repercussão midiática, foi o do assassinato de Isabella Nardoni, que foi atirada aos 05 anos de vida pela janela do apartamento em que moravam os acusados do delito, o seu pai, Alexandre Nardoni, e sua madrasta, Carolina Jatobá.

De início, à época do crime, em 2008, a defesa do casal propôs que os acusados, únicos suspeitos do delito, não participassem da reconstituição do crime, a pretexto de gozo da garantia de que “ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo”.

Nesse mesmo lume, questão relevante de estreita relação com o tema alvo dessa pesquisa, se deve ao fato dos acusados de assassinar a menina Isabella terem sido ainda acusados e condenados a oito meses e 24 dias-multa por fraude processual, pelo fato de o casal ter alterado o local do crime com o intuito de enganar as autoridades.

Os advogados pediram em *habeas corpus* ao STF o trancamento da ação penal, alegando atipicidade de conduta pela prática do crime de fraude processual, arguindo que seria direito dos pacientes não produzir provas contra si mesmo e que, por conseguinte, não poderiam ser punidos por terem limpadado o sangue da vítima, encontrado na casa<sup>25</sup>.

Nos termos do relatório do Ministro Napoleão Maia Filho, do STJ, o laudo pericial realizado no local do crime revelou que várias das manchas de sangue detectadas no chão do apartamento de onde a vítima foi alvo de tamanhas atrocidades, além de apresentarem aspecto recente, teriam sido parcialmente

---

<sup>25</sup> Caso Nardoni e o direito de não auto-incriminação. Revista Consulex – ANO XIV – nº 312 – 15 de janeiro de 2010.

removidas por limpeza e que somente com a utilização de reagente policial, o “*bluestar*”, pôde ser visualizado (HC nº 137.206/SP, p. 05).

Segundo o Ministro:

Uma coisa é o direito a não autoincriminação. O agente de um crime não é obrigado a permanecer no local do delito, a dizer onde está a arma utilizada ou a confessar. Outra, bem diferente, todavia, é alterar a cena do crime, inovando o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, para, criando artificialmente outra realidade ocular, induzir peritos ou o Juiz a erro.

Posteriormente, em Habeas Corpus impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que não houve qualquer violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, haja vista que os pacientes não foram obrigados a produzir prova contra si, e, os vestígios do crime que eles são acusados de tentar esconder já haviam sido produzidos e assegura ainda que “nenhum direito fundamental deve ser interpretado como se fosse um escudo ou uma autorização para a prática impune de fato descrito como crime” (HC nº 102.828/SP).

Conforme explica GOMES (2008):

O que o princípio da não autoincriminação protege é uma atividade negativa (ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo), e o que se pediu no habeas corpus foi a desconsideração de um ato positivo, isto é, a inoção do local do crime, limpando o sangue que já fazia parte do corpo de delito, com o intuito de induzir em erro o juiz ou o perito. [...] a distinção é importante, porque uma coisa é o direito de se não autoincriminar, outra diferente é o não direito de alterar as provas do delito.

Nesse sentido tende a orientação do Supremo Tribunal Federal, afastando a hipótese de o macroprincípio ser utilizado como escudo de práticas delituosas.

## 4 NOTAS ACERCA DO SUPOSTO DIREITO DE MENTIR

A mentira é fruto da simulação, do ato de distorcer a verdade, a fim de beneficiar alguém ou prejudicar a terceiros.

Para QUEIJO (2003, p. 29), a verdade processual, por outro lado, é sempre relativa, quando vinculada à realidade das coisas, e pode ser alcançada. No processo, relacionam-se os conceitos de verdade, certeza e convencimento. Através desses elementos, apesar de relativa, a verdade fora alcançada no seu mais alto grau de probabilidade.

### 4.1 A MENTIRA NO PROCESSO PENAL

A verdade buscada no processo é a verdade processual, probabilística e aproximativa da realidade, legalmente colhida, observando-se os limites dos poderes instrutórios do juiz penal, e esta se coaduna com a aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere*, pois a verdade processual, em um Estado de Direito, não pode ser alcançada violando-se direitos e garantias do acusado, até porque o valor da verdade não é maior que o valor destes direitos e garantias.

TOURINHO FILHO (2010, p. 70), ressaltando BRICHETII, diz que a finalidade do Direito Processual, em geral, e do Direito Processual Penal, em particular, é reconhecer e estabelecer uma verdade jurídica. Tal fim se alcança por meio das provas que se produzem e se valoram segundo as normas prescritas em lei. As provas, diz BRICHETII, são os meios, e o procedimento é o método, ou seja, o conjunto das regras sob as quais a ação se desenvolve.

O estabelecimento da verdade real, tão almejada no processo, é feito por intermédio das provas, que são os meios pelos quais se procura firmá-la.

No sistema processual inquisitivo, a tendência era a busca de colaboração do acusado no tocante à produção do manancial probatório que seria usado contra o mesmo, sendo visto como objeto da prova e presumida a culpabilidade do mesmo, por isso, no mais das vezes, era obrigado a falar.

Por outro lado, forjado o sistema acusatório, em especial no maior parte dos Estados Democráticos de Direito, vigora a disponibilidade da contribuição do acusado com relação a produção de provas que pesem contra si, cabendo lugar para o *nemo tenetur se detegere*.

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

No processo penal, especificamente, a noção de verdade consiste na reconstrução histórica dos fatos, a fim de se constatar ou não a ocorrência dos mesmos em um dado momento e lugar, segundo o jurista MITTERMAIER (1979, p. 72).

O processo, nessa exegese, reflete a falibilidade humana, se extraindo dele uma verdade relativa, ou seja, aproximada daquilo que realmente aconteceu no universo fático.

O direito ao silêncio, de assento constitucional, assim como a garantia geral do acusado não se autoincriminar, pela lógica relevância no processo instrumental penal pátrio, suscita discussões acaloradas quanto à sua extensão e eventuais limites, posto se tratar, para a maioria da doutrina, de direito relativo, limitado por outras garantias. QUEIJO (2003, p. 322) prescreve que:

Como já elucidado, a coexistência de vários direitos fundamentais, gera por vezes conflitos entre eles, com o princípio *nemo tenetur se detegere* não é diferente, desta feita, comporta exceções, em observância ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista, principalmente, a persecução penal.

Se o princípio tivesse caráter absoluto, dispensável seria falar em limites. Embora o momento seja para a apresentação de propostas de estudo para chegar a futuras conclusões, uma já pode ser antecipada. Não se trata de um valor absoluto, porque, a exemplo da vida, bem supremo que, não obstante, é de valor relativo, o princípio contra a autoincriminação, como todos os demais, está demarcado por outros direitos, cuja menção é imperiosa.

Como se sabe, aquele a quem é posto como acusado da prática de um crime, em virtude do direito constitucional da ampla defesa<sup>26</sup>, pode usar de todos os meios que dispõe para defender-se da imputação que lhe foi atribuída.

Ninguém está obrigado a fornecer prova contra si mesmo e, sendo assim, o acusado não está obrigado a fornecer elementos que levem a sua própria condenação. A discussão é sobre a amplitude que se pretende dar ao direito, incluindo, inclusive, o direito de mentir.

Conforme o entendimento de alguns, em virtude do direito ao silêncio, o acusado, no gozo da ampla defesa, teria o direito de mentir, sem que lhe recaia qualquer punição. Entrementes, o ordenamento jurídico não confere respaldo à possibilidade do acusado poder mentir durante os procedimentos investigatórios ao invés de se manter calado e não responder as perguntas que lhe forem formuladas. O tema sempre ocupou bastante os estudiosos. Na lição de NORONHA (1995, p. 108):

(...) o acusado pode mentir e negar a verdade, pois não é obrigado a depor contra si. Mesmo mentindo, o juiz criminal, conhecedor do processo e com a experiência que tem, poderá encontrar em suas negativas e atitudes, elementos de convicção. Aliás, negando a imputação, será ele convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações.

A mentira, não raras vezes, é tolerada no sistema processual criminal interno, quando utilizada no intento da defesa. E isso é reflexo da nossa jurisprudência que, como se verá adiante, cada vez mais vem se orientando no sentido de que “tem o sujeito o direito de permanecer calado e até mesmo o de mentir para não se autoincriminar com as declarações prestadas<sup>27</sup>”.

Nesse sentido, HADDAD (2005, p.140), afirma que:

---

<sup>26</sup> 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: 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

<sup>27</sup> Esta jurisprudência refere-se ao caso de um indivíduo que mente sobre sua verdadeira identidade (art. 299 do Código Penal), o tribunal entendeu isto como um direito de não se auto-incriminar, derivado do direito ao silêncio (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Comportamento do réu. HC 75.257/RJ. Fernando José Milet Fontes, Marcelo Bustamante e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de junho de 1997. In: Diário Oficial de Justiça, vol. 01880-02, p. 00431, 29 ago. 1997).

A mentira, não obstante moralmente inaceitável, é conduta juridicamente tolerada, uma vez que não há previsão legal de sanção para aquele que mente. Dizer que o acusado pode mentir não é tomar partido em favor da inverdade ou negar que não se trata de uma falta moral; é crer na possibilidade de defender a consciência contra ataques externos, forjando-a indevassável àqueles que pretendem averiguar os fatos. E assegurar a autodeterminação do acusado, autodeterminação que somente pode ser restringida nas hipóteses legais.

Todavia, em que pese o ordenamento jurídico doméstico não valorar como típica a conduta do acusado ou investigado que falte com a verdade, inexistente a isenção de represálias em caso de uso imoderado do *nemo tenetur se detegere*, como uma espécie de escudo, que acarretaria, indubitavelmente a falência e desprestígio da atividade persecutória do Estado.

Em consequência, sob a visão de tolerância da mentira, a obrigação de dizer a verdade ficaria para um segundo plano no processo penal, porque, antes de tudo, o imputado teria amplo direito de não se autoincriminar. Contudo, é antinatural querer que alguém declare em contra de si próprio somente em nome da verdade processual.

A mentira, no processo penal, é consentida, para alguns, em nome de um instituto de autopreservação, que permite ao imputado dizer coisa diversa da verdadeira, como instrumento de defesa. Contudo, essa liberdade encontraria limites ao adentrar na esfera jurídica de outrem, atingindo a liberdade pessoal de terceiros, sem a devida punição estatal.

Raciocínio que, embora não unânime, é chancelado por grande parte dos estudiosos da matéria, cujo magistério pode ser sintetizado no pensamento preconizado por MIRABETE (1998, p. 282):

(...) sendo o interrogatório ao menos em parte, meio de defesa, o acusado pode mentir e negar a verdade. Não há um verdadeiro direito de mentir, tanto que as eventuais contradições em seu depoimento podem ser apontadas para retirar qualquer credibilidade das suas respostas. Mas o acusado, não presta compromisso de dizer a verdade, como testemunha, e sua mentira não constitui crime, não é ilícito. O réu é livre para mentir porque, se o fizer, não sofrerá nenhuma sanção. Essa liberdade, porém, é concedida apenas em benefício de sua defesa, pois se ele atribui a si próprio crime inexistente ou praticado por outrem, comete o delito de autoacusação falsa (...).

Do mesmo modo, OLIVEIRA NETTO<sup>28</sup> aduz:

À toda evidência, o acusado ou investigado, indubitavelmente, está autorizado a falsear durante os expedientes investigatórios perante os quais esteja respondendo. Não que tal conduta seja de acordo com a moralidade, ou os ditames altaneiros da justiça. Mas sim pelo reconhecimento de que não se afigura prudente exigir daquele que está sob suspeição, que contribua para a formação da sua própria culpa.

Em algumas oportunidades, por outro lado, a "mentira" tem consequências jurídicas no direito penal doméstico, a propósito no crime de Calúnia (artigo 138 do CP), o crime de Denúncia caluniosa (artigo 339), o crime de Comunicação falsa de crime ou de contravenção (artigo 340), o crime de Autoacusação falsa (artigo 341) que atenta diretamente contra a administração da justiça, ferindo os interesses coletivos, e, por fim, o crime de Falso testemunho ou falsa perícia (artigo 342), hipóteses em que o acusado sai da sua esfera de individualidade e interfere em interesses alheios. No entanto, há quem entenda que a mentira não pode gerar nenhuma situação gravosa para o réu, sob o pálio do *nemo tenetur se detegere*.

#### 4.2 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA RELATIVA À MENTIRA NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO

Na precisa lição de HADDAD (2005, p. 143), o princípio contra a autoincriminação permite ao acusado não contribuir para a reconstrução dos fatos, lhe autorizando a preferir por pela omissão na produção da prova, mas não tolerando comportamentos ativos para obstar o esclarecimento da verdade, a exemplo da entonação da mentira. Afirma o autor que a garantia não é tão abrangente a ponto de autorizar condutas destinadas a induzir a erro as autoridades policiais e judiciárias. O direito de defesa, segundo o autor, não compreende o direito de provocar lesões em interesses de terceiros, sob o risco de se conceder salvo conduto para a delinquência.

---

<sup>28</sup> OLIVEIRA NETO, Sérgio de. **Os limites ao acusado do direito de mentir.** Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20080715174106325&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080715174106325&mode=print)>. Acesso: 03 jan. 2015.

Diante de tamanha divergência, exige-se cautela na análise da amplitude garantia de não se incriminar, subentendida no direito ao silêncio, porque isto não deve representar, para muitos, indiscriminadamente, um direito de mentir. Pode-se perceber a existência de um direito protetivo, de não colaborar através de declarações para a produção de provas que possam ser usadas em desfavor do acusado, mas, segundo a maior parte da doutrina e jurisprudência do país, não existe um direito de ataque a outrem, sem que haja admoestação legal.

Portanto, sob a égide da garantia da não autoincriminação e da ampla defesa, ao imputado é assegurada toda chance de se defender, sem que lhe possa ser atribuído qualquer prejuízo em seu desfavor. Contudo, ao passo que o sujeito passivo da *persecutio criminis* transborda a sua esfera jurídica, poderá pesar contra o mesmo em outra demanda criminal, conforme se verá adiante.

A doutrina não converge no tema. Para uns, o acusado tem o direito de mentir ilimitado. MORAES (2000, p. 285) desenvolve:

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.

BITTENCOURT (1973, p. 218) advoga no mesmo sentido:

Na batalha que se trava entre a acusação e a defesa, a mentira do réu, na luta por sua liberdade, se não é elogiável sob o aspecto moral, também não lhe é proibida. Dizer a verdade contra si próprio, com o risco de um enorme sofrimento, é atributo das criaturas superiores, mas a lei penal – observa o velho GARRAUD – não quer o heroísmo.

Vejamos o que nos diz DELMANTO (2010, p. 990) sobre o tema:

A nosso ver, o acusado que, na polícia ou em juízo, se autoacusa de crime inexistente ou praticado por outrem, para se defender de outro delito que lhe é imputado, não comete o crime deste art. 341 do CP, em virtude das garantias constitucionais do direito ao silêncio, (CR, art. 5.º, LXIII e § 2.º), de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar (PIDCP, art. 14, 3, g) ou de declarar-se culpado (CADH, art. 8.º, 2, g).

Sustenta essa doutrina, como consequência do direito à não autoincriminação o denominado "direito de mentir", sustentando que a conduta de faltar com a verdade não está tipificada como crime.

Com a entendida ressalva, DIAS NETO (2009, p. 73), ensina: “A mentira é um direito do acusado desde que sua prática não resulte em crimes”. QUEIJO (2003, p. 236), assegura que é incompatível com o princípio *nemo tenetur se detegere* o dever de dizer a verdade no interrogatório, afastando, desse modo, eventuais consequências ou represálias em razão do acusado ter faltado com a verdade, além do que, “a eventual mentira não pode ser avaliada como indício de culpabilidade, conduzir ao agravamento da pena, nem servir para a fixação de pena quando da análise da personalidade e conduta do acusado”.

Alguns autores, contudo, colocam-se contra o "direito de mentir".

ASSUMPÇÃO<sup>29</sup> prescreve que “a mentira não pode ser interpretada como direito ínsito, mas como subterfúgio repudiável ao exercício da atividade investigativa e judicante”.

Na verdade, como se pode notar, a doutrina não propugna por um "direito de mentir", que é de difícil aceitação, mas que faltar com a verdade durante o interrogatório seria decorrência lógica do princípio *nemo tenetur se accusare*.

D'URSO (2015) ensina que é evidente que o acusado penalmente não tem direito de mentir impunemente, pois, mesmo que se utilize do princípio da ampla defesa, de não produzir prova contrária a si mesmo ou de permanecer calado, não estaria o mesmo autorizado a mentir sobre sua identidade ou a se autoacusar falsamente, respondendo por tais crimes se assim proceder.

VAZ SILVA<sup>30</sup> afirma irreduzível, que:

Não há o que falar, todavia, em um pretense direito de mentir decorrente do Direito ao Silêncio ou do *Nemo Tenetur se Detegere*. A faculdade de faltar com a verdade no interrogatório é relacionada com a inexigibilidade do acusado em falar a verdade (a falta do dever legal em dizer a verdade), pois este não faz juramento para prestar depoimento e também não existe punição prevista para a mentira, mas isso está muito distante de uma pretensa legalização de um “Direito de Mentir”. ...isto está muito longe de

<sup>29</sup> ASSUMPÇÃO, Antônio. **O direito de mentir x o direito ao silêncio sob a ótica do direito internacional comparado.** Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=247&categoria=Internacional](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=247&categoria=Internacional)>. Acesso em: 02 fev. 2015.

<sup>30</sup> VAZ SILVA, Rodrigues. **Garantia da não auto incriminação.** Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br.>> Acesso em: 02 fev. 2015.

um direito de mentir, até porque o princípio fala de silenciar, e não, de dizer inverdades.

HADDAD (2005, p. 178) afirma existir:

Uma grande disparidade entre admitir que o acusado possa, no exercício da autodefesa, apresentar os fatos de forma a não produzir uma autoincriminação, ainda que não condizentes com a realidade, e a consagração do direito de mentir em nosso ordenamento.

A discussão não se exaure na seara doutrinária.

#### 4.3 JURISPRUDÊNCIA

No Brasil, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça não mantêm uniformidade em seus julgamentos em relação ao princípio *nemo tenetur se detegere*. De um lado, decisões no sentido de que o réu pode, no exercício da ampla defesa, mentir, considerando atípicas condutas como acusar falsamente outrem de prática delitiva. De outro, existem decisões advertindo que o réu, se mentir em seu interrogatório, sobre sua qualificação, responderá pelo crime de falsa identidade, tipificado no art. 307<sup>31</sup>, do Código Penal e pode ser condenado por crime de calúnia<sup>32</sup> ou denúncia caluniosa<sup>33</sup>, preenchidos os elementos objetivos e subjetivos de cada tipo penal, conforme o caso.

O Supremo Tribunal Federal já ratificou a hipótese do imputado falsear acerca da prática da infração penal, com se pode depreender do seguinte julgado:

Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. *Nemo tenetur se detegere*. Ninguém pode

---

<sup>31</sup> Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave

<sup>32</sup> Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa

<sup>33</sup> Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 10.028, de 2000) Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

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 (STF – 1ª Turma, HC nº 68929-9/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 22/10/1991, DJ de 28/08/1992, p. 13453). Em suma: o silêncio da testemunha – que decorre de sua inalienável prerrogativa de não poder ser compelida a depor contra si própria ou de ver-se obrigada a auto-incriminar-se (prerrogativa esta que assiste à generalidade das pessoas) – não autoriza a medida extrema de submetê-la, sendo esse o motivo, à privação de sua liberdade individual.

Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça assentou a possibilidade do preso faltar com a verdade, em decorrência do *nemo tenetur se detegere*, quando do julgamento do RHC 3012/MG<sup>34</sup>.

O STJ entendeu ainda, no julgamento do Recurso especial nº 418.925/DF, que “decorre do direito ao silêncio reconhecido pela Constituição da República que o acusado não tem obrigação de dizer a verdade contra si mesmo<sup>35</sup>”.

Nesse passo das ideias, a divergência toma contornos maiores na hipótese em que o sujeito passivo da persecução penal mente sobre a sua identidade/qualificação.

Em sede de apreciação de Habeas Corpus em crime falsidade ideológica, ante a negativa do réu quanto à sua situação de indiciado, do seguinte modo manifestou-se o Pretório Excelso:

No caso, a hipótese não diz respeito, propriamente, à falsidade quanto à identidade do réu, mas, sim, ao fato de o então indiciado ter faltado com a verdade quando negou, em inquérito policial que figurava como indiciado, que tivesse assinado termo de declarações anteriores que, assim, não seriam suas. Ora, tendo o indiciado o direito de permanecer calado e até mesmo o de mentir para não auto-incriminar-se com as declarações prestadas, não tinha ele o dever de dizer a verdade, não se enquadrando, pois, sua conduta no tipo previsto no artigo 299 do Código Penal. - “Habeas corpus deferido, para anular a ação penal por falta de justa causa.” (STF, HC nº 75257-8/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 17/06/1997, DJ de 29/08/1997).

Do mesmo modo chegou a encarar o Superior Tribunal de Justiça, afirmando que a apresentação de documento falso pelo réu constitui manifestação de autodefesa. Senão vejamos:

---

<sup>34</sup> STJ – RHC 3012/MG – 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 11.10.93, p. 21344  
<sup>35</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Falsidade Ideológica. REsp. 418.925/DF. Relator: Ministro Paulo Medina. 02 de setembro de 2003. In: Diário Oficial de Justiça, p. 397, 22 set.2003.

Penal. Resp. Falsa identidade. Não configuração. Autodefesa. Entendimento do acórdão recorrido em consonância com posicionamento reiterado desta Corte. Incidência da Súmula 83/STJ. Recurso não conhecido. I – Esta Corte possui entendimento reiterado no sentido de que não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal o réu que, diante da autoridade policial, se atribui falsa identidade, em atitude de autodefesa, porque amparado pela garantia constitucional de permanecer calado, ex vi do art. 5º, LXVIII, da CF/88. Precedentes. II – Incidência da Súmula nº 83/STJ. III – Recurso não conhecido (STJ, 5ª Turma, REsp 818748/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17/08/2006, p. 323). (No mesmo sentido: STJ, 6ª Turma, HC 35309/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, j. 06/10/2005, DJ 21/11/2005, p. 304).

O Tribunal Cidadão assegura ainda que:

A atribuição de falsa identidade perante a autoridade policial, pelo preso em flagrante, com o objetivo de ocultar-lhe seus antecedentes penais, não configura o crime tipificado no artigo 307 do Código Penal, por constituir hipótese e autodefesa, amparado pelo artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal. Precedentes do STJ. (STJ, 6ª Turma, EDcl no HC 21202/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 09/02/2006, DJ 13/03/2006, p.374).

Ora, conforme o STJ, não poderia o acusado ser compelido a prejudicar a própria situação jurídica, fornecendo sua real identificação, posto que seus antecedentes criminais pesariam contra o mesmo e, ante o *nemo tenetur se detegere*, ninguém é obrigado a se descobrir. Ainda em 2009, no mesmo passo, o STJ proferiu a seguinte decisão:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. FALSA IDENTIDADE ATRIBUÍDA PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. ARTIGO 307 DO CP. EXERCÍCIO DE AUTO DEFESA. OCORRÊNCIA. 2. ORDEM CONCEDIDA, COM RESSALVA DA RELATORA.  
1. A conduta do acusado que, em interrogatório policial, atribui-se falsa identidade visa impedir o cerceamento da liberdade, e não ofender a fé pública, consistindo, assim, em exercício da autodefesa, ante o princípio "*nemo tenetur se detegere*", o qual consagra o direito do acusado de permanecer silente, não sendo compelido a produzir prova contra si mesmo.  
2. Ordem concedida, com ressalva de entendimento da relatora" (STJ – 6ª Turma, HC nº 130309/MG (2009/0038476-2), Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 04/06/1999, DJ de 29/06/2009).

Nesse contexto, é salutar advertir que não é mais essa a posição prevalente. Não obstante, reconheça o princípio da autodefesa, os tribunais lhe têm imposto limites. É o que tem ocorrido de maneira reiterada quando se discute a possibilidade do conduzido pela autoridade policial apresentar documentos falsos para burlar a

sua identificação. Nestes casos, os Tribunais Superiores têm se repellido a aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere*, concluindo pela tipicidade da conduta

Conforme orientação do STJ é viável, por exemplo, o cometimento do crime de falso testemunho se o depoente, comparecendo em juízo e compromissado, faz declarações falsas com o intuito deliberado de produzir prova contra terceiro, agindo em conluio com o autor da ação, “ainda que tais afirmações possam, acidentalmente, lhe acarretar eventual autoincriminação” (STJ, HC 98.629/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER). Ou seja, mesmo que exista direito da testemunha ao silêncio em relação a fatos em tese autoincriminadores (HC 57.420/BA, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO). Vejamos a seguinte ementa:

PENAL – PROCESSUAL PENAL. “HABEAS CORPUS”. CRIME DE ROUBO: CONSOMAÇÃO. FALSA IDENTIDADE. SEQUESTRO. I. – Crime de roubo: consuma-se quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, consegue retirar a coisa da esfera de vigilância da vítima. II. – Tipifica o crime de falsa identidade o fato de o agente, ao ser preso, identificar-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes. III. – Crime de seqüestro não caracterizado. IV. – Extensão ao co-réu dos efeitos do julgamento, no que toca ao crime de seqüestro. V – H.C. deferido em parte” (STF – 2ª T., HC nº 72377/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 23/05/1995, DJ de 30/06/1995, p. 20409).

D’URSO<sup>36</sup> ensina que, quando da autoacusação falsa, é repelida a hipótese de se constituir direito do acusado mentir, posto que a conduta está tipificada em nosso ordenamento jurídico para coibir a prática daquele que se autoacusa falsamente de determinada prática delituosa, causando transtornos ao sistema punitivo estatal, ao passo que há verdadeira acusação de um inocente e, ao mesmo passo, omissão do verdadeiro culpado. E conclui: “nesse caso fica patente que se o acusado mentir se autoacusando falsamente, responderá por esse crime, o qual prevê punição de três meses a dois anos de detenção”

Nesse contexto, em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE 640.139<sup>37</sup>, foi consignado que a “autodefesa não protege apresentação de falsa identidade”. O relator, Ministro Dias Toffoli, asseverou que:

---

<sup>36</sup> Sobre o tema, o advogado Luís Flávio Borges D’urso D’URSO, Luis Flávio Borges. **O acusado tem direito de mentir?** Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>> Acesso em: 02 fev. 2015.

<sup>37</sup> STF-RE 640139-RG/DF

A apresentação de identidade falsa perante autoridade policial com objetivo de ocultar maus antecedentes é crime previsto no art. 307 do Código Penal e a conduta não está protegida pelo princípio constitucional da autodefesa (artigo 5º, LXIII, da CF/88).

Essa decisão do STF veio a modificar o posicionamento do STJ sobre a matéria, que era no sentido de reconhecer o legítimo exercício da autodefesa, como já foi visto acima.

No Habeas Corpus 151.866/RJ, o Ministro Relator Jorge Mussi, então relator, afirmou que “o uso de identidade falsa não encontra amparo na garantia de permanecer calado, tendo em vista que esta abrange somente o direito de mentir ou omitir sobre os fatos que são imputados à pessoa e não quanto à sua identificação”.

Segundo a lavra do Ministro Mussi, “o princípio constitucional da autodefesa não alcança aquele que se atribui falsa identidade perante autoridade policial com o objetivo de ocultar maus antecedentes”. No alinhamento com a posição do STF, afirmou-se ainda que, “embora o direito à liberdade seja importante garantia individual, seu exercício não é absoluto e encontra barreiras em normas de natureza penal” (HC 151.866/RJ, 5ª. Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 09.12.2011, DJ 13.12.2011).

Portanto, em que pese à divergência, doutrina e jurisprudência majoritárias não mais tem acatado a tese da autodefesa quando o acusado extrapola os limites do direito ao silêncio, mentido, não o utilizando como meio de se defender, mas de uma forma intolerável pelo ordenamento jurídico, faltando com a verdade em seu depoimento, sujeitando-se às cominações referentes aos crimes de calúnia, denunciação caluniosa ou falsa autoacusação, se assim proceder.

O que a legislação não permite é atribuir a si a autoria de um crime que realmente não tenha cometido, ou imputar a prática a outrem que não o cometeu, causando embaraço nas autoridades perseguidoras, entre outras práticas que ultrapassam a esfera jurídica de disponibilidade do imputado. Da autoacusação falsa pode resultar a condenação de um inocente e, correspondentemente, a impunidade do verdadeiro culpado.

Nem poderia ser de outra forma, porquanto se trata de um fato perturbador “do normal funcionamento finalístico da polícia judiciária ou do juízo penal”, nos dizeres de TOURINHO FILHO (1997, p. 305), posto que o silêncio não ultrapassa a esfera jurídica do réu, ao passo que a mentira tem o poder de lesar bens alheios.

Quando se cala a verdade, pode-se estar restringindo os meios de o Estado chegar aos resultados pretendidos da demanda. Permitir a mentira ao acusado é atentar contra o processo, o que não constitui uma exigência da autodefesa e representa, eventualmente, uma ação contrária a interesses de terceiros prejudicados.

Nesse sentido, QUEIJO (2003, p. 200-202), doutrina:

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.

Nos dizeres de D'URSO<sup>38</sup>, difere o direito de gozar da garantia da autoincriminação, da prática efetiva de ilícitos penais, sob a seguida justificativa:

O limite, ténue, que define quando o acusado está no exercício de um direito ou infringindo algum dispositivo legal reside na conduta observada isoladamente, isto é, se o acusado estiver mentindo à autoridade, sobre sua identidade, haverá de responder pelo crime de falsa identidade (...). Predomina o entendimento que o direito de ficar calado não compreende o de mentir sobre sua própria identidade. Outro enfoque que afasta a hipóteses de se constituir direito do acusado a mentira, vem à luz, quando analisamos o crime de auto-acusação falsa prevista em nosso ordenamento jurídico para proibir que alguém se auto-atribua, falsamente, a autoria de um crime, transtornando completamente o sistema punitivo, que punirá o inocente e deixará impune o verdadeiro culpado. (...) Dessa forma fica evidente que o acusado criminalmente não tem direito de mentir impunemente, pois mesmo que utilize-se do princípio da ampla defesa, de não produzir prova contrária a si mesmo ou de permanecer calado, jamais estará autorizado a mentir sobre sua identidade ou a se auto-acusar falsamente, respondendo por tais crimes se assim proceder.

---

<sup>38</sup>

D'URSO, Luis Flávio Borges. **O acusado tem direito de mentir?** Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>> Acesso em: 02 fev. 2015.

Do mesmo modo, NUCCI (2007, p. 986) prescreve acerca da autoacusação inverídica:

Direito de mentir do réu: embora, no exercício do seu direito de defesa, que é constitucionalmente assegurado – ampla defesa – e não deve ser limitado por qualquer norma ordinária, tenha o acusado o direito de mentir, negando a existência do crime, sua autoria, imputando-a a outra pessoa, invocando uma excludente qualquer, enfim, narrando inverdades, não lhe confere o ordenamento jurídico o direito de auto-acusar falsamente. Nem em nome do princípio da ampla defesa é-lhe assegurado o direito de auto-acusar-se, pois também é princípio constitucional evitar, a qualquer custo, o erro judiciário (art. 5º, LXXV)<sup>16</sup>. Não havendo hierarquia entre normas constitucionais, deve o sistema harmonizar-se sem necessidade de que uma norma sobrepuje outra. Assim, sob qualquer prisma, evitar a auto-acusação é tipo penal perfeitamente sintonizado com a segurança almejada pelo sistema jurídico-penal”. “Autodefesa: não é infração penal a conduta do agente que se atribui falsa identidade para escapar da ação policial, evitando a prisão (...). Não abrange, no entanto, o momento de qualificação, seja na polícia, seja em juízo, pois, o direito de silenciar ou mentir que possui não envolve essa fase do interrogatório. Não há, como já visto em itens anteriores, qualquer direito absoluto, de modo que o interesse na escorreita administração da justiça, impedindo-se que um inocente seja julgado em lugar do culpado, prevalece nesse ato. Daí porque, falseando quanto à sua identidade, pode responder pelo crime do art. 307.

WALCHER<sup>39</sup>, em nobre estudo acerca da temática, alude que:

Equívoco foi o de passar-se a entender que existe um direito de mentir, baseado no silogismo de que, podendo o réu ficar em silêncio, poderia também faltar com a verdade, como forma de se defender. Ocorre que o grau de reprovabilidade da mentira (desvalor intrínseco) é muito superior ao do silêncio, demandando aquela, para justificar-se, elementos especiais e adicionais. Não basta que alguém tenha o direito de ficar em silêncio para que se conclua, apenas a partir desse elemento, que esse alguém tem, também, o direito de mentir. A mentira não constitui direito, sendo apenas tolerada pelo ordenamento jurídico, se e quando necessária para viabilizar o direito de autodefesa com a pretensão de afastar a responsabilização criminal, observadas a razoabilidade e a proporcionalidade.

É tormentosa a questão do suposto direito de mentir do acusado, bem como sua eventual abrangência. O entendimento que o acusado não pode se escusar de prestar seus dados de identificação, como o nome, a naturalidade, estado civil, idade, entre outros, prevalece modernamente, pois tais elementos nada têm a ver com o delito. Como o Direito Penal é dos fatos, e não do autor, não existiria

<sup>39</sup>

WALCHER, Guilherme Gehlen. **A garantia contra a autoincriminação no Direito brasileiro**: breve análise da conformação do princípio nemo tenetur se detegere à luz da jurisprudência nacional e estrangeira. Disponível em: <<http://revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em: 05 de jan. 2015.

justificativa, e nem direito que possibilitasse pessoa que invoca tal garantia a mentir quanto à sua identidade. Contudo há quem milite pela hipótese do acusado mentir até mesmo sobre sua qualificação, a fim de não agravar sua situação jurídica em virtude dos seus antecedentes criminais.

Portanto, o ordenamento jurídico pátrio não contempla um direito de mentir. O que existe é uma construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de, muitas vezes, fornecer uma interpretação favorável ao imputado. Contudo, procura-se modernamente encontrar um ponto de equilíbrio que permita ao acusado exercer a autodefesa sem lesionar outros bens jurídicos e, de nenhum modo, o almejado sucesso da persecução penal, pois o que o Estado pretende não é apenas condenar a qualquer custo, mas, sob as regras do devido processo legal e as demais garantias processuais, punir aquele que infringiu a norma penal, respeitando os seus direitos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio contra a autoincriminação, mais conhecido pela fórmula latina *nemo tenetur se detegere*, aplicável no campo probatório do processo penal, tem chamado a atenção modernamente. Através da análise nos precedentes da Corte Maior, o entendimento é de que a garantia de não se autoincriminar não se limita às declarações orais. A Suprema Corte, porém, ainda não tem posição definitiva e plenária assentando o suposto direito de não participar de quaisquer meios probatórios na esfera processual penal, provocando muitas discussões sobre o tema.

O Supremo Tribunal Federal, pela interpretação do dispositivo constitucional que assegura ao direito de permanecer calado, como uma orientação que integra o princípio contra a autoincriminação, conferiu, nos últimos anos, um largo espectro de abrangência do direito, possibilitando a escusa de participar de determinados procedimentos probatórios qualquer indivíduo que possa sofrer investida do Estado quanto à apuração de uma infração penal.

Não obstante a previsão constitucional limitar-se ao direito de permanecer calado, o princípio contra a autoincriminação pode abranger várias condutas orais ou físicas, como a recusa de participar da reprodução simulada de crime ou fornecer material genético para fins de exame de DNA e, sustentado por parte da doutrina, um suposto direito de mentir do acusado, que seria decorrência do *nemo tenetur se detegere*.

A doutrina brasileira, em sua grande parte, entende que em respeito ao *nemo tenetur se detegere*, o acusado não pode ser compelido a colaborar em nenhum tipo de obtenção probatória que dependa da sua colaboração, para não fazê-lo instrumento da sua própria condenação e, além disso, sua recusa não configuraria crime de desobediência.

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

Não se pode, entretanto, encarar o *nemo tenetur se detegere* como um direito absoluto, sobretudo nas hipóteses em que o Estado não tem como suprir de outra forma a produção probatória. Quando diante de tais hipóteses, a doutrina tem propugnado a aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de impor limites ao direito contra a autoincriminação, ante a existência de outros valores fundamentais protegidos pela Constituição, assim como pelo argumento de que esse direito não pode ser usado como escudo de práticas delitivas.

No que tange à violação do *nemo tenetur se detegere*, as suas consequências estão reportadas à matéria das provas ilícitas. O ordenamento constitucional brasileiro veda expressamente a admissibilidade das provas obtidas ilicitamente. Porém, excepcionalmente, passou-se a admitir a valoração de tais provas, sob a égide do princípio da proporcionalidade.

Não pode, do mesmo modo, o judiciário se furtar das garantias constitucionais e legais conferidas aos cidadãos no Estado Democrático de Direito.

O Pretório Excelso não decidiu ainda como proceder entre eventual conflito entre as normas constitucionais protetivas do indivíduo, que lhe asseguram direitos fundamentais, e o interesse da sociedade, assim como a vítima de um crime e seus familiares, que legitimamente esperam pela apuração de responsabilidades.

É necessário encontrar um ponto de equilíbrio para que o Estado garantidor respeite as garantias processuais do ordenamento jurídico, sem prejudicar ou aniquilar o objetivo da persecução penal através de uma ponderação, e efetivando, assim, todos os interesses juridicamente protegidos que estão envolvidos no tema em análise.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2008.
- ASSUMPÇÃO, Antônio. **O direito de mentir x o direito ao silêncio sob a ótica do direito internacional comparado**. Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=247&categoria=Internacional](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=247&categoria=Internacional)> Acesso em: 02 de fevereiro de 2015.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. 6ª ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BITENCOURT, Edgar de Moura. **Crime**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1973.
- BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOTTINO, Thiago. **O direito ao silêncio na jurisprudência do STF**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 19. São Paulo: RT, 1997.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 10309/MS**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Brasília, 04/06/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 31 jan 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 86.686/MS**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Brasília, 25/10/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 31 jan 2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 77.135/SP**. Relator Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, Julg. 08/09/1998, DJU, 06/11/1998.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Incidente de Inconstitucionalidade nº 4560210112007813.0000**. Relator: Sérgio Resende. Quinta Câmara Criminal. Belo Horizonte, 11/06/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 de jan. 2015.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Prova Científica: Exame Pericial do DNA**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

COUCEIRO, João Claudino. **A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio**. Vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Coleção estudos de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida.

D'URSO, Luis Flávio Borges. **O acusado tem direito de mentir?** Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>> Acesso em: 02 de fev. 2015.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed., ver., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon: teoria del garantismo penal**. 5ª ed. Madrid: I rota, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIORI, Ariane Trevisan. **A Prova e a Intervenção Corporal: sua Valoração no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O teste de DNA como prova no processo criminal**. Boletim do IBCCRIM. N. 18, p. 1. São Paulo: 1994.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. São Paulo: RT, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 26 de jan. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Revista Consulex – ANO XIV – nº 312 – 15 de janeiro de 2010**, p.66.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Interrogatório do Réu e Direito ao Silêncio**. N. 1. Ciência Penal. São Paulo: Convívio, 1976.

\_\_\_\_\_. **Prova emprestada**. Ano 1. N. 4. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: out/dez. 1993.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do Código de Trânsito (lei n.9.503, de 23 de setembro de 1997)**. São Paulo: Saraiva, 1998.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Ed. Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MALULY, Jorge Assaf. **Denúncia caluniosa**. Belo Horizonte: DelRey, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado de la prueba en material criminal**. 10ª ed. Madri: Reus, 1979.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Interrogatório, confissão e direito ao silêncio**. Disponível em: <[http://www.cpc.adv.br/cpc\\_academico/doutrina/PENAL.htm](http://www.cpc.adv.br/cpc_academico/doutrina/PENAL.htm)> Acesso em: 26 jan 2015.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal e execução penal**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA NETO, Sérgio de. **Os limites ao acusado do direito de mentir**.

Disponível em:

<[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20080715174106325&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080715174106325&mode=print)> Acesso: 03 de jan 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Breves notas sobre a não autoincriminação**. In: Revista de Doutrina da 4ª Região. N. 41. Porto Alegre: abr. 2011. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/eugenio\\_oliveira.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/eugenio_oliveira.html)>. Acesso em: 02 de jan. 2015.

PRADO, Geraldo. **Direito ao Silêncio**. In: Revista da Universidade Estácio de Sá. N. 1, artigo 12. Rio de Janeiro: 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

\_\_\_\_\_. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 16. ed., rev, ampl., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal.** Valencia: Tirant lo Blanch alternativa, 2000.

SANDEVILLE, Lorete Garcia. **O direito ao silêncio.** In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. N 36, p.239-243. Dez 1991.

SILVA, Douglas Quintino. **Delimitação ao princípio “nemo tenetur se detegere”.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12149&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12149&revista_caderno=3)>. Acesso: 20 de jan 2015.

SILVA, Rodrigo Vaz. **Da utilização do exame de DNA no Direito Penal Brasileiro.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8468](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8468)>. Acesso em: 03 de jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Garantia da não auto incriminação.** Disponível: <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em: 02 de jan. 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** Vol. 3. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal.** Vol. 9. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal.** Vol. 10. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALCHER, Guilherme Gehlen. **A garantia contra a autoincriminação no Direito brasileiro:** breve análise da conformação do princípio nemo tenetur se detegere à luz da jurisprudência nacional e estrangeira. Disponível em: <<http://revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em: 05 de jan. 2015.

VAZ SILVA, Rodrigues. **Garantia da não auto incriminação.** Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>> Acesso em: 02 de fev. 2015.