

TEORIA DOS PRINCÍPIOS E O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Jaciara Assis de Castro GOMES¹
Rodrigo Lemos ARTEIRO²

RESUMO: é certo que durante o decorrer da evolução histórica os direitos dos investigados e acusados se transformaram demasiadamente e surgiram os princípios e direitos fundamentais, dentre os quais, o da não autoincriminação, que apesar de limitar o poder investigativo do Estado, garantem a existência do Estado Democrático de Direito e serão objeto deste artigo.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito dos acusados. Limites. Não autoincriminação.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo buscou, de forma sucinta, trazer o histórico de evolução dos direitos e princípios fundamentais, sobretudo, em primeiro plano, o da dignidade da pessoa humana.

Após minucioso estudo sobre este princípio, foi possível introduzir o conteúdo substancial deste artigo, qual seja, o direito a não produção de provas contra si mesmo.

O método utilizado foi o dedutivo, em que partindo de uma premissa maior (princípios e direitos fundamentais), foi estabelecida relação com a segunda premissa menor (o princípio e direito de não autoincriminação) para, a partir da

¹Discente no curso de graduação em direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

² Docente no curso de direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Especialista em direito pela mesma instituição. Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná

análise confrontal de ambas, chegar-se à verdade que dali pode ser retirada e a conclusão do trabalho.

Pois bem, é de conhecimento comum que os antecedentes investigativos do Estado utilizavam de técnicas agressivas, abusivas e imperativas contra os acusados de delitos ou heresias.

Ocorre que tais comportamentos não poderiam ser tidos como necessários não só pela sociedade, alvos das abusividades vinda de autoridades, como pelo próprio poder político, o que acarretou em um lento desenvolvimento social, a ponto de insurgirem-se os direitos fundamentais, e princípios regedores de uma nova sociedade, agora abarcada pela democracia, com garantia da existência digna protegida.

2 DOS PRINCÍPIOS

A diferenciação entre espécies normativas, sobretudo entre princípios e regras, possui dois intuitos principais. Em primeiro plano visa adiantar características das categorias normativas, a fim de que o aplicador ou quem esteja interpretando, ao encontrá-las, tenha por facilitada a forma de aplicação e interpretação.

Em segundo plano, busca amenizar, vez que uma qualificação das categorias normativas permite minuir – nunca aniquilar – a primordialidade de fundamentação, tendo em vista que ao menos indica o que deverá se justificar.

Humberto Ávila (2011, p. 91) define princípio “como normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização.”.

Desta forma, os princípios são normas de grande importância para que se possa compreender outras normas do sistema jurídico, sobretudo as regras, a exemplo, como nos traz Humberto Ávila (2011, p. 97), do que ocorre com as regras de imunidade tributária:

As regras de imunidade tributária são adequadamente compreendidas se interpretadas de acordo com princípios que lhe são sobrejacentes, como é o caso da interpretação da regra da imunidade recíproca como base no princípio federativo.

Desta feita, faz-se necessário um breve estudo sobre a eficácia dos princípios diante de outras normas, bem como de outros princípios e sub princípios.

2.1 Eficácia Interna dos Princípios

A atuação dos princípios pode se dar duas formas: direta e indireta.

A primeira trata do exercício sem intermédios ou intervenção de outro subprincípio ou regra. Neste plano de eficácia direta, é exercida a função integrativa, posto que legitimam a integração de elementos dos quais não tratem eventuais regras e sub princípios.

Portanto, ainda que um elemento intrínseco ao fim que deve ser alcançado não esteja taxativamente previsto, ele será garantido por aquele princípio, a exemplo do que ocorre quando não há autorização expressa para abertura de prazo a fim de que se manifeste a parte no processo que, poderá fazê-lo, quando for necessário, com base direta no princípio do devido processo legal.

A segunda forma de atuação (eficácia) dos princípios, vale lembrar, a indireta, em sentido contrário à primeira, se dá com a intervenção de outro subprincípio ou regra. Assim, estes poderão ter função definitória, interpretativa ou bloqueadora.

Em relação às normas mais amplas será exercida a função definitória, em que subprincípios trarão a delimitação e especificação da aplicação de um princípio amplo, por exemplo, o da segurança jurídica, que tem sua abrangência delimitada, em casos concretos, pelo subprincípio da boa fé objetiva.

Banda outra, a função interpretativa, como já indica o nome, serve para interpretar outras normas, compostas por textos normativos expressos, ampliando ou restringindo seu significado.

Por fim, a função bloqueadora afasta elementos ostensivamente previstos que sejam contrários com o estado ideal de coisas a ser alcançado e assim exemplifica Humberto Ávila (2011, p. 98):

Por exemplo, se há uma regra prevendo a abertura de prazo, mas o prazo previsto é insuficiente para garantir a efetividade aos direitos do cidadão, um prazo adequado deverá ser garantido em razão da eficácia bloqueadora do princípio do devido processo legal.

Entretanto, a função que, sobretudo, é exercida, é a função rearticuladora, ao passo que os princípios possibilitam a comunicação entre os vários componentes do estado ideal de coisas a ser buscado.

2.2 Eficácia Externa dos Princípios

Em primeiro plano, há que se compreender que as normas jurídicas não autuam apenas quanto à compreensão de outras normas, mas também das próprias provas e fatos.

Quando da análise da ocorrência de um fato, passa a existir uma simultânea interpretação do fato conforme a norma, e da norma conforme o fato, produzindo assim, o exame da pertinência e da valoração do ocorrido, que têm parâmetros indiretamente trazidos pelos princípios, posto que estabelecem um ideal de coisas a ser seguido.

A eficácia externa, analisada sob a ótica objetiva, trata dos fatos e sua valoração para que possam ou não ser objeto de proteção jurídica, selecionando quais fatos são pertinentes para tanto.

Ainda nesta ótica, há que se observar que alguns princípios constitucionais cuidam de interesses e bens jurídicos, e aqui entra a eficácia argumentativa, ao passo que, quanto maior for o efeito indireto ou direto para conservação ou consumação desses bens, mais especificada deverá ser a fundamentação do Poder Público para restrição destes.

Sob a ótica subjetiva, há a relação entre os sujeitos alcançados pela eficácia dos princípios e o Estado, posto que proíbem a intervenção estatal em direitos de liberdade, haja vista que ao Estado cabe não só honrar os direitos fundamentais, como também promovê-los, através da tomada de medidas para que sejam realizados da melhor forma cabível.

Diante da valoração à realidade fática sociedade, e da influência exercida sobre as outras normas, nos esclarece Gustavo Zagrebelsky (1995, p. 111):

Si el derecho solo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la <maquinización> de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a lo que se les proporcionaría el hecho y darían la respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción. Del supuesto de hecho concreto em ele supuesto abstrato de la norma. Ahora bien, tal idea, típicamente positivista, acrece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. La <aplicación> de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una <reacción> , se <tome posición> ante a ésta de conformidad con ellos.³

Destarte, esclarecida a importância dos princípios dentro do ordenamento jurídico brasileiro, passemos, pois, ao estudo indispensável de alguns deles, para melhor compreensão do estudo sobre o qual trata este trabalho.

³ “Se o direito estivesse composto somente de regras não seria insensato pensar na <maquinização> de sua aplicação por meio de robôs, a quem dariam os fatos e nos dariam a resposta. Estes robôs talvez poderiam fazer uso dos dois principais esquemas lógicos para a aplicação de regras normativas: o silogismo judicial e a subsunção do hipotético caso concreto pelo abstrato da norma. Agora, tal ideia, tipicamente positivista, carece totalmente de sentido a medida que o direito contenha princípios. A <aplicação> dos princípios é completamente distinta e requer que, quando a realidade nos exija uma <reação>, se <tome posição> até estar em conformidade com eles.”

3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na antiguidade clássica a dignidade da pessoa humana era, via de regra, verificada pela posição social ocupada e pelo quanto a pessoa era reconhecida pelos outros membros da comunidade. Logo, nesta época, existia a quantificação de dignidade, trazendo à tona da sociedade pessoas mais e menos dignas entre si.

Banda outra, dentro do pensamento estoico, a dignidade era trazida como característica inerente ao ser humano. Deste modo, seriam todos os homens, no que diz respeito a sua natureza, dotados da mesma dignidade, que estaria umbilicalmente ligada à noção de liberdade pessoal.

Na seara jusnaturalista, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a ideia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.”

Para Kant, tudo o que existe tem um fim e “no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade” (Sarlet, 2002, p.33). Deste modo, sempre que algo tiver um preço, será possível substituí-lo por um equivalente, mas, ao contrário, quando alguma coisa não possui valor econômico e, portanto, não puder ser substituída, ela possuirá dignidade.

Todavia, as posições até agora elencadas merecem ao menos uma crítica posto que completamente antropocêntricas vez que, de um modo ou de outro, colocam a racionalidade como superioridade em relação aos outros seres vivos.

Conquanto a crítica permaneça, é de se admitir que, muito embora o meio ambiente ocupe especial lugar de proteção no meio jurídico atual, ainda hoje a dignidade da pessoa humana é tida como elemento intrínseco ao ser humano por seu simples nascimento, trazendo consigo a titularidade de direitos que obriga o respeito por parte de seus semelhantes e do Estado.

Prevista no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana, não contém apenas uma norma, posto que se enquadra como princípio e valor fundamental, trazendo assim, não só a norma de

direitos e garantias, como também de deveres fundamentais. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 73):

Assim, quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito de reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa.

E complementa (2002, p. 82/83):

Ainda que a dignidade preexista ao direito, certo é que o seu reconhecimento e proteção por parte da ordem jurídica constituem requisito indispensável para que esta possa ser tida como legítima. Aliás, tal dignidade tem sido reconhecida à dignidade da pessoa humana que se chegou a sustentar, parafraseando o conhecido e multicitado art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que toda sociedade que não reconhece e não garante a dignidade da pessoa não possui uma Constituição.

Na qualidade de princípio fundamental, assume-se como valor-guia não somente dos direitos fundamentais, mas da integral ordem jurídica, seja ela, constitucional ou infraconstitucional.

Importante ainda se faz adentrar, mesmo que superficialmente, no âmbito da dignidade da pessoa humana frente aos direitos fundamentais, objeto do próximo subtópico.

3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais

A constituição Federal, apesar de seu caráter compromissário, outorga uma unidade de sentido, valor e concordância prática aos direitos fundamentais, que se respaldam na dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual, chegou-se a

afirmar que este princípio seria o início e o fim das liberdades constitucionais e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem função integradora e hermenêutica, posto que utilizado como parâmetro de interpretação e integração não só dos direitos fundamentais, como de todo o ordenamento.

Assim, ainda nas ordens normativas em que a dignidade não teve referência expressa, não pode dizer que não exista dado que se as normas não afetarem nenhum direito fundamental, também irá acatá-la.

Dispõe, em complemento, Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 89/90)

Em suma, o que se pretende sustentar de modo enfático, é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que 'atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais', exige e pressupõe o conhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos).

Deste modo, sem que assegure à pessoa os direitos fundamentais que lhes são intrínsecos, estará sendo-lhes negada a própria dignidade.

Outro aspecto de suma importância para que seja entendida a função que deve ser cumprida pelo princípio da dignidade da pessoa humana em conexão com os direitos fundamentais, é que será "critério para construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional." (SARLET, 2002, p.99).

Neste sentido, há que se concluir que os direitos fundamentais estão além daqueles previstos no título II da Constituição Federal, sendo também abrangidos por garantias esparsas por todo texto constitucional, inclusive de forma implícita, bem como por tratados internacionais.

Sobre tal assunto dispõe ainda Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 101):

Certo é que a tarefa, por vezes árdua, de identificar (e, acima de tudo, justificar essa opção) posições fundamentais em outras partes da Constituição, bem como a possibilidade de reconhecer a existência de direitos fundamentais implícitos e/ou autonomamente desenvolvidos a partir do regime e dos princípios da nossa Lei Fundamental, passa necessariamente pela construção de um conceito material de direitos fundamentais.

A meta a se alcançar é a demonstração de que o princípio da dignidade humana tem posição de destaque, e serve de baliza material para a identificação de direitos implícitos e, de forma especial, aos constantes de outras partes da Constituição.

De fato é todo direito fundamental é revestido de dignidade mas, de certa forma, em algumas situações, acaba por assumir efeito *Lex generalis*, já que muitos juízes a utilizam como fundamentação genérica, sendo este recurso suficiente para fundamento da proteção ao direito fundamental lesado.

Deste modo, pode-se afirmar:

[...] que a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa. (SARLET, 2002, p.106)

Constata-se, pois, que o princípio da dignidade da pessoa humana protege todos os direitos fundamentais e, desta forma, não podem ser nenhum deles afetados sem ferir o princípio maior de direitos do ser humano.

4 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Historicamente, verifica-se que a confissão pública sempre foi meio de prova por excelência, tendo por fundamento a intuição de que, por óbvio, aquele que não tivesse praticado o delito, jamais o confessaria.

Todavia, notadamente durante o período da Idade Média e da Santa Inquisição, a busca da confissão de delitos e heresias se deu por meios diversos do simples interrogatório, como a utilização de técnicas de tortura e ameaças diversificadas, a fim de que a busca da verdade real fosse, teoricamente, alcançada.

Neste patamar, o objeto do processo passava a ser o acusado, e deveria ele provar a sua inocência, e não o Estado demonstrar ser ele o responsável pelo delito/heresia que lhe estava sendo imputado.

Claro, portanto, que existia verdadeira afronta ao devido processo legal e ao sistema acusatório, hoje corrente. Neste sentido Wagner Marteleto Filho (2012, p. 13/14):

O princípio da presunção de inocência é totalmente aniquilado ou invertido, na medida em que é o acusado quem deve provar sua inocência (*réus tenetur se detegere*), inclusive pela superação das torturas infligidas, caso em que era finalmente liberado. [...] A busca incessante pela confissão e a submissão do acusado ao juramento de *veritate dicenda* conduziam, inexoravelmente, à autoincriminação. [...] No mais das vezes, era mesmo preferível, para o acusado, confessar o delito, ainda que passível de punição com a morte, a submeter-se às torturas desmudas das quais se valiam os inquisidores.

Apenas com a chegada da Revolução Iluminista, no século XVIII, é que fora o procedimento inquisitorial superado, dando vazio, conseqüentemente, ao desenvolvimento do sistema hoje aderido do “Common Law”, que trouxe a instauração do sistema acusatório, em que o acusado possui posição de sujeito de direitos e não mais de objeto do processo, tendo por respeitada, assim, a sua dignidade como pessoa humana.

A partir de então começa a se efetivar o direito a não autoincriminação, como bem disciplina André de Carvalho Ramos (2009, p. 10):

Com as revoluções liberais e a lenta consagração do indivíduo como sujeito do processo, há a proibição da obrigação de se auto-incriminar. Eventual confissão é válida se, e somente se, for feita por voluntária decisão do imputado e que este saiba, *previamente*, do seu direito de não ser obrigado a se auto-incriminar.

Destarte, é possível extrair o direito em pauta de cláusulas clássicas do atual processo penal e, ainda em consonância com André de Carvalho Ramos (2009, p. 12/13), são elas “a presunção de inocência, o devido processo legal e ampla defesa, proteção à intimidade e à dignidade humana”, que serão objetos a seguir tratados.

4.1 Fundamentos da Não Autoincriminação

O Princípio da Presunção de Inocência retira do acusado o ônus probatório processual e o transfere à acusação para que em caso de não haver demonstração do alegado, haja a absolvição (*in dubio pro reo*).

Consequentemente, referido princípio traz ao indivíduo o direito de quedar-se inerte durante o trâmite processual, sem em nada contribuir, sobretudo em favor de sua própria condenação.

Do princípio do Devido Processo Legal é extraída a consagração do sistema acusatório, fazendo compor o processo penal de partes a quem deve ser conferida o contraditório e ampla defesa, ratificando a ideia do ônus probatório da acusação e direito de inércia do acusado, quando o assunto for elaboração de provas contra si próprio.

Senão, veja-se o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte:

HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. CONCURSO DE AGENTES.PENA-BASE. FIXAÇÃO EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO. CULPABILIDADEACENTUADA. JUÍZO DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ELEMENTO QUE NÃO FAZPARTE DO TIPO. SANÇÃO MOTIVADA NESSE PONTO. PERSONALIDADECONSIDERADA DESFAVORÁVEL. NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO À NÃOAUTO-INCRIMINAÇÃO. SISTEMA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. OFENSA.COAÇÃO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADA. 1. A culpabilidade que foi aferida pelo magistrado foi aquela em sentido lato - a reprovação social que o crime e seu autor merecem pela conduta criminosa praticada, observadas as suas peculiaridades- e não a culpabilidade em sentido

estrito, elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida. 2. Não há como valorar em desfavor do acusado, a título de má personalidade, o fato de ter negado a verdade acerca dos fatos criminosos, pois, diante do sistema de garantias constitucionais e processuais penais vigentes, e constatando-se ainda que não estão brigado legalmente a dizer a verdade, nada mais fez do que exercitar seu direito à não auto-incriminação (arts. 5º, LXIII, daCF e 186, e seu parágrafo único, do CPP). 3. Ordem parcialmente concedida para anular em parte a sentença no tocante à dosimetria, fixando a pena do paciente definitivamente em 2 anos e 6 meses de reclusão, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão combatidos. (STJ, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 04/02/2010, T5 - QUINTA TURMA, undefined – Grifo Nosso)

HABEAS CORPUS" - INTERROGATORIO JUDICIAL - AUSÊNCIA DE ADVOGADO - VALIDADE - PRINCÍPIO DO CONTRADITORIO - INAPLICABILIDADE - PERSECUÇÃO PENAL E LIBERDADES PUBLICAS - DIREITOS PUBLICOS SUBJETIVOS DO INDICIADO E DO RÉU - PRIVILEGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO - PEDIDO INDEFERIDO . - A SUPERVENIENCIA DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL NÃO DESQUALIFICOU O INTERROGATORIO COMO ATO PESSOAL DO MAGISTRADO PROCESSANTE E NEM IMPÔS AO ESTADO O DEVER DE ASSEGURAR, QUANDO DA EFETIVAÇÃO DESSE ATO PROCESSUAL, A PRESENÇA DE DEFENSOR TÉCNICO. A AUSÊNCIA DO ADVOGADO NO INTERROGATORIO JUDICIAL DO ACUSADO NÃO INFIRMA A VALIDADE JURÍDICA DESSE ATO PROCESSUAL. A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL, AO DISCIPLINAR A REALIZAÇÃO DO INTERROGATORIO JUDICIAL, NÃO TORNA OBRIGATORIA, EM CONSEQUENCIA, A PRESENÇA DO DEFENSOR DO ACUSADO . - O INTERROGATORIO JUDICIAL NÃO ESTA SUJEITO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITORIO. SUBSISTE, EM CONSEQUENCIA, A VEDAÇÃO LEGAL - IGUALMENTE EXTENSIVEL AO ÓRGÃO DA ACUSAÇÃO-, QUE IMPEDE O DEFENSOR DO ACUSADO DE INTERVIR OU DE INFLUIR NA FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS E NA ENUNCIÇÃO DAS RESPOSTAS. A NORMA INSCRITA NO ART. 187 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL FOI INTEGRALMENTE RECEBIDA PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL . - QUALQUER INDIVIDUO QUE FIGURE COMO OBJETO DE PROCEDIMENTOS INVESTIGATORIOS POLICIAIS OU QUE OSTENTE, EM JUÍZO PENAL, A CONDIÇÃO JURÍDICA DE IMPUTADO, TEM, DENTRE AS VARIAS PRERROGATIVAS QUE LHE SÃO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADAS, O DIREITO DE PERMANECER CALADO. "NEMO TENETUR SE DETEGERE". NINGUEM PODE SER CONSTRANGIDO A CONFESSAR A PRÁTICA DE UM ILÍCITO PENAL. O DIREITO DE PERMANECER EM SILENCIO INSERE-SE NO ALCANCE CONCRETO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. E NESSE DIREITO AO SILENCIO 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 - HC: 68929 SP , Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 22/10/1991, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28-08-1992 PP-13453 EMENT VOL-01672-02 PP-00270 RTJ VOL-00141-02 PP-00512, – Grifo Nosso).

Evidente, pois, que a proibição de produção de provas contra si próprio abarca o direito à defesa em sua modalidade passiva, operada pela inatividade do sujeito de direitos sobre quem está recaindo a imputação criminosa.

Há ainda quem defenda que o direito à intimidade também fundamenta a proibição de autoincriminação pela simples essência da intimidade, que garante ao indivíduo a preservação de sua vivência ao conhecimento público.

Por excelência, entretanto, há que se admitir ser a atual proibição, fruto inerente ao Princípio da Dignidade Humana, por todos os motivos apresentados no capítulo anterior, que assegura não só a vida pessoal digna, como um “ser processado” também com dignidade e preservação de seus direitos fundamentais.

4.2 Disposição Legal no Brasil

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o direito a não autoincriminação tem por respaldo inicial o artigo 5º da Constituição Federal, ao dispor em seu inciso LXIII que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]”.

Em decorrência desta garantia constitucional, nos casos em que for omitido ao preso o direito de permanecer calado, haverá nulidade absoluta, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, consequências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado. I. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. II. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele

anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas. III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio - que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade - e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito. (STF - HC: 68929 SP, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 22/10/1991, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28-08-1992 PP-13453 EMENT VOL-01672-02 PP-00270 RTJ VOL-00141-02 PP-00512- Grifo Nosso).

Banda outra, o §2º do mesmo dispositivo legal, expressa que não estão excluídos de proteção outros direitos e garantias que forem decorrentes do regime e princípios pela Constituição Federal adotados, bem como de tratados internacionais em que seja parte a República Federativa do Brasil.

Assim, não bastasse todo o bojo constitucional que protege a impossibilidade da autoincriminação em virtude dos fundamentos já expostos, em 1992 foi incorporado ao ordenamento interno brasileiro a Convenção Americana sobre Direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que, além de outros direitos e princípios, traz explicitamente a preservação da não autoincriminação:

Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; [...]

A importância do conhecimento de que, além da proteção desse instituto ter fundamentação legal interna, sê-lo também internacionalmente amparado por tratados, se dá quanto à eventual descumprimento, posto que ensejará responsabilidade internacional do Estado Brasileiro por violar direitos

humanos, o que gera, não se pode negar, maior comprometimento do Estado em seu cumprimento.

4.3 Titularidade

Enquanto a Constituição Federal, como visto, garante ao “preso” o direito de permanecer calado, os tratados internacionais ampliam esse direito ao passo que tornam a garantia de não produzir provas contra si mesmo, uma vantagem, da mesma forma, do “acusado”.

Contudo, ainda que não precise estar preso para invocar tal prerrogativa, resta a indagação sobre a possibilidade de invocação por pessoa não presa, mas que também não foi formalmente acusada.

Da análise sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, obtém-se a conclusão de que, mesmo não sendo preso ou acusado formal, poderá qualquer pessoa valer-se deste direito, pois, se assim não fosse, “bastaria retardar a acusação, para que determinada pessoa fosse constrangida a produzir prova contra si ao ser chamada para depor na condição de *testemunha*”. (RAMOS, André de Carvalho, 2009, p. 15)

Entendimento este já pacificado no Supremo Tribunal Federal, que determina o dever de comparecimento das testemunhas, restando, contudo, assegurado, o direito de privar-se de respostas auto incriminadoras:

Se o objeto da CPI é mais amplo do que os fatos em relação aos quais o cidadão intimado a depor tem sido objeto de suspeitas, do direito ao silêncio não decorre o de recusar-se a depor, mas sim o de não responder às perguntas cujas respostas entenda possam vir a incriminá-lo: liminar deferida para que, comparecendo à CPI, nesses termos, possa o paciente exercê-lo sem novamente ser preso ou ameaçado de prisão. (STF, HC 79.244/DF, j. 23.02.2000, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 24.03.2000, p.38)

Fica, pois, demonstrada, que a titularidade do exercício do direito a não produzir provas contra si próprio, pertence a qualquer cidadão, independente de estar na posição de preso, acusado ou testemunha.

4.4 Poder de investigação: Limites Constitucionais Frente ao Direito de Não Autoincriminação

Em princípio, e durante muito tempo, a garantia de não produzir provas contra si mesmo era confundida com o direito ao silêncio.

É bem verdade que a lei processual brasileira não traz restrição alguma à utilização provas decorrentes de violação ao direito de não autoincriminação, sendo certo que a proteção a sua obstrução advém da interpretação de tratados e convenções internacionais das quais o Brasil faz parte, bem como de princípios constitucionais.

Muito embora existam entendimentos em sentido contrário, a recusa na colaboração de produção de prova não constitui crime de desobediência, mesmo porque não há previsão legal penal ou processual para tanto.

Do mesmo modo, o STF pactua com tal entendimento e tem obstado a possibilidade de compelir o acusado a cooperar na produção de provas, como nos casos de reconstituição de crime e exame grafotécnico.

Todavia, não é possível ter como absoluto tal direito, sobretudo em ocasiões em que o Estado não tiver forma diversa de suprir a elaboração daquela prova. Tal qual ocorre no direito Alemão, em casos como este, a saída será buscar o princípio da Proporcionalidade. Em exemplo, traz Marcellus Polatri Lima (2009, p. 183):

Por exemplo, se negando o acusado a se submeter ao exame grafotécnico, poderá ser feita busca e apreensão de papéis ou documentos nos quais contem a assinatura ou grafia do acusado, para fins de servir de padrão.

Deve-se, contudo, quando da utilização do Princípio da Proporcionalidade, sempre levar em consideração a adequação, necessidade e proporcionalidade, ou seja, valer-se da ponderação de bens em conflito, utilizando-o em sentido estrito.

Isso porque a ausência de limites ostensivos na Constituição Federal e tampouco na legislação infraconstitucional não constitui direito absoluto do *nemo tenetur se detegere*. Os limites, pois, decorrem da necessidade de coexistência de outros direitos e valores que também possuem proteção constitucional.

Entretanto, afóra da indispensabilidade de que a lei regulamentadora do uso de tais provas deva considerar o princípio da proporcionalidade, deverá o juiz do caso concreto analisar a necessidade de tal medida, dando sempre prioridade às que não necessitem da intervenção corporal e, ainda, quando indispensável, valer-se das não invasivas por preferência.

Neste sentido, complementa Marcellus Polastri Lima (2009, p. 182):

A doutrina costuma dividir as provas que exijam intervenção corporal no acusado em *invasivas* e *não invasivas*, sendo que as primeiras são aquelas em que se necessita fazer a penetração no corpo humano, seja por cavidades naturais ou não, ou seja, através de instrumentos ou de substâncias, e as segundas aquelas obtidas sem a penetração no corpo do acusado. São provas invasivas, dentre outras: a endoscopia, o exame de sangue, o exame ginecológico, o exame do reto e a perícia dentária em pessoa viva. São provas não invasivas, por exemplo: os exames de DNA em fio de cabelo e em pelos, os exames de matérias fecais, a identificação dactiloscópica e a radiografia.

A ampliação hermenêutica que passou a ter esse direito não deixa, até hoje, de ser polêmica, o que torna necessário o estudo especificado de alguns

outros institutos, tais como o direito ao silêncio, direito à mentira e de não apresentar documentos.

Como bem sabido, o direito ao silêncio não significa ausência de defesa, e sim alternativa consciente do sujeito passivo que se priva do fornecimento de informações, e apenas aguarda a comprovação do alegado por parte da acusação.

Incabível, seria que se extraísse qualquer fruto negativo pelo exercício do direito ao silêncio, como previa o antigo texto do artigo 186⁴ do CPP, agora já alterado, trazendo como direito garantido o silêncio do réu:

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. (Grifo Nosso)

Por outro lado, partindo do pressuposto de que o acusado aceitou prestar declarações, resta grande polêmica sobre a possibilidade da admissão de mentira por parte deste, em decorrência do direito de *nemo tenetur se detegere*.

Neste diapasão torna-se tanto quanto obscura diferença entre as naturezas de “calar a verdade” e “mentir”, não sendo possível a extração de uma a partir da outra. Em primeiro plano deve ser observado o fato de que, quanto ao direito de mentira, não existe a mesma uniformidade que existe ao direito de silêncio.

Neste caminhar, a declaração falsa do réu que imputa a outrem a prática do crime, não pode ser tida como legítima, visto que atinge direitos de terceiros. Assim, uma conciliação entre a atipicidade da conduta mentirosa do acusado em um processo e os direitos de terceiros, deve ser tentada.

⁴ Art. 186: Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

Por outro lado, quando o assunto for a existência ou não de direito a não apresentar documentos, há que entender ser a confissão e o fornecimento de informações documentais, institutos absolutamente diversos, posto que os documentos por si só não possuem o condão de incriminar ou absolver alguém.

A guerra da defesa restará na interpretação sobre o sentido que será dado para cada informação obtida pelos documentos fornecidos, tornando por legítima a requisição ou até mesmo a busca e apreensão judicial.

As buscas pessoais, por exemplo, são utilizadas para a descoberta de armas ou instrumentos capazes de causar risco à incolumidade pública, tal qual o exame de corpo de delito, que atingem menos intensamente os direitos fundamentais envolvidos, como a intimidade e liberdade, ao passo que não afetam a integridade física.

Wagner Marteleto Filho (2012, p. 104), complementa:

Oportuno destacar a natureza geralmente preventiva das *buscas*, não obstante possam ser realizadas após a prática de um delito, para descoberta do corpo de delito. Em vista de suas características essenciais (afetação leve de direitos fundamentais, objetivos preventivos, inexistência de ofensa à integridade física, etc), as buscas pessoais não demandam autorização judicial, autorização esta que, na verdade, poderia mesmo redundar na ineficácia da medida.

As inspeções corporais, por outro lado, possuem o objetivo de estudo e exposição de determinados aspectos da pessoa, coisa ou local examinados. Neste instituto o órgão sensorial atuante é a visão, não necessitando, portanto, da apreensão de objeto qualquer.

Os registros corporais, em sentido contrário, são mais capazes de ferir direitos constitucionais envolvidos, sobretudo a intimidade, haja vista recaírem sobre partes íntimas do corpo. Tal medida tem o escopo de apreender o próprio corpo de delito ou elementos relacionados, que sejam interessantes ao conjunto probatório.

O reconhecimento pessoal, por sua vez, é medida fadada a determinar, por meio da vítima ou testemunha, através de análise em que recorda o acontecido

em determinado contexto, se a pessoa a quem se imputa o fato, foi o presumido responsável, conforme previsão do artigo 226 no CPP, permitindo-se, inclusive, a condução coercitiva do acusado, nos termos do artigo 260 do mesmo diploma legal.

Há, ainda, a expressa previsão legal da busca pessoal (artigo 240, §2º e seguintes do CPP), sendo que deste instituo, juntamente com o reconhecimento pessoal, decorrem o registro corporal e inspeção pessoal.

E neste sentido, Wagner Marteleto Filho:

Advirta-se que, por configurarem *restrições*, ainda que leves, tais medidas devem se *idôneas* (aptas ao fim proposto e fundadas em indícios de autoria), *necessárias e estritamente proporcionais* (no sopesamento entre os direitos envolvidos na situação de colisão). Fora dos demais direitos fundamentais atingidos, exigindo-se a cessação da intervenção.

Desta feita, tem-se que os referidos meios de prova utilizam a cooperação passiva do acusado, todavia, não demandam sua atuação na modalidade comunicativa. São frequentemente utilizados, e tidos não como violadores da proteção a não incriminação, mas tão somente como restrições fixadas ao vasto campo de proteção do direito fundamental.

4.5 Consequências da Afronta ao Direito de Não Autoincriminação

Inicialmente, cabe lembrar ser o *nemo tenetur detegere* direito fundamental com status de norma constitucional e, em vista de ser considerada lícita a prova obtida em conformidade com as normas constitucionais, a consequência da violação a não autoincriminação não poderia ser outra senão a condução de ilicitude probatória.

Dado o fato de estarmos diante de direito constitucional, o alcance da ilicitude não poderia restar configurada apenas no âmbito das nulidades, mas sim como no da inadmissibilidade.

Em vista do interrogatório, a advertência do réu quanto ao direito de permanecer em silêncio é imprescindível para a licitude da prova eventualmente colhida, assegurando a autodeterminação do acusado ao optar pela cooperação.

E assim complementa Maria Elizabeth Queijo (2003, p. 397):

Eventual confissão colhida do acusado nessas circunstâncias é ilícita porque atenta ao *nemo tenetur se detegere* e, conseqüentemente, não poderá ser admitida como prova. Inadmissíveis também, pela violação ao *nemo tenetur se detegere*, são os elementos probatórios colhidos em entrevistas do acusado à imprensa.

Todavia, se em ocasião de não ser o acusado advertido do seu direito de silêncio, ainda sim ele silenciar e não exercer a autodefesa, sem autoincriminar-se, o interrogatório será válido e sem qualquer nulidade, em razão de não ter havido prejuízo algum para a defesa.

Por outro lado, a advertência deficiente (não formulada em termos capazes de atingir sua finalidade), é capaz de avocar a ilicitude da prova, e da mesma forma ocorrerá quando, apesar de devidamente informado, for persuadido pela autoridade às respostas de tal modo que acabe por confessar o fato.

Na mesma direção seguem as confissões obtidas por interrogatórios em que sejam utilizadas técnicas vedadas, e a formulação de perguntas sugestivas e capciosas pela autoridade que procede ao ato.

Assim, se a denúncia tiver fundamento na prova ilícita será nula e outra deverá ser oferecida, tomando por base outros elementos probatórios. Caso contrário, em que seja a prova ilícita a única de fundamentação, deverão ser os autos de inquérito policial arquivados, com fundamento no artigo 18 do CPP.

Em caso de ser a prova colhida já na fase processual, deverá ser desentranhada para que não corra o risco de influenciar o convencimento do juiz no posterior julgamento.

Insta destacar, pois, que em caso de valoração da prova por parte do magistrado, qualquer que seja o ato praticado, será nulo, e deverá ser assim decretado pela instância superior.

Do interrogatório nulo, caberá renovação, bem como dos atos processuais subsequentes; da sentença transitada em julgado, por outro lado, caberá revisão criminal, sendo possível que o próprio tribunal competente, ao excluir a sentença nula, absolva o acusado.

Resta demonstrada a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, posto que da obtenção de uma prova que afronte o princípio de não autoincriminação, contaminada estarão as outras que dela decorrerem.

Sobre as exceções para referida teoria, dispõe Maria Elizabeth Queijo (2003, p. 403):

As exceções à regra de exclusão da prova derivada da prova ilícita devem ser consideradas com cautela. É que, não raro, podem estimular a prática de ilicitudes, especialmente pelos órgãos da polícia. Desse modo, a exceção referente à segurança pública, embora guarde relação com o princípio da proporcionalidade, parece justificar qualquer violação aos direitos do acusado, inclusive ao *nemo tenetur se detegere*, o que coloca em risco as garantias constitucionais, a dignidade da pessoa e a ética na realização do processo.

Por fim, ainda no âmbito das exceções quanto à admissão de provas ilícitas em razão da violação do direito a não se autoincriminar, é de se levar em conta que, conforme Maria Elizabeth Queijo, “quando a prova colhida favorecer a defesa poderá ela ser valorada e permanecer entranhada nos autos”.

O motivo de tal assertiva é que, em caso de favorecimento à defesa, a ponderação dos direitos enredados, por aplicação *in bonam partem*, leva ao acolhimento da prova.

5 CONCLUSÃO

No Brasil, o direito a não produzir provas contra si mesmo é basicamente derivação da garantia da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, o que significa dizer que em todo procedimento, seja criminal ou administrativo, poderá o acusado alegá-lo em sua defesa.

Em que pese o anseio de dar eficiência às instruções legais e afastar a impunidade, é preciso que toda ação de qualquer autoridade atenda aos direitos substanciais dos investigados e acusados, dentre os quais o de não autoincriminar-se.

A obediência aos direitos fundamentais, além de demonstrar a ética de qualquer Estado Democrático de Direito, é elemento de provocação para o progresso qualitativo de ações governamentais.

Inquestionavelmente a História demonstra que a ação governamental inquisitorial desrespeita os direitos fundamentais e básicos, e é ainda condutora de falta de profissionalismo, além de utilizar de arcaicas técnicas investigativas, trazendo injustiças, perseguições ou favorecimentos injustificados, gerando, pois, mais impunidade.

De que adiantaria aperfeiçoar técnicas e mecanismos de investigação, se o sujeito alvo não possuir direitos?

Destarte, enquanto se garante o direito a não produção de provas contra si mesmo, é estimulado o aprimoramento das técnicas investigativas do Estado, que não pode quedar-se inerte e simplesmente não investir na capacitação dos órgãos de defesa da sociedade.

Assegurada a existência e cumprimento de tais direitos, resguardada estará também a Democracia e maior possibilidade de ser feita a justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: [s.s.], 2002.

AMBOS, Kai; POLASTRI, Marcellus. **O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008: leis 11.689, 11.690 e 11.719**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. et al (Org.). **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptação telefônica e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de Não Produzir Provas contra si mesmo: (o princípio *Nemo tenetur se detgere* e suas decorrências no processo penal** . São Paulo: Saraiva, 2003

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2ª ed; Porto Alegre: Livraria di advogado, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil – Ley, Derechos, Justicia**. 9ª Ed.; Madrid, Trotta, 2009.