MARIANA MAYUMI MONTEIRO

O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2013

MARIANA MAYUMI MONTEIRO

O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como um dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2013.

Banca Examinadora:

_____

_____

_____

Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine.
E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria.
I Coríntios 13:1-2

Aos meus pais, Elza e Marco, por quem nutro o maior amor do mundo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, ao Professor José Raul Gavião de Almeida, tanto pelas profícuas aulas ministradas no curso de graduação, que nos levou a elegê-lo professor homenageado de nossa Turma, como pela oportunidade, orientação e confiança que me foram concedidas no curso de pós-gradução.

Agradeço aos professores Antonio Scarance Fernandes e Gustavo Henrique Ivahy Badaró pelas valiosas diretrizes e sugestões por ocasião do exame de qualificação. Meus agradecimentos, também, aos professores Marcos Alexandre Coelho Zilli, Mauricio Zanoide de Moraes, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Antonio Magalhães Gomes Filho, Reinaldo Ayer de Oliveira e Cláudio Cohen por todos os ensinamentos, e por exercerem esta que é a mais sublime das profissões. Uma honra poder assisti-los de perto, e vê-los compartilhar com maestria o louvável e vasto conhecimento que possuem.

A todos os membros da minha família, sem exceção; cada um com sua peculiaridade torna a minha vida mais completa, rica e feliz. A meus pais e meu irmão, pelo carinho, convivência, respeito, exemplo e, sobretudo, paciência. Obrigada por serem tão presentes em minha vida.

Dr. Otávio, pelo exemplo, grandiosidade, compreensão, humanidade e, acima de tudo, justiça. Muito obrigada por tudo. É um privilégio ter o senhor como chefe.

Meus queridos amigos, Priscila, Lianne, Akemi, Thais, Sílvia, Mari, Felipe, Leni, Carlos, Rodrigo, Myrian, Silas. Pela amizade; palavra que fala por si, e traz embutido um significado vasto e profundo. Obrigada pela torcida e pelo carinho, tê-los na minha vida é uma verdadeira benção.

Dayana, Camilla e Gregório, companheiros de faculdade, de curso, de vida: obrigada pela mão estendida, sempre, e tanto...

A Edu, Bruno, Carol e Vitor, pela convivência tão agradável.

Aos doutores Akioshi, Lauro e Fausto e, em especial, ao Dr. Fábio, pelo empenho, competência e dedicação em um momento tão delicado de minha vida.

Margaret e Maurício, por terem acreditado em mim, sempre.

RESUMO

O princípio da não autoincriminação (ou princípio *nemo tenetur se detegere*) constitui não só um dos mais importantes princípios aplicáveis no contexto da produção probatória, mas também um dos princípios fundamentais do processo penal.

O seu estudo está diretamente relacionado à tensão existente entre o interesse público na persecução penal e o interesse do indivíduo, no que diz respeito à observância das garantias fundamentais.

A evolução, estrutura, alcance e as restrições ao referido princípio serão analisadas sob o enfoque do direito comparado, exercício este que nos propomos a ensaiar privilegiando uma referência abreviada à experiência americana.

Após uma breve incursão sobre os sistemas processuais penais, a busca da verdade e os poderes do juiz – temas intimamente relacionados ao assunto principal – trataremos, sem a pretensão de esgotar o assunto, da dimensão assumida pelo '*privilege against self-incrimination*' no direito processual penal estadunidense e, posteriormente, do alcance do princípio da não autoincriminação no ordenamento brasileiro.

Tendo em vista a matriz costumeira do Direito norte-americano, as linhas sobre o *privilege* serão traçadas, sobretudo, por meio da análise dos julgados da Suprema Corte. No ordenamento pátrio, o direito de não produzir prova contra si mesmo será tratado à luz dos entendimentos doutrinários distintos.

O enfoque, em ambos os ordenamentos, dar-se-á também sob o prisma do direito ao silêncio, interrogatório, provas que dependem da colaboração do acusado, princípio da proporcionalidade e consequências advindas da violação ao princípio.

ABSTRACT

The privilege against self-incrimination (also known as *nemo tenetur se detegere*) is not only one of the most important rights in the context of evidence, but also a fundamental principle of criminal procedure.

The study is intimately related to the tension between public's interest in punishment, in one side, and the preservation of a person's rights, on the other.

The evolution, structure, scope and restrictions to this principle will be analyzed from the standpoint of comparative law, which we intend to accomplish by making a brief reference to the American experience.

After a short foray concerning to the systems of criminal procedure, search for the truth and the powers of the judge – topics that are closely related to the main subject – we will discourse, without pretending to exhaust the theme, about the extent assumed by the privilege against self-incrimination in USA's criminal procedure and, subsequently, the dimension of the privilege against self-incrimination in brazilian's criminal process.

Given the peculiarities of the American Legal system, based on the concept of precedence, the lines on the privilege will be drawn, especially, through the analysis of U. S. Supreme Court cases. When it comes to brazilian's procedure, the right against self-incrimination will be treated throughout the different doctrinal understandings.

The focus in both jurisdictions will also be developed through the perspective of the right to remain silent, cross-examination, evidences that depends on the defendant's cooperation, the principle of proportionality and the consequences resulting from the violation of the privilege.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 10

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS 13

1.1 Classificação tradicional 13

1.1.1 Sistema inquisitório 14

1.1.2 Sistema acusatório 15

1.1.3 Sistema misto, inquisitório reformado ou napoleônico 15

1.2 Sistemas "adversarial" e inquisitorial 17

1.2.1 Sistema inquisitorial (ou "não adversarial") 17

1.2.2 Sistema "adversarial" 18

1.2.2.1 Características 18

1.3 Breve contextualização 20

2. O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO, A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ 22

3. O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL ESTADUNIDENSE 29

3.1 Breves apontamentos sobre o sistema anglo-americano 29

3.2 O desenvolvimento do *privilege against self-incrimination* 35

3.2.1 Noções históricas 35

3.2.2 O *privilege against selfincrimination* aplicado ao interrogatório do acusado 38

3.3 Quanto às provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção 48

3.4 O princípio da razoabilidade 52

3.5 Consequências da violação ao *privilege against self-incrimination* 53

3.5.1 *Fruit of the poisonous tree doctrine* 57

4. O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO EM FACE DA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA 60

4.1 O princípio como direito fundamental 60

4.2 O princípio da não autoincriminação aplicado ao interrogatório do acusado 61

4.2.1 Natureza jurídica e valor probatório do interrogatório 63

4.2.2 O interrogatório e a confissão 67

4.2.3 O direito ao silêncio 68

4.2.4 Sobre a possibilidade de advirem consequências das declarações do acusado no interrogatório no plano do direito substancial 75

4.2.5 Sobre o dever de comparecimento 78

4.3 O princípio da não autoincriminação aplicado às provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção 79

4.3.1 A Lei Seca 84

4.3.2 Das considerações gerais sobre o tratamento do tema nos ordenamentos estrangeiros 85

4.3.3 Do critério passividade v. atividade 86

4.3.4 O princípio da proporcionalidade 90

4.3.5 Quanto à extração de consequências e dever de comparecimento: 93

4.4 Consequências da violação ao princípio da não autoincriminação 94

4.4.1 A prova ilícita 95

4.4.2 A prova ilícita por derivação 99

CONCLUSÕES 101

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 109

INTRODUÇÃO

A reflexão jurídica sobre as garantias processuais penais, no contexto de um Estado Constitucional de Direito, apresenta-se como temática de extrema relevância. O princípio da não autoincriminação (ou princípio *nemo tenetur se detegere*) [1]constitui não só um dos mais importantes princípios aplicáveis no contexto da produção probatória, mas também uma das garantias fundamentais do processo penal; desempenha, outrossim, um papel estruturante na construção de um sistema punitivo compatível com um Estado Democrático de Direito.

O estudo do princípio *nemo tenetur se detegere* está diretamente relacionado à mudança de foco do atual panorama do processo penal, no sentido de que o acusado não pode mais ser considerado objeto da prova[2], e o aprofundamento no tema revela duas tendências: de um lado, a vertente que se inclina pelo endurecimento da persecução penal, com a consequente relativização dos direitos e garantias individuais e, de outro, a vertente garantista, que reconhece o princípio da não autoincriminação e suas várias repercussões, daí se extraindo o respeito à dignidade do acusado no interrogatório e o fato de que as provas de sua culpabilidade deverão ser colhidas sem a sua colaboração.

Não se pode perder de vista, contudo, a busca pelo equilíbrio entre a eficiência e o garantismo no processo penal, e é sobre esse prisma que o presente trabalho pretende se debruçar.

No decorrer das pesquisas, revelou-se pertinente, para melhor caracterização da dimensão do direito à não autoincriminação no processo penal brasileiro, a sua projeção

---

[1] Significa, literalmente, que "ninguém é obrigado a se descobrir". Também é expresso por outras máximas latinas, tais quais: *nemo tenetur edere contra se, nemo tenetur se accusare, nemo tenetur se ipsum prodere, nemo tenetur detegere turpitudinem suam* e *nemo testis contra se ipsum.*

[2] "Nos processos inquisitivos da Idade Média ou, ainda hoje, em Estados totalitários, a compreensão [cênica dos participantes no processo] se dá basicamente sem a participação do acusado. O inquirido é visto pelo inquiridor como objeto de investigação e não como participante de um processo de comunicação recíproca. A elucidação da verdade é assumida como um objetivo absoluto que exclui a participação do acusado na compreensão cênica. A possibilidade de participação do acusado no procedimento é uma demanda com raízes nas ideias liberais e democráticas da filosofia política e jurídica do Iluminismo. Trata-se de uma extensão ao imputado do *status* de cidadão daquele que deixa a sua condição passiva de súdito para converter-se em um cidadão ativo com possibilidades de controle sobre as decisões estatais de seu interesse." (DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 19. São Paulo: RT, 1997, p. 183).

sobre o panorama do direito comparado, exercício este que nos propomos a ensaiar privilegiando uma referência abreviada à experiência americana.

Pretendemos, portanto, elaborar uma singela análise do desenvolvimento, aplicação e acolhimento do *privilege against self-incrimination* no sistema processual penal estadunidense, delimitar seu alcance, e contrapor a experiência americana ao tratamento destinado ao princípio da não autoincriminação no processo penal brasileiro.

Sobre o cada vez mais comum fenômeno da globalização jurídica, asseverou, com propriedade, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: "Ninguém, com efeito, pode ignorar os graves perigos inerentes à afoiteza de "importações" levadas a cabo sem o conhecimento integral e preciso das características da peça importada e da maneira por que ela se insere, estrutural e funcionalmente, no mecanismo de origem"[3].

Ainda que seja usual a tendência de se recorrer ao direito comparado como instrumento de aprimoramento do direito nacional, não se tem a pretensão, com o presente estudo, de se transplantar, adotar ou importar as particularidades do sistema judiciário norte-americano que, conforme veremos, apresenta peculiaridades que o diferem substancialmente do ordenamento pátrio; diferenças estas que se iniciam no contraste com o sistema do precedente sobre o qual se assenta o direito estadunidense (e os demais sistemas jurídicos da *common law*), resvalam nos valores morais e culturais da sociedade de cada um destes países, e relacionam-se intimamente com a conjuntura sócio-política na qual cada um deles se desenvolveu.

Reforçaremos, justamente, algumas das cruciais diferenças entre ambos os ordenamentos no tratamento do tema. A intenção do presente estudo, sem a pretensão de esgotar o tema, é fomentar o debate. Por outro lado, e mais uma vez, o objeto do presente trabalho está intimamente ligado ao referido país, na medida em que, nas palavras de MANUEL DA COSTA ANDRADE, "é possível identificar, sobre as profundas e múltiplas linhas de clivagem e descontinuidade da experiência das *exclusionary rules*, um conjunto de princípios, normas e práticas jurisprudenciais susceptível de ser referenciado como *«o sistema» americano das proibições de prova"*[4].

---

[3] Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxõnicos. *RF*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 344, out-dez. 1998, p. 97.
[4] ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra Editora, 2006, p. 133.

A fim de viabilizar a abordagem, faz-se necessário rever alguns temas que se colocam como antecedentes lógicos à análise do assunto principal. Assim, o tratamento inicial dar-se-á através de breves apontamentos acerca dos diferentes modelos existentes no processo penal, estudo este relevante para o presente trabalho, à medida em que os dois países se erigiram influenciados sobre distintos sistemas.

O presente tema entrelaça-se, também, com os conceitos de verdade no processo penal – sobretudo porque o princípio *nemo tenetur se detegere* é encarado como óbice ao alcance desta verdade –, e com os limites dos poderes do juiz, o que será objeto de estudo no segundo capítulo.

Posteriormente, optamos por dividir o trabalho em dois grandes capítulos, um destinado à abordagem do tema no sistema processual penal estadunidense, e outro destacando o tratamento dado ao princípio no ordenamento pátrio. Estudaremos em que medida o direito de não produzir prova contra si mesmo foi-se firmando como direito do cidadão diante do poder estatal através de breves notas históricas acerca de sua evolução. Em ambos os capítulos, outrossim, discutir-se-á sobre o direito ao silêncio, o interrogatório, as provas que dependem da colaboração do acusado, bem como as consequências que advêm da violação ao princípio em foco.

Estabelecendo-se um paralelo entre ambos os ordenamentos através do exame das peculiaridades de cada um, será possível averiguar os diferentes posicionamentos no tratamento do tema, a efetividade da proteção assegurada ao princípio nos casos concretos, visando, ainda, adentrar a questão de sua preservação, sem que haja inviabilização da persecução penal.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Diretamente ligada à análise comparativa do princípio da não autoincriminação nos sistemas brasileiro e estadunidense que se pretende fazer no presente trabalho, necessária se mostra a abordagem dos diferentes sistemas representativos da atividade processual penal e suas características. Isto porque o princípio *nemo tenetur se detegere* ganha contornos diferentes conforme o sistema típico de processo penal adotado pelo país.

Nas palavras de MARCOS ZILLI[5], "sistemas processuais penais são campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. Funcionam como uma indicação abstrata de um modelo processual penal constituído de unidades que se relacionam e que lhe conferem forma e características próprias".

Referir-se a sistema acusatório, por exemplo, revela a existência de um círculo no qual são encontrados diversos aspectos processuais penais que se inter-relacionam de tal maneira que torna o agrupamento possível sob aquele rótulo. E este círculo, frise-se, desde que tenham se valido de critérios logicamente assemelhados para sua formação, poderá ser contraposto e comparado a outros. É fundamentalmente por esses motivos que o sistema acusatório poderá ser examinado isoladamente, ou ainda, em cotejo com outros dois sistemas que a ele podem ser contrapostos, quais sejam: o inquisitório e o misto[6].

1.1 CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL

A base da classificação tradicional decorre, fundamentalmente, de um exame histórico das diferentes facetas assumidas pela persecução penal em diversos ordenamentos jurídicos. Assim que, a simples referência a sistemas processuais penais conduz, de modo automático, à ideia da existência de três unidades distintas nomeadas de inquisitória, acusatória e mista (reformada ou napoleônica). Trata-se de uma sistematização largamente difundida entre os doutrinadores, norteados sobretudo pelo exame histórico do

[5] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal. São Paulo*: RT, 2003, p. 34 - 35.
[6] Idem, ibidem.

movimento processual penal[7].

Enquanto o sistema acusatório estabeleceu-se, com maiores ou menores variações, predominantemente, na República Romana e na Idade Média até o século XIII, com prevalência para o direito germânico, o sistema inquisitório foi encontrado, essencialmente, na Roma Imperial e na Europa, sobretudo a continental, durante o século XII até o século XVIII. O surgimento de um sistema misto deveu-se à expansão napoleônica, através da qual se difundiram por toda a Europa continental os ideais de um processo penal fundado em premissas do Iluminismo. Não obstante a intenção originária dos revolucionários fosse a adoção de um sistema acusatório nos moldes daquele seguido pela Inglaterra, com o tempo, os diplomas legais revolucionários foram sucedidos por outros que mantiveram características próprias do sistema inquisitório, mescladas com outras típicas do acusatório, razão pela qual é este também denominado de sistema inquisitório reformado[8].

1.1.1 SISTEMA INQUISITÓRIO

O sistema inquisitório correspondia à concepção de um poder central absoluto com a centralização de todos os aspectos do poder soberano (legislação, administração e legislação) em uma única pessoa, normalmente referida como inquisidor. Desenvolveu-se em razão da convergência de interesses entre a Igreja Católica, que afirmava sua universalidade e lutava contra os infiéis, e os estados nacionais sob regime de monarquia absoluta, que procuravam se firmar contra o poder feudal[9].

São apontadas como algumas de suas características inerentes: a reunião dos poderes de acusar e julgar nas mãos do órgão jurisdicional; a persecução penal pública, iniciada pelo mesmo órgão, para não depender da vontade de um particular; a redução do acusado a mero objeto das investigações, deixando de ser sujeito de direitos; um

---

[7] Para Gustavo Badaró, "no processo penal, historicamente, existiram dois sistemas ou modelos: acusatório e inquisitório. Houve, também, a tentativa de fundir ambos sistemas, criando um "sistema misto" por meio do *Code d'instruction crimenelle* de 1808. Tais sistemas, contudo, são abstrações ou modelos ideais. Atualmente não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios "puros". Ora o processo é prevalentemente acusatório, ora apresenta maiores características inquisitoriais." (In*: Direito Processual Penal:* tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008).

[8] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Op. cit, p. 37.

[9] FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis*, 5ª ed., Niterói: Impetus, 2008, p. 55.

procedimento que consistia em uma investigação escrita, secreta e descontínua e o estabelecimento da averiguação da verdade como objetivo principal do procedimento penal, para cuja obtenção se admitiam quaisquer meios e modos, inclusive a tortura.

1.1.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

Ainda que reconhecidamente exista uma dificuldade doutrinária em centralizar as reais partes integrantes de um sistema processual penal que se amolde ao rótulo acusatório, a inexistência de coincidência subjetiva entre os órgãos acusador e julgador é apontado como o fator decisivo para distingui-lo do sistema marcadamente inquisitório[10].

São apontadas como características fundamentais deste sistema[11]:

a) a separação das pessoas e dos poderes dos que atuam no processo (o acusador, requerendo e perseguindo criminalmente; o juiz ou tribunal, julgando; e o acusado, podendo resistir e exercer o direito de se defender);

b) a exigência de que a atuação do órgão jurisdicional para decidir e os limites de sua decisão dependem da "ação processual" (requerimento) de um acusador e do conteúdo da sua ação;

c) a possibilidade de resistência do acusado (o acusado é sujeito de direitos, em posição de igualdade com o acusador);

d) o procedimento consiste, basicamente, em um debate público, oral, contínuo e contraditório;

e) quanto à valoração das provas, prevalece o sistema da íntima convicção, não estando os juízes subordinados a regras específicas e rígidas quanto à valoração; a sentença resulta de uma votação, que pode se embasar na vontade expressa pela maioria ou pela unanimidade dos julgadores.

1.1.3 SISTEMA MISTO, INQUISITÓRIO REFORMADO OU NAPOLEÔNICO

Segundo MAIER[12], "*não se pode falar, propriamente, em um outro sistema*

[10] ZILLI, Marcos A. C., op. cit., p.38.
[11] FEITOZA, Denilson., op. cit., p. 54

que seria o formal ou misto, mas numa reforma do sistema inquisitivo" e, nas palavras de ZILLI[13], "*trata-se da subsistência do inquisitório que recebeu uma roupagem emprestada pelo acusatório*".

Referido sistema se desenvolveu durante o século XIX, tendo como lei-base o *Code d'instruction criminelle* francês de 1808, que se expandiu pela Europa continental a partir do triunfo das ideias da Revolução Francesa e da dominação napoleônica. O descontentamento com as formas essencialmente inquisitórias traduziu uma mudança radical de rota na tentativa de se buscar, no sistema inglês, inspiração para mudança na legislação processual penal até então predominante; com maiores ou menores variações, o sistema que se convencionou denominar de misto incorporou aspectos tanto do inquisitório como do acusatório.

Reveste-se, de modo geral – e respeitadas as variações de ordenamento para ordenamento – das seguintes características:

a) na primeira instância, em princípio, a jurisdição é exercida por tribunais com participação popular (juízes "acidentais"), seja um tribunal de jurados ou um tribunal misto de juízes profissionais e juízes não-profissionais, mas há países que adotam tribunais de juízes profissionais, como a Espanha, diante do fracasso de convocação de jurados. Na segunda instância, os tribunais são compostos, normalmente, por juízes profissionais;

b) a acusação penal, em geral, é pública, sendo feita pelo Ministério Público. Como exceção, em alguns delitos, a ação penal pode ser proposta (requerimento de início do processo penal) pelo ofendido.

c) as funções de acusar, julgar e defender são atribuídas a pessoas ou órgãos diferentes;

d) o acusado é um sujeito de direitos e sua posição jurídica no decorrer do processo, é a de um inocente até que venha a ser considerado culpado. Embora possa, nos procedimentos preliminar e intermediário, ter direito a pouca ou nenhuma atuação, no procedimento principal, onde ocorre o debate, tem igualdade com a acusação e pode se defender amplamente;

e) quanto ao procedimento, divide-se basicamente em três fases, que são o procedimento preliminar ou instrução preparatória (normalmente é conduzido pelo

---

[12] MAIER, Julio B. *apud* FEITOZA, Denilso., op. cit., p. 56.
[13] ZILLI, Marcos A. C., op. cit, p. 41.

Ministério Público, mas, em alguns países, pode sê-lo por um juiz profissional, denominado juiz de instrução, tendo por objetivo a coleta de elementos necessários para o embasamento da acusação), o procedimento intermediário (controle da propositura da ação penal) e o procedimento principal (denominado "processo penal propriamente dito" no sistema brasileiro, tendo por fim a obtenção de uma sentença condenatória ou absolutória).

f) pode haver, quanto à valoração das provas, o sistema da íntima convicção (quando o tribunal é composto por juízes não-profissionais e acidentais), mas há uma tendência ao crescimento do sistema da livre convicção motivada, sobretudo quando os juízes são profissionais;

g) é possível recorrer das decisões

1.2 SISTEMAS "ADVERSARIAL" E INQUISITORIAL[14-15]

Aponta MARCOS ZILLI[16] que a dicotomia inquisitorial e "adversarial", largamente difundida entre os membros da família anglo-saxônica, leva em consideração, como critério distintivo, a preponderante atuação do juiz no desenvolvimento da marcha no processo penal – característica primordial do primeiro – e o envolvimento prevalente das partes processuais – crucial no segundo.

Trata-se, de qualquer modo, conforme observado pelo mesmo autor, de uma classificação sistemática resultante de uma ótica puramente anglo-saxônica do universo processual penal (e daí a relevância de se mencionar referida classificação no presente estudo).

1.2.1 SISTEMA INQUISITORIAL (OU "NÃO ADVERSARIAL")

[14] *Inquisitorial system* ou *nonadversarial* e *adversary* ou *adversarial system*.

[15] Para fins de esclarecimento, ressalva o autor: "com efeito, uma compreensão equivocada do aqui exposto poderia implicar na conclusão de que a iniciativa instrutória do juiz é incompatível com o sistema processual penal acusatório, o que refletiria grave confusão entre este termo e a expressão *adversarial*. Na verdade, "um sistema acusatório pode adotar o *adversarial system* ou o *inquisitorial system*", porquanto, "acusatório-inquisitório e *adversarial-iqnuisitorial* são categorias diversas". Op. cit., p. 27.

[16] Idem, ibidem, p. 42-43. Observa o autor ser interessante notar a escassez de comentários e referências quanto às características do sistema inquisitorial, o que denota uma visão relativamente monocromática, justificada, de certo modo, por um sentimento de autossuficiência até pouco tempo predominante entre juristas daquela família.

A base do sistema inquisitorial, em síntese, reside no impulso oficial do processo penal. Em outras palavras, respeitada a iniciativa da propositura da ação a cargo de órgão diverso daquele encarregado do julgamento, o desenvolvimento dos demais atos processuais recai, precipuamente, nas mãos do julgador.

Sob a égide desse sistema, o processo penal é, na verdade, um veículo de execução de políticas estatais, vez que o juiz, como representante do Estado, controla e conduz a investigação, restando aos sujeitos processuais parciais o papel de propor questões adicionais que seriam, novamente, filtradas pelo juiz.

O sistema é alvo de duras críticas, centrando-se os argumentos de tais críticas, sobretudo, na impossibilidade de se resguardar a imparcialidade do julgador, porquanto o seu envolvimento na apuração fática conduziria, invariavelmente, ao estabelecimento de juízos valorativos prematuros que dificilmente seriam superados, ainda que as partes obtivessem êxito em contrariá-lo.

1.2.2 SISTEMA "ADVERSARIAL"

Por sua vez, a base do sistema "adversarial" reside em uma disputa travada entre duas partes processuais perante uma autoridade imparcial que não só detém o poder decisório, como examina, de forma inerte, todo o material probatório que é apresentado por aquelas. As partes processuais detêm, assim, tanto o poder de investigar os fatos, como o de instruir o feito, inquirindo testemunhas, consultando peritos e até mesmo determinando o que será objeto de prova[17].

1.2.2.1 CARACTERÍSTICAS

É comum, observa ZILLI, que os partidários do sobredito sistema sustentem sua superioridade, ao argumento de que, devido ao clima de intenso duelo e de exploração contínua, por uma e outra parte, dos aspectos fortes e frágeis das provas, julgamentos mais precisos são estimulados. Concluem tratar-se da fixação dos parâmetros necessários de um

[17] Idem, ibidem, p. 44.

processo penal justo – *fair trial* –, respeitador do acusado, que é considerado e tratado como um sujeito de direitos, e reflexo da importância reconhecida ao indivíduo – fonte da soberania do Estado[18].

Os ordenamentos processuais penais que adotam referido sistema apresentam aspectos comuns[19], quais sejam: o controle das partes sobre a marcha processual penal (em se tratando de sociedades estruturadas no ideal de uma contínua competição entre seus integrantes, nada mais natural que o sistema processual penal por elas adotado apresente os mesmos traços, e tenha natureza competitiva e individualista); a presença de um julgador imparcial e passivo (adotando os defensores do sistema *adversarial* a premissa de que qualquer envolvimento do julgador na atividade instrutória seria pernicioso para o resguardo de sua imparcialidade[20]); a permanente sustentação de uma disputa bilateral (dinâmica caracterizada pela constância alternância na apresentação das provas) e igualdade de oportunidades e limitações (tanto para a acusação quanto para a defesa[21-22]).

Dentre as críticas mais comumente dirigidas ao sistema adversarial, embasadas sobretudo no ceticismo quanto à habilidade deste em promover uma descoberta eficaz da verdade, podem-se citar os abusos decorrentes do controle excessivo pelas partes no gerenciamento da marcha processual; a ineficiência por conta da morosidade e a desigualdade entre as partes[23].

Referidas críticas são rebatidas pelos defensores do sistema e, atento a elas,

---

[18] Idem, loc. cit.

[19] BURNHAM, William *apud* ZILLI, Marcos. A. C., A iniciativa..., p. 44.

[20] Acrescenta Zilli ser "interessante notar que esta cautela, dirigida à preservação incessante da imparcialidade, sob um olhar inquisitorial, é considerada, por vezes, uma postura exagerada. Nesse sentido, digno de nota é o exemplo do sistema jurídico norte-americano no qual o receio de contaminação da imparcialidade do julgador impede o recebimento, tanto pelo juiz, quanto pelos jurados, de qualquer relatório prévio acerca dos fatos que estão sendo postos em julgamento", ob. cit., p. 47.

[21] Citando William Burnham, esclarece Zilli ser inegável, contudo, que a acusação detém, diversamente da defesa, todo um aparato de órgãos encarregados de concretizarem a investigação, sendo tal desequilíbrio, todavia, compensado com a concessão de outras oportunidades à defesa, tais como: possibilidade de requisitar o comparecimento de testemunhas; obrigatoriedade de a acusação apresentar todas as provas que favoreçam o acusado; e liberdade de uso, pela defesa, de investigadores particulares, op. cit., p. 48..

[22] "De acordo com Livingston Hall, não existe o dever de o promotor lutar com todas as forças para a condenação do acusado, devendo, antes, zelar pela realização da justiça. Assim, não pode "conscientemente fazer uso de depoimentos falsos, procurar esconder fatos ou ocultar testemunhas, cujos depoimentos poderão provar a inocência do réu" (BERMAN, Harold J. (Org.). *Aspectos do direito americano*. Trad. Janine Yvonne Ramos Peres e Arlette Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1933)", mencionado por ROVEGNO, André. O sistema de provas no processo penal estadunidense. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Provas no Processo Penal – estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 406, nota de rodapé nº 24..

[23] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, op. cit., pp. 49-52.

a justiça penal norte-americana vem elaborando diversas regras com o objetivo de atenuar os problemas constantemente invocados em seu desfavor. Para tanto, v.g., impôs ao Estado o dever de nomeação de defensor a todo réu hipossuficiente que esteja sob a acusação de prática de crime suscetível de imposição de uma pena privativa de liberdade; a coibição cada vez maior das táticas usualmente empregadas pelas partes durante o julgamento e direcionadas a confundir os jurados, bem como o reconhecimento de numerosos direitos e poderes à defesa, a fim de atenuar a discrepância de posições jurídicas durante o curso do processo penal[24].

1.3 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

Embora se possa afirmar que o processo penal norte-americano remanesce, ainda, suficientemente *adversarial* em sua estrutura global, notadamente quando comparado com os sistemas inquisitoriais encontrados na Europa continental, não se pode dizer que apresenta os contornos puros característicos deste sistema, mas sim o que se convencionou chamar de sistema *adversarial* modificado ou regulado. Não se encontra, assim, um julgador absolutamente passivo, nem tampouco se permite que as partes desenvolvam o processo inteiramente ao seu modo e sem qualquer tipo de controle [25].

No Brasil, por seu turno, o legislador constituinte, ao atribuir exclusivamente ao Ministério Público a promoção da ação penal de iniciativa pública (art. 129, I, CF), indicou o alinhamento do processo penal ao modelo acusatório.

Contudo, subsistem muitos resquícios inquisitórios no sistema processual penal brasileiro, até mesmo agravados com a reforma processual de 2008, como é possível se extrair da redação do artigo 156, I, que, ao tratar das provas antecipadas, concedeu ao juiz o poder de determinar a produção destas de ofício.

Outros dispositivos ainda em vigor também demonstram essa tendência[26].

---

[24] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Idem, ibidem, p. 52.

[25] ISRAEL, Jerold H.; LaFAVE, Wayne R. *Criminal procedure*. *Constitutional limitations*. St.Paul: West Publishing Co., 1992.

[26] FEITOZA, Denilson, em postura bastante crítica sobre a questão, assevera: “Culturalmente, o princípio inquisitivo domina claramente no Brasil. O juiz brasileiro pode, de oficio, ou seja, sem qualquer requerimento das "partes": determinar a produção de provas em geral, seja durante a investigação criminal ou o processo penal, como busca-apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, oitiva do ofendido,

Sob o prisma do tema-objeto deste trabalho, tem-se que, no modelo inquisitório, o acusado – tido como detentor de uma verdade absoluta, que deveria ser revelada a todo custo – era obrigado a prestar declarações, sempre com vistas à obtenção da confissão, mesmo que, para tanto, se empregasse a tortura. Associava-se tal ideia, claramente, à conclusão pré-concebida de que o acusado era o culpado e, assim sendo, tinha pleno conhecimento da realidade ocorrida, de modo que a confissão consistia no melhor instrumento para alcançar a verdade real. A confissão era tida como a mais convincente das provas, não se reconhecendo, em absoluto, o direito ao silêncio[27].

Somente após o advento do modelo acusatório, ou seja, com a evolução do processo penal, ocasião em que passou a ser aceita a ideia de se prescindir do conhecimento do acusado como objeto da prova, é que se pode cogitar da incidência do princípio *nemo tenetur se detegere* e, por consequência, do reconhecimento do direito ao silêncio[28].

É neste contexto, também, que, segundo ORAZIO CAMPO[29], a opção entre o modelo inquisitório e o acusatório revela a escolha entre a prevalência do interesse público na repressão dos crimes e descoberta do culpado ou do respeito à dignidade do homem e à inviolabilidade de sua psique.

---

prova documental etc.; requisitar instauração de inquérito policial (art. 5º, II, CPP); decretar a prisão preventiva (art. 311, CPP); condenar por classificação legal diversa da especificada na denúncia, sem ouvir qualquer das partes previamente (*emendado libelli* do art. 383 do CPP); condenar por fato não alegado pelo Ministério Público na denúncia (*mutatio libelli* do art. 384, caput, do CPP); provocar o Ministério Público para ampliar a acusação (*mutatto libelli* do art. 384, parágrafo único, CPP) e insistir nisso se o Ministério Público não quiser fazê-lo na primeira provocação (art. 28 do CPP aplicado analogicamente); condenar mesmo diante de pedido de absolvição do Ministério Público; submeter o julgamento ao reexame por instância superior ("recurso de ofício" do art. 574 do CPP) etc. O juiz brasileiro, até a Constituição Federal de 1988, podia, inclusive, iniciar o próprio processo penal de ofício (vide a revogada Lei nº 4.611/1965, bem como os arts. 26 e 531 do CPP), o que não mais se admite em razão da privatividade da ação penal pública pelo Ministério Público (art. 129, 1, CR).", op. cit., p. 58.

[27] QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 83.

[28] Idem, ibidem, p. 84.

[29] Interrogatorio dell'imputato. In: *Enciclopedia del diritto*, Varese: Giuffrè, 1922, v. 22, p. 334-353, esp. p. 335.

2. O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO, A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

2.1 CONCEITOS DE VERDADE

Não se intenciona, no presente trabalho, discorrer a respeito das várias acepções da verdade, mesmo porque tal análise desviar-se-ia das propostas desta pesquisa. O que se pretende é examinar o conceito de verdade no processo penal e em que medida isso repercute sobre o reconhecimento do princípio da não autoincriminação.

Com efeito, o seu reconhecimento contrapõe-se ao mito da verdade real[30], e é identificado como óbice à pesquisa dessa verdade.

De acordo com Maria Elizabeth QUEIJO[31], no processo penal há forte tendência, que remonta aos tempos historicamente[32], a se obter a "verdade" com a cooperação do acusado, por suas palavras ou mediante a produção de provas que implicam a sua colaboração. Referido entendimento funda-se não só na busca da verdade real, mas também constitui resquício da concepção de que o acusado é objeto da prova no processo penal. Ademais, tal tendência, não se pode negar, está vinculada à ideia preconcebida de culpabilidade do acusado, considerando-se que ele é quem mais sabe sobre os fatos.

Relata a autora que, com o passar dos anos, com o reconhecimento de direitos e garantias processuais do acusado e a humanização do direito penal, passou-se a rechaçar certos métodos de interrogatório com o emprego de tortura e narcoanálise, entre outros. Todavia, a Escola Positiva, que manifestava exacerbada preocupação com a defesa social, em contraposição aos princípios da Escola Clássica, vinculada aos ideais iluministas, voltou a pregar a busca incessante da verdade. Romperam-se, assim, mais uma vez, os limites quanto ao objeto da investigação e os meios utilizados para apuração da

[30] "Tradicionalmente, o princípio da verdade material (princípio da investigação, instrutório ou inquisitório) é tratado em oposição ao princípio da verdade formal (princípio dispositivo, de contradição ou de discussão). O princípio da verdade material também é conhecido como princípio da verdade substancial ou real" (In: FEITOZA, Denilson, op. cit., p. 618).

[31] QUEIJO, Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova contra si mesmo* (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal), op. cit., p. 42

[32] "Várias são as citações doutrinárias que ilustram como a recusa do acusado em cooperar na apuração dos fatos, historicamente, foi considerada sinônimo de desobediência e desrespeito à justiça" (QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit, p. 43)

verdade[33].

Pouco a pouco, embora sem ter sido alcançada completa uniformidade, foi sendo reconhecido o direito do acusado de silenciar no interrogatório, a faceta mais aceita do princípio *nemo tenetur se detegere*, ao menos em tese[34].

Em não sendo a finalidade do processo a de aplicar, a qualquer custo, a pena ao réu, não se pode admitir, no Estado de Direito, que a verdade processual seja obtida mediante violações de direitos e garantias do acusado, devendo ela ser alcançada de forma ética e legal.

Na pertinente observação de Antonio SCARANCE FERNANDES, Ada Pellegrini GRINOVER E Antonio MAGALHÃES GOMES FILHO[35]:

> "o termo 'verdade material' há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo 'absoluta' ou 'ontológica', há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida".

E na análise de Francisco das Neves Baptista[36]:

> "a verdade que se persegue no processo penal, como no civil, é a verdade ética, ou verdade suficiente, pragmaticamente construída mediante

[33] "En toda esta cuestión existem dos 'filosofias': a) Uma fundamentadora que considera que la justicia debe luchar o librar uma guerra contra la delincuencia o determinadas manifestaciones de ella, lo cual justifica um amplio y arbitrário ejercicio del poder punitivo, dota a investigadores de um gran margen de actuación y permite a los magistrados colocarse em um escalón superior al imputado em lugar de limitarse a determinar meramente si um hecho que la ley reputa delito se realizo y silo hizo esa persona, de modo que transforman el processo penal em uma suerte de tratamento resocializador tendiente a la expiación. B) La outra es instrumental y se refiere a la pesquisa o persecución criminal. Administrar justicia em um Estado democrático de Derecho es cuestión totalmente distinta a transformarse em justiceiro. La ley y el juez penal no ganan ninguna guerra cuando se condena, ni pierden cuando se absuelve a um sospechoso. Muchas vocês se han alzado a lo largo de toda la historia sosteniendo que las sentencias absolutórias son um escândalo político, a lo que Carrara contestaba que verdadeiro escândalo seria ver a los tribunales condenar siempre, y ver a jueces a quienes les parece cometer um pecado si absuelven, y que tiemblan como afiebrados y suspiran como infelices al firmar uma absolución, aunque ni tiemblan ni suspiran al firmar uma condena". De Luca, Javier Augusto. Notas sobre la cláusula contra la autoincriminación controlada. *Cuadernos de doctrina y jurisprudência penal nº 9*. Buenos aires: Ad Hoc, 2004, p. 273.

[34] QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 44. Isto porque, como se verá adiante, e embora não seja o entendimento unânime, considerar que o direito ao silêncio se equipara ao próprio princípio da não autoincriminação restringe sensivelmente a dimensão desse princípio. É o que se dá, contudo, em certa medida, no direito processual penal norte-americano.

[35] GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*, 11ª edição rev., atual. e ampli., São Paulo: RT, 2009, p. 123.

[36] *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*, 2001, p. 212/213.

> argumentação, para pôr termo a uma contenda, a uma tensão oriunda da proposta punitiva do Estado, visante a atingir o imputado, sempre, em sua dignidade (com a desonra da reprovação pública) e, por vezes, em sua liberdade de locomoção. O deslinde desse conflito deve dar-se de tal forma que o povo, e sobretudo a comunidade jurídica, aceite a solução como satisfatória, ou, no mínimo, consiga compreendê-la, conquanto discorde, em razão dos argumentos de sua fundamentação. (...) Essa verdade, força admitir, é formal, vale dizer, aceitável somente porque atingida com a observância de raciocínios gnoseologicamente válidos"

Com efeito, são necessários, para a correta adequação de um sistema punitivo a um Estado democrático, elementos essenciais, dentre eles a opção pela busca da verdade processual em oposição à verdade real.

Relata THIAGO BOTTINO[37] que, no centro da divergência entre a epistemologia garantista e a epistemologia autoritária, está a diferença no tipo de "verdade jurídica" que se intenciona alcançar. A epistemologia autoritária pretende, em matéria penal, alcançar uma verdade "absoluta", "unívoca", "objetiva", cuja busca, por suas próprias características, admite a utilização de quaisquer meios aptos para que seja alcançada, ultrapassando os limites das regras procedimentais, fazendo com que os fins justifiquem os meios. A epistemologia garantista, por sua vez, apenas admite uma condenação que tenha por base a verdade processual, construída a partir da observação de regras determinadas e referentes aos fatos que tenham relevância penal. Logo, esta é a primeira premissa teórica para a formulação de um sistema punitivo democrático na sua pretensão de tutelar ao máximo a liberdade dos indivíduos.

De outro lado, embora estabelecida a premissa de que o que se descobre é uma verdade processual, relevante assentar que tal relativismo não se incompatibiliza com o desejo de aproximação da verdade. Afinal, não se concebe como justa a sentença que não tenha sido produto de uma preocupação com a apuração correta dos fatos[38].

---

[37] BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 24.

[38] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152. E prossegue o autor: "Tanto é verdade, que o próprio sistema trata de punir os responsáveis pelos desvios ilícitos que visem fixar no processo elementos falaciosos e perniciosos ao bom julgamento", sendo o caso, dentre outros, dos delitos de comunicação falsa de crime ou de contravenção (art. 340 do CP), de autoacusação falsa (art. 341do CP), falso testemunho ou falsa perícia (art. 342 do CP). Também neste sentido, MAGALHÃES: "Ainda que a obtenção dessa verdade possa ser limitada pelos diversos fatores antes apontados, não se poderia conceber uma sentença justa que não estivesse amparada pela preocupação de uma verificação correta dos fatos; se não fosse assim, os sistemas processuais não se ocupariam em prever os diversos meios de impugnação para reexame de decisões errôneas sobre os fatos, inclusive depois do trânsito em julgado." (op. cit., p. 54).

2.2 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

A temática relacionada aos poderes instrutórios do juiz é sempre polêmica.

Explica MAGALHÃES GOMES FILHO[39] – e conforme já abordado no capítulo anterior – que, no sistema *adversarial* característico do ordenamento norte-americano, refletindo os ideais de um Estado que se propõe exclusivamente solucionar os conflitos sociais[40], e que por isso preserva a autodeterminação dos seus indivíduos, a responsabilidade pelo impulso da marcha processual e, em particular, a probatória, é atribuída às partes: são elas que decidem quais são as questões de fato, bem como realizam, de forma competitiva, a introdução das provas no processo; o juiz que preside o *trial* nada mais faz do que assegurar a correção da disputa, sem ter uma interferência direta na apuração dos fatos.

Daí decorrem, salienta GOMES FILHO, visões igualmente diferenciadas em relação às concepções da prova, bem como da verdade que através dela se pode obter: "a primeira, resultante da assimilação da tradição tópico-retórica, é vista como *argumentum* e não pode prescindir do momento da persuasão; e a verdade perseguida é aquela própria das coisas humanas, que, sem a pretensão de ser absoluta, não exclui uma probabilidade contrária, mas é escolhida por razões de caráter ético (*probable truth*)"[41].

Uma vez reconhecida a inviabilidade da obtenção, através da pesquisa probatória, de um resultado inteiramente verdadeiro, valorizam-se, no ordenamento norte-americano, os aspectos relacionados à correção do procedimento: "de acordo com a denominada *sporting theory of justice*, o que conta não é apenas o resultado do acertamento dos fatos, mas em especial a lisura no encontro dialético entre as partes contrapostas; daí, inclusive, a preocupação com certos aspectos extra-processuais, como a vedação de incorporação de provas que possam ferir outros direitos reconhecidos pelo ordenamento"[42].

---

[39] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 39.
[40] Para melhor aprofundamento no tocante à sistematização que se baseia na associação entre a estrutura assumida pelo Estado e a formatação do processo penal, ver DAMASKA, Mirjan R. *I volti della giustiza e del potere – analisi comparatistica del processo*. Trad. Giussani A.; Rota F. Bologna: Il Mulino, 2000.
[41] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...*, loc. cit.
[42] Idem, ibidem, p. 40.

Aponta ZILLI[43], de outro lado, que muito se tem debatido, em solo americano, acerca do maior envolvimento do juiz no curso da marcha processual, e frequentes são as vozes que entendem indispensável a intervenção do juiz sempre que esta for necessária aos interesses da justiça[44].

Afirma, ainda, o autor, que "a globalização jurídica é via de mão-dupla", e cita JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, que assim ponderou: "na área penal, há quem averbe que, enquanto a Itália e outros países de *civil law* voltam os olhos para o modelo norte-americano, paradoxalmente toma corpo nos Estados Unidos a ideia de que vale a pena buscar em sistemas continentais europeus sugestões para a solução dos problemas que lá afligem a administração da justiça criminal"[45].

Deste modo, a má impressão e os juízos negativos de valor causados pela simples menção à expressão inquisitorial[46], em solo americano, tem cedido espaço para uma abordagem mais judiciosa, a ponto de serem preconizadas reformas tendentes a assegurar uma participação mais efetiva do juiz no processo penal, inclusive, quando da produção e apresentação das provas, com uma consequente diminuição da liberdade de atuação das partes processuais.

Ao revés, no ordenamento pátrio, ciente dos valores inquisitórios que ainda se fazem presentes, e pautadas no desejo de superação e abandono de referidos resquícios, muitas são as vozes no sentido de se apregoar a proibição de qualquer ativismo judicial.

Neste tocante, o sistema *adversarial*, guardaria maior vinculação, embora não integral, com o que se teria por ideal, porquanto o juiz fica restrito ao reconhecimento, indicação e aplicação do direito, sendo-lhe defeso o exercício de outras atividades[47].

---

[43] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, *A iniciativa instrutória...* op. cit., p. 28.

[44] "I believe that it is impossible to consider seriously the vital elements of a fair trial without concluding that it is the duty of the judge, and the judge alone, as the sole representative of the public interest, to step in at any stage of the litigation where his intervention is necessary in the interests of justice" FULLER, Lon, *apud* ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, op. cit., pp. 28-29, nota de rodapé n. 17.

[45] Op. cit., p. 28, nota de rodapé nº 15.

[46] "But first we must disabuse ourselves of antediluvian canards about the inquisitorial system. 'Inquisitorial' refers to inquest. The inquisitorial system is regarded primarily as a search for truth rather than a dispute resolution. It dos not refer to the barbaric practices of the thirtheenth century Inquisition, involving judicially-imposed torture and presumption of guilty. Our aversion to the inquisitorial system arises from a failuer to distinguish between its ancient and modern incarnations". STRIE, Franklin, *apud* ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, op. cit., p. 28, nota de rodapé n. 16.

[47] Conforme observa Zilli: "a dicotomia "adversarial"/inquisitorial reflete uma sistematização pautada por uma ótica anglo-saxônica do mundo processual, sendo comumente empregada pelos integrantes daquela família como um parâmetro de análise e confronto entre os modelos processuais encontrados na Europa continental e aquele assumido na Inglaterra. (...) De fato, em sua essência, o processo penal "adversarial" é

Considerando-se, contudo, a realidade brasileira, reportamo-nos ao magistério de ZILLI[48], no sentido de se projetam no âmbito do processo penal as características de uma sociedade multifacetada e retalhada por imensas desigualdades, como é a nossa, não havendo espaço para um estado inerte:

> "De fato, um conflito de altos interesses sociais, representado pelo confronto entre o interesse punitivo e o resguardo da liberdade jurídica do indivíduo não pode ser palco de uma solução gerenciada, exclusivamente, pelos sujeitos parciais, sobretudo em uma sociedade exacerbadamente desigual. A modelagem sustentadora de uma disputa processual livremente travada pelos sujeitos parciais melhor se adequa àquelas sociedades que já atingiram um nível razoavelmente de igualdade que, convenhamos, não é a hipótese brasileira"[49]

Neste contexto, o poder de acertamento fático, consubstanciado na possibilidade de tomar iniciativas instrutórias, é inerente ao poder jurisdicional, e é o elemento mais ilustrativo da intervenção estatal, que se mostra essencial no âmbito processual, sobretudo em uma realidade como a brasileira, sob pena de se referendar, por vias institucionalizadas, intoleráveis desigualdades[50].

Não deixa o autor de salientar, contudo, que o juiz não pode se antecipar às partes, sendo a complementaridade condição essencial. Deve o magistrado, assim, aguardar o esgotamento da atividade instrutória que às partes compete, e somente assim poderá avaliar se há ou não pontos a esclarecer e se estes são ou não relevantes.

> "Há que se romper com o falso mito de que os poderes instrutórios seriam incompatíveis com a imparcialidade do julgador. Ora, a busca por esclarecimentos é situação excepcional e concretizável tão somente quando a reconstrução histórica realizada pelas partes ainda suscitar incertezas em

---

assim considerado justamente por estruturar-se em um verdadeiro duelo travado por duas partes que assumem o controle sobre toda a marcha processual perante um julgador marcado por sua passividade. Por outro lado, no processo penal inquisitorial – ou "não adversarial" – o julgador é quem será o responsável pelo gerenciamento de todo o processo penal. Sua postura é, pois, exacerbada e inibidora da atuação das partes que figuram, quando muito, como meros atores coadjuvantes". (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Op. cit., p. 71).

[48] ZILLI, Marcos Alexandre, *A iniciativa instrutória*... op. cit., p. 273.

[49] Idem, loc. cit.

[50] Idem, loc. cit. E acrescenta o autor: "Em uma sociedade estruturalmente complexa como a brasileira, formatações puramente matemáticas do processo penal não são compatíveis com a eficiente aplicação do direito penal, justamente por abrirem caminho para soluções inadequadas que, se alcançadas, somente terão o condão de gerar maiores desigualdades".

alguns pontos. O juiz não se antecipa, mas atua de forma supletiva”[51-52]

Com efeito, “os poderes instrutórios não são desenhados para tornar efetiva a punição ou mesmo para assegurar a defesa. O juiz não tem interesses a perseguir, mas sim deveres a realizar”[53].

Para o estudo ora desenvolvido, importa salientar que as provas ilícitas e ilegítimas não poderão ser determinadas pelo juiz[54].

---

[51] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (coord.). *Temas relevantes...* op. cit., p. 158. A questão, contudo, é controvertida. No sentido de que os poderes instrutórios do juiz são incompatíveis com o processo penal acusatório: PRADO, Geraldo; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JÚNIOR, Aury.

[52] No mesmo sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy: “os poderes instrutórios do juiz não representam um perigo a sua imparcialidade. É necessário, porém, esclarecer em que medida poderá exercer tais poderes. A categoria “poderes instrutórios do juiz" é bastante heterogênea incluindo poderes que vão desde a busca da fonte de provas (atividade p^{r}opriamente investigativa) até a introdução em juízo de provas de cuja existência já tenha conhecimento. Partindo da distinção entre fontes de provas e meios de prova, percebe-se, facilmente, que a imparcialidade corre perigo quando o juiz é um pesquisador, ou um "buscador" de fontes de provas. Já o juiz que, diante da noticia de uma fonte de prova, como, por exemplo, a informação de que uma certa pessoa presenciou os fatos, determina a produção do meio de prova necessário — o testemunho — para incorporar ao processo as informações contidas na fonte de prova, não está comprometido com uma hipótese prévia, não colocando em risco a sua posição de imparcialidade. Ao contrário, o resultado da produção daquele meio de prova pode ser em sentido positivo ou negativo, quanto à ocorrência do fato.” (*Elementos de Direito Processual Penal – tomo I*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 39).

[53] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (coord.). *Temas relevantes...* op. cit., p. 149.

[54] Neste sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini: “não são provas as colhidas com infringência a normas ou valores constitucionais, nem pode o juiz determinar a produção de provas que vulnerem regras processuais” (In: Liberdades públicas e processo penal, .ed., São Paulo: RT, 1982, pp. 96.). Excepcionando os casos em que tais provas beneficiem o réu, ZILLI, Marcos Alexandre Coelho: “Ficam afastadas, obviamente, as diligências que tenham por objeto provas ilícitas – violadoras dos direitos e garantias fundamentais –, bem como as ilegítimas – desrespeitadoras dos princípios processuais –, a não ser que inevitavelmente demonstrativas da inocência do réu” (*A iniciativa...*, op. cit., pp. 274-275).

3. O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL ESTADUNIDENSE

Antes de iniciar a abordagem do *privilege against self-incrimination* propriamente dita, pertinente uma breve análise acerca do processo penal estadunidense.

3.1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O SISTEMA ANGLO-AMERICANO[55]

Como logra ocorrer em todos os países que adotam sistemas federativos de organização de Estado, há nos EUA duas esferas normativas: a do poder central e a dos poderes regionais. Especificamente em relação aos Estados Unidos da América do Norte, existe a legislação federal (aplicada, em princípio, nos tribunais federais e, caso os Estados federados entendam conveniente, podem aderir aos documentos legislativos federais, passando a adotá-los em seus tribunais estaduais[56]) e a legislação dos Estados.

Verticalmente, o sistema judiciário norte-americano é estruturado em três níveis ou instâncias, sendo que apenas duas delas (as *trial courts*, representando a primeira instância e as *apellate courts*, que atuam como Cortes de revisão[57]) podem ser chamados regulares, ou seja, rotineiramente atuantes. Há, ainda, uma terceira instância, somente para casos excepcionais, representada pelas Supremas Cortes (Estaduais e a Federal). Embora os Estados-membro possuam ampla liberdade para estruturar seus aparelhos judiciários, a maioria o faz seguindo o exemplo da esfera federal.

A Suprema Corte federal, no decorrer da história, assumiu um papel destacado, indo muito além da tarefa de meramente interpretar o texto constitucional, produzindo, efetivamente, norma jurídica vinculante, dando concretude e aplicabilidade a

---

[55] Cf. ROVEGNO, André, O sistema de provas no processo penal estadunidense, in: *Provas no Processo Penal – estudo comparado.* Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes (coord.), São Paulo: Saraiva, 2011, p. 395 e ss.

[56] Prática esta muito comum, como é o caso das *Federal Rules of Evidence*, votadas pelo Congresso estadunidense em 1975, lei federal que disciplina a produção probatória nos tribunais federais, cujo conteúdo é adotado em mais de 40 Estados. WORRAL, John L.; HEMMENS, Craig. *apud* ROVEGNO, André, op. cit., nota de rodapé n. 1, p. 395

[57] Com exceção da análise por um novo júri, em outro processo, em caso de "erro, fraude ou de alguma surpresa" (ocasião em que a decisão do júri poderá ser alterada, desde que não tenha resultado em absolvição), a questão de fato não pode ser modificada. Logo, em grau de recurso, o Tribunal de revisão apenas analisa o direito, podendo referir-se aos fatos apenas enquanto necessários à análise de direito. Op. cit., p. 407.

preceitos de considerável fluidez conceitual.[58]

No contexto do direito norte-americano, o Ministério Público é tripartido, existindo o Ministério Público Federal, os Ministérios Públicos estaduais[59] e os Ministérios Públicos dos condados.

Uma atuação digna de nota de referido Órgão no cenário estadunidense é no que diz respeito ao instituto do *plea bargain*, no qual vigoram amplamente os princípios da discricionariedade e da eletividade, implicando em imediata repulsa às ideias de obrigatoriedade de oferta da ação penal e irrenunciabilidade diante daquela já iniciada[60]. Trata-se de um acordo entre a acusação e defesa, no qual o acusado admite sua culpa ou desiste de litigar, em troca de uma concessão em seu favor, tal qual a redução ou alteração da reprimenda.

Assim que, em uma porcentagem que chega a atingir estarrecedores 90% dos casos[61], a questão criminal é decidida sem que se chegue a um julgamento. Em outras palavras, as partes se compõem, mediante concessões recíprocas, de tal forma que o acusado, afirmando-se culpado (*guilty plea*) ou desistindo do litígio, tendo em vista um prognóstico de condenação quase certa, ainda que não se afirme culpado (*nolo contendere plea*[62]), aceita uma composição com a acusação, concordando com a imposição de uma pena menos severa do que aquela que provavelmente viria a ser aplicada caso o fato fosse levado a julgamento.

Trata-se de um sistema indiscutivelmente eficiente, sobretudo no tocante à simplificação e redução de gastos, além de desafogar a justiça criminal norte-americana. Não é, contudo, unânime entre os estudiosos, sendo alvo de incontáveis e severas críticas. Dentre elas, o fato de que o Ministério Público, que é chefiado por indivíduos que detêm, como regra, mandato eletivo, tem o poder de decidir quais casos pretende levar a

---

[58] Idem, ibidem, p. 396.

[59] No âmbito estadual, o *State Attorney General* é detentor de cargo eletivo, com mandato de quatro anos, ao menos em 43 dos Estados norte-americanos.

[60] ROVEGNO, André, op. cit., p. 398.

[61] Segundo um cálculo estatístico referido por BASSIOUNI, M. C., o *jury trial* é reservado a apenas 6% dos processos penais (Linee del processo penale negli USA, *Prospettive del nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 52).

[62] Nesta modalidade, diferentemente do *guilty plea*, o acusado não reconhece a sua própria culpa, mas aceita a pena, em um processo de "barganha", optando, estrategicamente, por deixar de litigar, hipótese em que a condenação seria vista como praticamente inafastável, culminando em uma pena mais gravosa do que aquela que pode ser negociada com o acusador. Não tem a condenação, assim, os efeitos próprios da assunção de culpa, não servindo, por exemplo, como título civil para fins de execução da sentença penal, na busca de reparação pelo dano provocado pelo delito. MOREIRA, José Carlos Barbosa, O processo penal norte-americano e sua influência. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 19, 2001, p. 239.

julgamento no tribunal, optando por fazer acordos na grande maioria dos casos que não gozam de apelo midiático[63].

Para Ferrajoli[64], discricionariedade da ação penal e transação[65] são hoje de todo injustificáveis nos sistemas nos quais — como na Itália, mas também nos Estados Unidos — o órgão de acusação é público.

> "O mesmo se diga da fórmula "processo de partes", cujo uso com referência aos acordos ou transações é também impróprio e distorcido. A negociação entre acusação e defesa é exatamente o oposto do contraditório, que é próprio do método acusatório, e reclama acima de tudo práticas persuasórias

---

[63] Cf. ROVEGNO, André, op. cit., p. 399. Também criticando ferrenhamente referido instituto, sobretudo após a afirmação do caráter público do direito penal e da sua função de prevenção geral dos crimes – e não só a mera função de vingança –, FERRAJOLI: "A discricionariedade da ação e a consequente disponibilidade das imputações e até mesmo das provas, mantidas em alguns dos sistemas acusatórios hodiernos, representam, portanto, um resíduo do caráter originariamente privado — e posteriormente estritamente cívico ou popular da iniciativa penal—, agora injustificado. Entende-se que essa discricionariedade e disponibilidade — que nos Estados Unidos se manifestam sobretudo na transação entre o acusador público e o imputado (*plea bargaining*) da declaração de culpabilidade (*guilty plea*) em troca de uma redução do peso da acusação ou de outros benefícios penais — representam uma fonte inesgotável de arbítrios: arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência ensina, que o *plea bargaining* se torne a regra e o juízo uma exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados em vez de se submeterem aos custos e aos riscos do juízo. O sistema — introduzido também na Itália nas formas sub-reptícias dos acordos ou transações sobre a pena ou sobre o rito do qual falarei no parágrafo 45.5 — apresenta indubitavelmente a vantagem da máxima eficiência, se é verdade que ela permite solucionar mais de 90% dos casos com o *guilly plea* e de reservar apenas aos poucos casos remanescentes as bem polidas características garantistas do *trial by jury*. Mas essa vantagem é alcançada ao preço de uma pesada conotação burocrática e policialesca da maior parte da justiça penal e de uma vistosa discriminação contra tantos que, pelas condições econômicas, são forçados a abdicar, como se fosse um luxo inacessível, não só, como entre nós, de uma defesa adequada, mas até mesmo de um julgamento justo.". E prossegue o jurista italiano: "É de fato completamente absurda a figura de um acusador público — pouco importa que seja eleito — não sujeito à lei e dotado do poder de escolher arbitrariamente quais violações penais são merecedoras de perseguição ou ainda de predeterminar a medida da pena pactuando com o imputado. Obviamente, se a publicidade da acusação importa sua obrigatoriedade pelos órgãos públicos competentes, não implica de modo algum a sua titularidade exclusiva, sendo perfeitamente compatíveis com o modelo teórico acusatório formas autônomas, livres e subsidiárias de ação popular: aptas a complementar a ação do Ministério Publico em defesa dos direitos e dos interesses, individuais ou coletivos, ofendidos pelo crime; a solicitar e, se necessário, remediar a inércia culpável dos órgãos públicos; a permitir a participação e o controle popular sobre o exercício da ação penal e indiretamente sobre toda a função jurisdicional" (FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão – teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes, 3ª ed. revista, São Paulo:RT, 2010, p. 524-525). Ainda, sobre os efeitos perversos desse sistema no processo penal, M. Taruffo, Il processo civile 'adversary', cit., p. 233-245; R. Gambini, Il 'plea bargain' negli USA: più inconvenienti che vantaggi, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1982, I, p. 115-127.

[64] Idem, ibidem, p. 690.

[65] Insta salientar a diferença entre referido instituto, vigente no sistema processual penal estadunidense, e a transação penal advinda com a Lei 9.099/95 no ordenamento pátrio. Neste sentido, cf. SCARANCE: "A transação prevista na lei não se identifica com os institutos do *guiltv plea* ou do *plea bargaining.* Com a conciliação entre o Ministério Público e a defesa não se tem a finalidade de obter uma confissão do réu em troca de alguma vantagem, como a acusação por um crime menos grave ou por um número menor de crimes como sucede no *plea bargaining*. Não há na transação da Lei 9.099/95 conhecimento de culpa, distinguindo-se, assim, do *guilty plea.* O autor do fato, ao aceitar a proposta do Ministério Público, não estará reconhecendo a sua culpa, tanto assim que não perde a primariedade e a anotação no registro criminal só terá a finalidade de impedir outra transação no prazo de cinco anos*"* (*Processo penal*... op. cit., p. 207).

> consentidas pelo segredo, na relação ímpar que é própria da inquisição. O contraditório, de fato, consiste no confronto público e antagonista entre as partes em condições de paridade. E nenhum contraditório existe entre as partes que realizam o acordo entre si em condições de disparidade."

Outro instrumento digno de nota que vigora no sistema processual penal estadunidense, fruto da proliferação de organizações criminosas e consequente necessidade de combatê-las, é a imunidade, que tem por escopo obter a colaboração processual do acusado. Referido instituto garante que ele não seja processado em troca da renúncia ao *privilege against self-incrimination*. A imunidade só pode ser reconhecida judicialmente e, caso aceite, o acusado passa ao *status* de testemunha, com o dever de depor e de dizer a verdade. Pode a imunidade ser imposta pela Corte, a pedido do *grand jury* (*statury immunity*) – caso em que, se o acusado se recusar a responder, estará sujeito a perjúrio, mas tem garantia de que não será submetido a processo penal pelos fatos apurados –, ou negociada (*informal immunity*), resultante da negociação entre acusação e defesa. O colaborador tem por função comportar-se de boa-fé e fornecer declarações verdadeiras, ainda que não culmine na condenação dos corréus. Críticas têm sido feitas no tocante à amplitude de poderes atribuídos ao *prosecutor*, no sentido de que os colaboradores renunciam ao seus direitos constitucionais e ficam dependendo, em muitos casos, da boa-fé do *prosecutor* para obter os benefícios[66].

No que concerne à atuação propriamente processual perante o Tribunal, no âmbito criminal, o sistema processual dos EUA estrutura-se no que se convencionou denominar *adversary system*, ou *sporting theory of justice*[67], aí residindo uma de suas características mais significativas.

Conforme abordado no primeiro capítulo deste trabalho, o modelo *adversarial*, que se desenvolveu na Inglaterra, e foi posteriormente transplantado para suas colônias americanas, caracteriza-se pelo fato de que a iniciativa da atividade probatória incumbe preponderantemente aos próprios litigantes, que devem obter, selecionar e apresentar o material probatório ao júri, para convencer os jurados sobre a ocorrência dos fatos que fundamentam as respectivas pretensões; disso decorre o papel de mero

---

[66] BERNASCONI, Alessandro, *La collaborazione processuale. Milano: Giuffrè, 1995*, pp.31, 42, 63, 66, *apud* QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., pp. 211-212.

[67] Em tradução livre, "teoria esportiva da justiça", representando a ideia de que o sistema se estrutura na atuação antagônica das partes, como um "jogo", no qual ambas buscam a vitória; do embate, surge, como consequência, a justiça. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa, op. cit., p. 243.

moderador atribuído ao juiz que preside o julgamento, que raramente utiliza sua faculdade de convocar e interrogar testemunhas, bem como a posição absolutamente passiva dos integrantes do corpo de jurados durante a audiência[68].

São características que correspondem, de outro lado, com os ideais de um Estado consentâneo com o primado da iniciativa individual, e é justamente daí que resultam as já mencionadas visões igualmente diferenciadas em relação às concepções da prova (vista como *argumentum)*, bem como da verdade que através dela se pode obter, que é aquela própria das coisas humanas, não se ignorando que outra possa ser admissível, mas que deve ser aceita por razões éticas: diante da correção na disputa estabelecida entre as partes, a decisão alcançada, ainda que possa não ser a mais acertada, é legítima (*probable truth*)[69].

A instituição do júri, por seu turno, vem disposta constitucionalmente[70], constituindo-se uma garantia do cidadão o julgamento pelos seus pares.

Suas origens históricas são imprecisas[71], remontam à Inglaterra e, inicialmente, a função dos jurados não era propriamente a de julgar, mas sim de recolher informações e prestar testemunhos sobre os fatos investigados (*jury of proof*). De tal prática parece ter resultado, em matéria criminal, a instituição do *grand jury*, composto por doze homens de boa reputação e sem antecedentes criminais, cuja tarefa consistia primeiramente em apurar crimes e apresentar comunicações a respeito; posteriormente, a atribuição desse órgão passou a ser sobre admissibilidade das acusações (júri de acusação)[72].

A princípio, era o próprio *grand jury* que decidia sobre a procedência da imputação, o que representava evidente prejuízo para o acusado, que tinha remotas chances de vir a ser reconhecido inocente. O júri propriamente dito (*petty jury*), incumbido de

---

[68] GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 59.
[69] Idem, ibidem, p. 39.
[70] Na Quinta Emenda: "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentemente or indictment of a grand jury, except in cases aristing in the land or naval forces, or in the militia,when in actual service in time of war or public danger...". E no art. 3º, seção 2, cláusula 3ª: "The trial of all crimes, except in cases of impeachment, shall be by jury; and such trial shall be held in the State where the said crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the trial shall be at such place or places as the Congress may by law have directed"
[71] "No caso inglês, é indicado como sendo seu antecedente próximo a "Frankish Inquest" (inquisitio) introduzida por William I: tratava-se de um procedimento investigatório de natureza fiscal e administrativa, através do qual o rei determinava a convocação de um certo número de pessoas da localidade, com o propósito de que os mesmos apurassem, e depois testemunhassem, determinados fatos de interesse da Coroa". GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 36.
[72] Idem, ibidem.

decidir sobre a culpabilidade ou inocência do acusado, surgiu posteriormente, justamente após o Concílio de Latrão (1215). Em 1350, um estatuto de Eduardo III finalmente garantiu ao acusado a possibilidade de recusar qualquer jurado que tivesse participado do júri de acusação; cristalizou-se, então, a concepção de que, feita a acusação por um júri, outro deve decidir sobre os fatos[73].

A estrutura acusatória do procedimento estadunidense e, sobretudo, o modo de produção das provas também foram influenciados, de forma determinante, pelas particularidades desse tipo de julgamento popular; em decorrência do júri assentou-se a estruturação de todo um sistema probatório voltado à seleção do material informativo a ser submetido aos jurados; impôs-se a concentração e a oralidade pela necessidade de que sejam apresentadas na presença de todos os membros do tribunal; no *day in court* são expostas todas as provas, perante um tribunal até então totalmente desinformado a respeito do processo; o diálogo existente entre as partes diante dos jurados contribui para a maior aproximação entre a justiça e a sociedade, daí resultando a grande publicidade que, normalmente, é dada aos julgamentos[74].

No decorrer dos anos, ciente da dificuldade e do alto custo de manutenção decorrente da norma de que todo e qualquer julgamento deveria se dar por meio do júri, a Suprema Corte construiu jurisprudência restritiva desta regra que, todavia, persiste como garantia processual relevante[75].

No que diz respeito à prova, salienta ANDRÉ ROVEGNO[76] que o gosto pela teorização, pela sistematização, pela classificação, não faz parte do universo dos estudos jurídicos nos Estados Unidos, não se fazendo presente o aspecto doutrinário refinado na bibliografia sobre o direito estadunidense, tal qual encontramos entre nós ou em sistemas da Europa continental.

Não obstante, em âmbito federal, existem as *Federal Rules of Evidence*, que disciplinam considerável parte da questão, de modo a solucionar os temas mais delicados em matéria probatória. De se notar, outrossim, que a despeito da existência de material legislado, a atuação da Suprema Corte e a adoção de determinados princípios gerais que

---

[73] MAGALHÃES, Antonio, op. cit, p. 37.
[74] Idem, ibidem, p. 38.
[75] "Tem-se hoje que ele não é mais obrigatório nos casos de crime de bagatela ou se o acusado a isso renunciar (entendido como privilégio, decidiu a Suprema Corte que o acusado poderia renunciar ao privilégio)" (ROVEGNO, André, op. cit., p. 401).
[76] Idem, ibidem, p. 403.

definem a caracterização de certas regras amplas acabam tendo uma importância decisiva, de modo que, não raro, embasado em caracteres não legislados e que compõem tais princípios amplos, o Poder Judiciário declara o desacerto ou a desconformidade desta ou daquela norma escrita, recusando-se a aplicá-la.

A prova testemunhal é colhida no tribunal a partir do sistema do *cross examination*, que se caracteriza pela inquirição direta e alternada das testemunhas, feita pelas partes, ou seja, inicialmente a testemunha é inquirida por aquele que a chamou[77] (promotor ou advogado), em seguida pela parte adversa[78], voltando, derradeiramente, a palavra ao inquiridor inicial. A despeito das severas críticas no que diz respeito ao sistema – mormente no fato de que se destina, no mais das vezes, a desacreditar as testemunhas desinteressantes, valendo-se de métodos por vezes bastante deselegantes, que acabam por transformar o julgamento em um espetáculo[79] –, nas palavras de MAGALHÃES[80], trata-se, indubitavelmente, do "traço mais característico do sistema anglo-americano no tocante à produção de provas", sendo considerado "o meio mais eficaz para a descoberta da verdade", porquanto consiste na forma mais apurada de dar concretude plena ao postulado da contraditoriedade.

3.2 O DESENVOLVIMENTO DO *PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION*[81]

3.2.1 NOÇÕES HISTÓRICAS[82]

O *privilege against self-incrimation* ganhou *status* constitucional nos EUA em 1770, desenvolvendo-se mais rapidamente do que na Inglaterra. Até quase o final do

[77] Anota ROVEGNO que, de forma mais específica, e com maior rigor técnico, esse primeiro momento da *cross examination*, aqui tomado como designação genérica, é chamado *direct examination*. Op. cit., p. 412.
[78] A *cross examination* propriamente dita. Também nesse sentido, ver Guilherme Madeira Dezem, *Da Prova Penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millenium, 2008, p. 241.
[79] ROVEGNO, André, op. cit., p. 411.
[80] GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., p. 140.
[81] "One who "pleads the Fifth" is not insistinng on grand jury indictment, freedom from double jeopardy, or just compensation for property take by the government – all safeguarded by the Fifth. He is saying that he will not reply to na oficial inquiry because his truthful answer might expose him to criminal jeopardy. He seems to be saying that he has something to hide, making the Fifth appear to be a protection of the guilty and raising the question why the framers of the Bill of Rights should have wanted to protect the guilty. Without doubt the right against self-incrimination is the most misunderstood, unrespected, and controversial of all rights*"* (*Origins of the fifth amendment*, Nova York, Oxford University Press, 1968, p. VII e X).
[82] Cf. Queijo, Maria Elizabeth. Op. cit., pp. 18-22 e HELMHOLZ, R. H. et al., The privilege against self-incrimination: its origins ans development, pp. 110-144.

século XVIII não havia advogados para atuar nas colônias, predominando, durante o século XVII, o processo criminal denominado *accused speaks*, no qual não havia espaço para o princípio.

No *pretrial*, os administradores da justiça nas colônias americanas aplicavam o procedimento estabelecido no *Marian Committal Statute*, estruturado para induzir o acusado a testemunhar contra si mesmo. De acordo com tal disciplina, o *pretrial* era presidido por magistrado da Justiça da Paz, devendo ele transcrever tudo o que o acusado dissesse. Se se recusasse a se responder, isto também era relatado pelo magistrado em seu testemunho no julgamento. Era manifesta a ênfase com relação às testemunhas de acusação. O relatório resultante era encaminhado para a corte de julgamento, de modo que os elementos colhidos no *pretrial* eram decisivos no julgamento, e se o acusado decidisse testemunhar ou se retratar do que dissera no *pretrial*, tais aspectos eram invocados contra ele.

Contudo, em Nova Iorque, passou-se a exigir que o juiz de paz anotasse não apenas as provas favoráveis à acusação, para remessa ao júri, mas também as favoráveis à defesa. Reconheciam, os americanos, diversas restrições às coações empregadas para obter o testemunho, inclusive do acusado.

Digno de nota é o trecho do art. 45[83] do *Body Liberties* de 1641 que, conquanto longe de reconhecer o *privilege against self-incrimination*, vedava o emprego de tortura para obtenção da confissão, reputando-a prática bárbara e desumana. Vedava-se o uso de coação física no interrogatório do acusado, mas ainda não havia propriamente a ideia de que o acusado tinha o direito de não se autoincriminar por meio de um *privilege*.

Distinguia-se a suspeita branda da suspeita grave, sendo que, fosse o caso desta última, o juiz deveria inquirir o acusado, incentivando-o a dizer a verdade, mas se fosse branda, o juiz não deveria pressioná-lo a responder.

Em 1760, teve início uma polêmica constitucional nas colônias americanas, cujo escopo era o reconhecimento de todos os direitos que, até então, eram dos ingleses. Isto porque a proteção do *Treason Act* de 1696, que nasceu como reação à política de

[83] "45. No man shall be forced by torture to confess any crime against himself nor any other, unless it be in some capital case where he is first fully convicted by clear and sufficient evidence to be guilty, after which if the cause be of that nature, that it is very apparent there be other conspirators, or confederates with him, then he may be tortured, yet not with such tortures as be barbarous and inhumane."

abuso da justiça criminal de Charles II e James II, não era estendida às colônias.

O principal direito exigido era a liberdade, exaltando-se a função do júri. Referida polêmica alterou os rumos do direito processual penal estadunidense. Dentro desse contexto surgiu o *privilege against self-incrimination*, que, inicialmente, foi reconhecido como parte das garantias, e não como direito autônomo. Assim, a Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, que serviu de modelo para as Constituições, estabeleceu que:

> "That in all capital or criminal prosecutions, a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty; **nor can he be compelled to give evidence against himself**; that no man be deprived of his liberty, except by the law of the land or the judgment of his peers."

Contudo, Declarações de Direitos de outros Estados, tais quais Nova Iorque, Nova Jersey, Carolina do Sul e Geórgia, não adotaram a fórmula inspirada na Declaração de Virgínia, não incluindo a dicção que invocava *o nemo tenetur prodere se ipsum*.

Na convenção de 1788, como proteção contra as possíveis inovações que poderiam ser feitas pelo governo federal em matéria de garantias individuais, sugeriu-se que o *bill of rights* federal incluísse a previsão de que "in all criminal prosecutions, the acuses... should not be compelled to give evidence against himself"

No Congresso de junho de 1789, James Madison apresentou proposta de um artigo contendo uma série de garantias, que foi adotado, sem alterações, e que contemplava expressamente o direito de não ser compelido a testemunhar contra si mesmo:

> "No person shall be subject, except in cases of impeachment, to more than one punishment or one trial for the same offence; nor shall be compelled to be a witness against himself; nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor be obliged to relinquish his property, where it may be necessary for public use, without a just compensation"

O processo evolutivo foi lento, eis que os resquícios do sistema continuaram sendo observados por juízes locais. Os advogados opunham-se a essa prática e passaram a discutir a inconstitucionalidade da finalidade incriminatória do *pretrial*, podendo-se dizer que graças à atuação dos advogados de defesa houve renovação do processo criminal.

3.2.2 O *PRIVILEGE AGAINST SELFINCRIMINATION* APLICADO AO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO

Observa Antonio MAGALHÃES GOMES FILHO[84] que o recurso ao saber do acusado, como fonte de prova, talvez seja o ponto de maior distanciamento entre os dois sistemas probatórios contemporâneos: no sistema continental, o réu deve falar, embora suas declarações sejam vistas com reservas, pois a mentira é algo natural, que deve ser levada em conta pelo julgador; já na tradição anglo-americana, é reconhecido o direito de calar, mas se o acusado se decide a dar a sua versão, deve fazê-lo na condição de testemunha, sob juramento de dizer a verdade.

Daí a importância do *privilege against self-incrimination*, que constitui uma decorrência natural do próprio modelo processual paritário, no qual seria inconcebível que uma das partes pudesse compelir o adversário a apresentar provas decisivas em seu próprio prejuízo.

Esclarece ENNIO AMODIO[85] a diferença de disciplina existente, no processo penal norte-americano, entre a fase policial, em que se reconhece o *privilege against self incrimination* e o *right to silence*, e a fase judicial, em que se reconhece ao acusado a faculdade de depor sob juramento (*right not to be questioned*).

A primeira disciplina nasce em razão da necessidade de informar o imputado da excepcionalidade da situação em que se encontra, em face da falta de um juiz, e da assunção de poderes inquisitoriais por parte de seu interrogador. O imputado pode permanecer em silêncio diante da polícia, porque o interrogatório conduzido pelas autoridades policiais viola a regra fundamental pela qual toda aquisição de prova deve ser reservada para o momento em que intervém o juiz.

Porém, na fase judicial, a presença do juiz, a garantia da publicidade e o pleno exercício do direito de defesa excluem a razão de ser de um direito ao silêncio, que se justifica essencialmente como resposta à condição excepcional de um diálogo entre acusador e imputado, na ausência de um órgão imparcial. Mas nem mesmo esta submissão à *cross examination* significa uma forma de colaboração, já que o imputado não se

---

[84] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 111.
[85] AMODIO, Enio. Diritto al silenzio o dovere di colaborazione? *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, n. 3, p. 408 – 419, jul. – set., 1974.

transforma em instrumento de uma busca objetiva da verdade material, mas sim em veículo de uma experiência cognoscitiva ofertada ao controle da acusação e à crítica do juiz, experiência esta considerada essencial para os interesses da defesa.

O direito à não autoincriminação, no cenário norte-americano, encontra-se consagrado na Quinta Emenda à Constituição nos seguintes termos: "no person shall be compeled in any criminal case to be a witness against himself".

Referida proteção é extensa, abrangendo acusados e testemunhas, aqueles que estejam submetidos à persecução penal e aqueles que, potencialmente, poderão ser acusados.

No início do século XX, a Quinta Emenda não era aplicada aos Estados-membros, porquanto a Suprema Corte, em suas decisões sobre o sistema federal, não podia prescrever regras sobre prova para os Estados. O cenário se modificou após o caso *Malloy v. Hogan* (1964), ocasião em que a Suprema Corte decidiu que o *privilege* era aplicável aos Estados, asseverando que os objetivos por ele buscados eram: i) prevenir abusos de que possam ser objeto os cidadãos pelos agentes do Estado; ii) proteção da privacidade; iii) temor de que as declarações obtidas coercitivamente sejam de pouca credibilidade; iv) intenção de evitar colocar o imputado diante de escolhas igualmente desfavoráveis: autoincriminar-se, cometer perjúrio ou incorrer em desacato; v) a ideia que sustenta o sistema acusatório é a de que o Estado deve obter evidência acusatória através de seu próprio trabalho e não através do próprio acusado, tal qual logra ocorrer nos sistemas de tipo inquisitório[86].

De 1936 a 1960, a questão da admissibilidade das confissões realizadas no âmbito da polícia era examinada sob o enfoque do *due process of law*, aplicando-se a Décima Quarta Emenda Constitucional. Como o critério consistia na voluntariedade das declarações, tendo em vista a análise da totalidade das circunstâncias (*totality of circumstances*), surgiram duas preocupações essenciais nos julgamentos: os métodos empregados para obter a confissão e o risco de produção de confissões falsas. Isto porque, concluíam as cortes estaduais, a confissão obtida sob pressão afetava a sua confiabilidade.

[86] GARRIDO, Carlos Don. El testimonio de oídas y el privilegio de no autoincriminación. *Revista de Derecho*, nº 8, 2003.

Assim, a confissão, para ser válida, deveria ser produto de livre e racional escolha do acusado[87].

Neste contexto, dentre os fundamentos para rejeitar a confissão estavam: a dúvida sobre a sua credibilidade, decorrentes do meio empregado para obtê-la; o fato de a confissão ter sido obtida por meio de práticas policiais ofensivas, ainda que houvesse outros elementos probatórios que a corroborassem; quando obtida em circunstâncias nas quais a liberdade de escolha do acusado estivesse restringida, mesmo que não houvesse práticas policiais ofensivas[88]. Este último caso foi, contudo, afastado pela Suprema Corte, ao julgar o caso *Colorado v. Connely* (1986), eis que consignou que a Corte estadual havia errado ao excluir confissão obtida voluntariamente do acusado, pela polícia, sob a alegação de que ele sofria de uma psicose que havia interferido em sua capacidade de livre e racional escolha.

A Suprema Corte seguiu reavaliando critérios, através do exame da totalidade das circunstâncias, acerca do tipo de pressão que seria admissível em relação ao acusado no interrogatório, dentre os quais se ressaltavam fatores como abuso físico, ameaças, interrogatório extenso, detenção sem comunicação, características do suspeito, recusa ao direito de consultar advogado, instabilidade emocional, juventude, doenças. O exame da voluntariedade das declarações era impreciso, o que gerava decisões divergentes nas cortes inferiores[89].

A violação ao direito à assistência de advogado também culminou em exclusões de confissões, tal qual se deu no caso *Massiah v. US.* (1964).

Massiah havia sido indiciado por envolvimento com narcóticos, foi assistido por advogado e liberado mediante fiança. Na ocasião, Colson, corréu, decidindo cooperar com a polícia, convidou Massiah a sentar-se em seu carro e manteve com ele conversa sobre os fatos, conversa esta que foi transmitida por rádio. Embora não tenha confessado nas dependências da polícia, sua confissão foi ouvida por policiais, e referidas incriminações foram introduzidas no julgamento para serem usadas contra ele. Por seis a três, decidiu a Corte que a Sexta Emenda proibia a extração de afirmações incriminatórias por uma pessoa sem a presença de advogado.

---

[87] Cf. Watts v. Indiana (1949).
[88] QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p.170.
[89] Idem, ibidem, p. 171.

Com efeito, o caso mais paradigmático no tocante ao *privilege against self-incrimination* é o caso *Miranda v. Arizona*[90] (1966), ocasião em que a Suprema Corte americana, por cinco a quatro, declarou que o privilégio contra a autoacusação, de longo e amplo desenvolvimento histórico, é o principal esteio do sistema contraditório e estabeleceu requisitos para os interrogatórios realizados sob custódia.

Segundo a decisão no caso Miranda, antes de questionar alguém sob custódia policial, a polícia deve avisar oralmente o acusado de seus direitos nos seguintes termos: "*a)Você tem o direito de ficar calado; b) Qualquer coisa que disser pode ser usada contra você; c) Você tem direito a um advogado para representá-lo; d) Caso não possa pagar um advogado, tem direito a defesa gratuita"*[91].

Em geral, acrescentam-se as seguintes perguntas: "*e) Você quer fazer uma declaração a esta altura?; f) Você quer renunciar ao seu direito a um advogado?; g) Você está fazendo esta declaração voluntariamente?"*

Tais avisos são dados e geralmente confirmados por escrito, e posteriormente o réu faz uma declamação oral ou, mais comum, por escrito. Satisfeitas tais condições, a confissão é admissível como evidência.

Caso não sejam feitos referidos avisos, a confissão, em regra, será inadmissível, por violação à Quinta e Sexta Emendas.

Somente se existe custódia[92] e interrogatório[93-94] é preciso informar o suspeito sobre os direitos de Miranda. Embora um aviso por escrito seja preferível, não é

---

[90] Em março de 1963, Ernesto Miranda foi preso em sua casa e conduzido à polícia em Phoenix. Ele havia sido identificado por uma testemunha. Foi conduzido a uma sala de interrogatórios e interrogado por dois policiais. Duas horas mais tarde, os policiais tinham em seu poder confissão assinada por Miranda, na qual ele declarava, ao final, que a confissão havia sido voluntária, sem ameaças ou processas de imunidade e com completo conhecimento de seus direitos, inclusive ciente de que as declarações seriam utilizadas contra ele. Contudo, os policiais admitiram que Miranda não havia sido alertado quanto ao direito de ter advogado presente. O requerimento perante a Suprema Corte foi feito com base na Sexta Emenda. LOCKHART, William B. *apud* Queijo, Maria Elizabeth, op. cit., pp. 172-173.

[91] Peter J. Messitte. O Poder Judiciário norte-americano em face das provas ilegalmente obtidas**.** *Boletim dos Procuradores da República*, Ano III, n° 30, outubro-2000. Disponível em: http://www.processocriminalpslf.com.br/site/?page_id=1944)

[92] "Quem não está sob custódia da polícia, por exemplo, alguém que está respondendo voluntariamente a perguntas na rua ou mesmo na delegacia em circunstâncias em que está livre pra ir embora, não necessita ser informado sobre os direitos definidos em Miranda". Idem, ibidem.

[93] "Se alguém está sob custódia e não está sendo interrogado e simplesmente faz uma declaração repentina (por exemplo: "Tive que atirar nele, porque ele estava desrespeitando minha namorada"), não se coloca o problema dos direitos previstos em Miranda". Idem, ibidem..

exigido. Ainda que o acusado informe o policial de que já conhece o conteúdo das regras, deve haver advertência.

Reconheceu-se que a proteção contra a autoincriminação não ocorre somente no interrogatório, mas em atos praticados pela polícia que tenham função semelhante. Quando aquele que interrogava não era policial, mas, por exemplo, um investigador particular, a orientação da Suprema Corte oscilou, ora admitindo a aplicação do princípio, ora não[95].

Reportam os aplicadores da Lei no território americano que, desde a sua introdução em 1966, há um consenso de que os direitos de Miranda têm funcionado bem, também por ser uma regra de fácil aplicação que protege contra a autoincriminação involuntária ou a renúncia ao direito a um advogado. Antes de *Miranda*, o teste era o da totalidade das circunstâncias, um padrão difícil e incerto. *Miranda* reconhece que há "pressões inerentemente coagentes" quando uma pessoa está sob custódia policial e que essas pressões tendem a compelir suspeitos a falar quando de outra maneira não o fariam. Atualmente, a polícia está mais bem capacitada e respeita os *Miranda warning*, que já foram incorporados às práticas policiais e procedimentos judiciais e são de conhecimento do público[96].

Com efeito, da decisão em *Miranda v. Arizona* foi extraído um conjunto de regras sobre a confissão, garantindo ao indivíduo o direito de permanecer em silêncio, a menos que opte por falar, no exercício de sua própria liberdade, durante o interrogatório em juízo ou em outras investigações oficiais. Ainda, estabeleceu que a recusa ao advogado no interrogatório, ou ao *privilege against self-incrimination*, não pode ser presumida, devendo ser demonstrada, e o seu exercício não pode ser penalizado sob qualquer forma, não podendo a acusação explorar o silêncio do acusado como argumento.

De se mencionar, todavia, que a regra nem sempre foi bem aceita. Quando foi anunciada, em 1966, *Miranda* causou uma forte reação por parte de agentes da lei, os quais consideravam a norma uma mera tecnicalidade e temiam que muitos criminosos acabariam em liberdade se, por alguma razão, o policial que efetuasse a prisão deixasse de avisar o indivíduo de seu direito de ficar calado e de ser representado por um advogado.

---

[94] Em *Illinois v. Perkins* (1990), decidiu-se que a atmosfera coercitiva, que implicaria o reconhecimento das garantias de Miranda, não existe quando o suspeito não tem ciência de que está conversando com um policial
[95] QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 176.
[96] MESSITE, Peter J., op. cit.

Assim que, dois anos depois do "Miranda Case", o Congresso americano promulgou uma lei (18 United States Code § 3501) recomendando às Cortes federais que desconsiderassem essa regra. Pela lei, o que realmente interessa à confissão é ter sido produzida voluntariamente, mesmo que a policia falhe ao avisar o suspeito do seu direito ao silêncio, ou seja, os avisos ao réu dos direitos do tipo especificado em *Miranda* seriam apenas um fator na determinação da voluntariedade da declaração. Tal fato significava, praticamente, um retorno às circunstâncias vigentes antes da edição da lei.

Justamente porque a constitucionalidade desse ato legislativo sempre foi duvidosa, ela não afetou significativamente a prática dos juízes federais e recebeu pouca atenção nos tribunais, sendo igualmente ignorada pelos promotores públicos, os quais relutavam em invocar a lei porque também tinham sérias dúvidas sobre sua constitucionalidade.

Em *Michigan v. Tucker* (1974), assentou-se que as regras de Miranda se destinavam a reforçar a proteção do direito contra autoincriminações compulsórias, mas não gozavam de direta proteção constitucional.

Em *Tague v. Louisiana* (1980), ficou consignada a impossibilidade de presunção quanto à renúncia ao *privilege*, e se esta se der, não pode ser produto de coação, mas de livre escolha do acusado.

As Cortes inferiores entenderam que as regras de Miranda não eram aplicáveis aos crimes de trânsito e outras ofensas menores, mas a Suprema Corte, em *Berkemer v. McCarty* (1984), unanimemente, decidiu que as garantias valiam também nos casos de infrações penais de trânsito.

No caso conhecido como *U.S. v. Dickerson* (2000), um tribunal federal de recursos inesperadamente invocou a lei (18 United States Code § 3501), e por *7 a 2,* o Supremo determinou que o ato legislativo do Congresso era inconstitucional e que *Miranda* era uma interpretação das exigências da Constituição, mesmo que a linguagem em alguns dos casos levados à Suprema Corte sugerisse o contrário. E, em sendo uma norma constitucional, o Congresso não poderia mudá-la por meio de legislação ordinária.

Tratou-se de uma vigorosa reafirmação de *Miranda* pela Suprema Corte, que também abriu mão da oportunidade de revogá-la. Confirmou que não apenas os

princípios de *stare decisis* apoiam a continuação da aplicação de *Miranda*, mas que a norma é hoje conhecida e viável[97]. Consignou-se, ainda, na ocasião: *"a experiência sugere que o teste da totalidade das circunstâncias que a norma pretende reviver é mais difícil do que Miranda para que os oficiais da lei se adaptem e para que os tribunais a apliquem de modo consistente".* Em outras palavras, *Miranda* é uma lei mais fácil de aplicar, o que compensa a desvantagem de se ter de suprimir as declarações voluntárias em alguns casos.

Por outro lado, a Suprema Corte de Nova Iorque, no caso *NY v. Quarles*[98] (1984), criou uma exceção ao princípio do direito ao silêncio, quando a segurança pública estiver seriamente em risco. Trata-se da denominada "public safety". Possibilita aos policiais, deparados com uma situação de perigo, para eles ou para os demais, fazer indagações que neutralizem a ameaça, sem que antes tenham de recitar a "Miranda ruling", precisamente por se tratar de situação de emergência[99]. Assim, declarações voluntárias feitas em resposta a questões estritamente sob medida – projetadas exclusivamente para resolver a preocupação com a segurança – podem ser admitidas no julgamento.

Daí pra frente, outras decisões restringindo o alcance do direito ao silêncio e interpretando restritivamente o conjunto de regras estabelecidas em *Miranda* foram proferidas.

Em *Oregon v. Elstad*[100] (1985), entendeu a Suprema Corte que uma segunda confissão obtida, quando na primeira houve violação às regras de *Miranda*, deve ser

---

[97] "Miranda has become embedded in routine police practice to the point where the warnings have become part of our national culture" (Dickerson v. U.S., 530 U.S. 428, (2000))

[98] Na ocasião, dois policiais foram abordados por uma jovem que disse ter sido vítima de estupro, apontando o autor dos fatos como sendo um homem que acabara de entrar em um supermercado, asseverando que ele estava armado. Um indivíduo que batia com a descrição ofertada estava perto do caixa e, ao visualizar o policial, correu para a parte de trás da loja. O oficial perseguiu o sujeito, mas o perdeu de vista por alguns segundos, e o indivíduo virou no final de um corredor. Ao se deparar com o homem, o policial ordenou que ele parasse e colocasse as mãos sobre a cabeça. Revistou-o, e notou que ele estava usando um coldre de ombro vazio. Depois de algemá-lo, sem advertência às regras de Miranda, o policial perguntou onde a arma estava. O homem apontou para caixas de leite vazias e disse: "A arma está ali.". O miliciano localizou o revólver carregado, formalizou a prisão, e então recitou as regras de Miranda para ele. O preso renunciou ao direito e respondeu a perguntas sobre a posse da arma e onde a havia adquirido. A Suprema Corte considerou que a segurança pública – no caso, era evidente que Quarles tinha ocultado o revólver dentro da loja – estava comprometida, eis que enquanto a arma não fosse localizada, em referido local público, os frequentadores estavam expostos a risco.

[99] Disso decorre que as regras de *Miranda* não precisam ser rigidamente seguidas nas situações "in which police officers ask questions reasonably prompted by a concern for the public safety" (People v. Quarles, 58 NY 2d 656).

[100] Um jovem de 18 anos, suspeito, era procurado pela polícia após um roubo. Ao ser informado pelos policiais que suspeitavam de sua participação no ilícito, confirmou sua presença no local. Uma hora depois, já na repartição policial, foi informado de seus direitos, oportunidade em que, após afirmar-se ciente de seu direito ao silêncio, ofertou ampla confissão. Em apelação, a Corte apreciou a questão e entendeu que a

avaliada pela ótica da voluntariedade das declarações prestadas pelo acusado e não sob o prisma da *fruits doctrine*[101].

Em 1986, caso *Moran v. Burbine*, um assistente do defensor público telefonou para a unidade policial onde Brian Burbine se encontrava custodiado pelo assassinato de uma mulher, sendo informado pelo policial que o atendeu de que não haveria qualquer questionamento ao suspeito até o dia seguinte. Burbine não teve ciência da ligação e, uma hora depois, após ter sido cientificado de seus direitos e após demonstrar tê-los compreendido, forneceu completa confissão. A Suprema Corte, instada a decidir o caso, entendeu que o fato de a polícia ter feito o defensor do acusado incidir em erro não era motivo para invalidar a sua confissão, porquanto o desconhecimento da ligação não afetara a capacidade do suspeito de compreender seus direitos.

O direito de o acusado testemunhar deriva de três fontes diversas, quais sejam a garantia do *due process of law*, previsto na Décima Quarta Emenda, segundo o qual ninguém pode ser privado de liberdade sem o processo conforme a lei, que incluiria também o direito de oferecer o próprio testemunho; a *compulsory clause* expressa na Sexta Emenda, que garante ao acusado o direito de indicar testemunhas, podendo ele mesmo constar do rol; e a Quinta Emenda, que assegura garantia contra a não autoincriminação.

Em *Griffin v. California*, em 1965, a Suprema Corte decidiu que o acusado não poderia ser obrigado a submeter-se a juramento.

Permite-se, de outro lado – e sob o ponto de vista de que o juramento pode aumentar a credibilidade das declarações prestadas pelo acusado, as quais adquiririam *status* diverso – que ele se submeta a juramento para testemunhar no próprio processo.

Em *Rock v. Arkansas*, em 1987, a Suprema Corte, asseverando que a oportunidade de testemunhar é corolário da garantia contra a compulsão ao testemunho estabelecida na Quinta Emenda, decidiu que o direito de testemunhar sob juramento era garantido pela Constituição.

---

primeira assertiva, feita antes de ser cientificado de seus direitos, era inadmissível como prova; contudo, a confissão completa, ofertada após ter sido informado de seus direitos, era aproveitável. Afastou, assim, a Corte, a alegação da defesa no sentido de que a confissão completa era mera extensão da declaração inicial e, assim, tão viciada quanto aquela. (ROVEGNO, André, op. cit., p. 421).

[101] ISRAEL, Jeold H. e LaFAVE R. Wayne, *Criminal procedure. Constitutional limitations*, p. 306.

Todavia, em *Jenkens v. Anderson*, 1980, impediu-se o testemunho do acusado no julgamento, acatando-se argumentação da acusação, que demonstrou que anteriormente à prisão o acusado havia silenciado. O mesmo se deu em *Fletcher v. Weir*, em 1982.

O tema é polêmico em solo americano, e muito se discute acerca dos reflexos negativos do juramento do acusado em relação ao *privilege against self-incrimination*, eis que aquele que do juramento não faz uso costuma ser encarado como suspeito[102].

Ao optar pelo testemunho, os acusados submetem-se ao juramento, e ficam sujeitos ao perjúrio. Na prática, entretanto, os promotores, de modo informal, não desencadeiam processos contra os acusados que cometem perjúrio[103]. De todo modo, a escolha do acusado entre testemunhar ou não é sempre difícil.

Na ponderação de PACELLI, o privilégio contra a autoincriminação, no sentido de que o réu pode se recusar a depor, é perfeitamente compreensível em uma ordem jurídica em que a regra geral é a decisão judicial por meio de íntima convicção, ou seja, sem o dever de motivação das decisões, o que normalmente se dá em julgamentos por um Tribunal do Júri. Em sendo a oitiva da testemunha realizada de modo direto pela parte adversa (*cross examination*), não parece difícil a manipulação do depoimento segundo os interesses de quem o dirige, podendo-se chegar ao convencimento do júri por meio de simples hesitações ou falhas de memória que o acusado possa eventualmente apresentar, ainda que sobre matéria aparentemente irrelevante sobre o caso.

> "Por isso, o direito ao silêncio apresenta-se não só como afirmação de uma situação de inocência, mas também como controle da idoneidade da prova, a exigir que uma decisão condenatória não se baseie na maior ou menor habilidade do inquiridor e na eventual insuficiência de raciocínio lógico ou de tranquilidade pessoal por parte do réu. A certeza judicial, como vimos, deve se estruturar, o quanto possível, em juízos de conhecimento (e convencimento) empírico do material probatório e não por meio de meras suposições extraídas de testemunhos contraditórios[104]"

[102] QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 231
[103] HELMHOLZ, R. H. et al., *The privilege against self-incrimination...*, op. cit., p. 202.
[104] PACELLI, Eugênio, op. cit., p. 170.

Há registros de que, atualmente, após o atentado terrorista em Nova Iorque., em setembro de 2001, a legislação federal americana tornou-se ainda mais rígida e a regra do direito ao silêncio perdeu força[105].

Em suma, o direito norte-americano é um exemplo de ordenamento em que o interrogatório é meio de prova, ou seja, atribui-se maior valor probatório às declarações prestadas pelo acusado. Nos EUA, reconhece-se ao acusado a opção de submeter-se ao *cross examination*. Nesse caso, passará a ostentar o *status* de testemunha de defesa. Após o juramento, obrigando-se a dizer a verdade, será submetido ao *direct examination*, por parte do defensor, e, finalmente, ao *cross examination*, pela acusação.

Observa Maria Elizabeth QUEIJO que, na realidade, as Cortes esperam que os acusados testemunhem e que não silenciem, considerando, principalmente, a moralidade comum[106]. Sob este ponto de vista, o *privilege* teria sua atuação restrita à vedação de determinados métodos de interrogatório, especialmente com emprego de tortura.

Com efeito, eis o disposto no artigo III, seção 3, cláusula 1, da Constituição:

> "A traição contra os Estados Unidos poderá consistir em simplesmente levantar armas contra eles, ou coligar-se com seus inimigos, prestando-lhes auxílio e apoio. Ninguém será condenado por traição senão mediante o depoimento direto de duas testemunhas, ou mediante confissão em sessão pública da corte"

Desse dispositivo é possível extrair que a confissão é entendida como prova suficiente para a condenação, desde que proferida livre de constrangimentos. Pode ser judicial ou extrajudicial e, uma vez que simplifica o trâmite processual – o que corresponde a algo vantajoso, em termos de tempo e custos –, é interessante para o sistema em estudo[107].

Tal fato relaciona-se intimamente à sistemática anteriormente abordada, dos institutos do *plea bargain* e *guilty plea*. O mencionado dispositivo constitucional, além de

---

[105] Neste sentido, NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*, 2ª ed., rev., atual. e ampl. com a obra "O valor da confissão como meio de prova no processo penal", São Paulo: RT, 2011, p.78.

[106] Em nota de rodapé, a autora observa que "*É grande o número de confissões nos processos nas Cortes americanas. Estatísticas do mês de julho de 1992, nos Tribunais de Washington DC, registraram que, no universo de 88 julgamentos realizados, em 66 deles os acusados confessaram (conforme SANTOS, Nildo Nery dos. Justiça Criminal. Um estudo comparativo. In: O Judiciário e a Constituição. Coord. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 303 – 306, esp. P. 303)"* (QUEIJO, Maria Elizabeth. op. cit., p. 181)

[107] ROVEGNO, André, op. cit., p. 423.

disciplinar a credibilidade dos meios de prova, está a indicar, uma vez mais, a disponibilidade de direitos que entre nós são tidos como indisponíveis: "em verdade, a confissão é quase um mecanismo de aceitação da acusação e da abreviação do processo"[108]. Verdadeira disponibilidade do direito em litígio (***in casu***, a liberdade) porque, em outras palavras, em confessando, o processo está simplificado, e o cuidado com a busca da verdade se dissipa.

Reporta MANUEL DA COSTA ANDRADE[109], por seu turno, que "o cumprimento do ritual dos *Miranda-warnings* parece deixar à polícia a mão livre para recorrer à fraude e ao engano como meio de obtenção de provas. Segundo o *Supreme Court*, a polícia pode, por exemplo, obter a confissão do arguido fazendo-o enganosamente acreditar que identificou as suas impressões digitais nos objetos do crime ou que a vítima sobreviveu à tentativa de homicídio e vai identificá-lo".

3.3 QUANTO ÀS PROVAS QUE DEPENDEM DA COOPERAÇÃO DO ACUSADO PARA SUA PRODUÇÃO

Como já assentado no tópico anterior, no direito norte-americano é conferido ao direito à não autoincriminação um caráter exclusivamente testemunhal, ou seja, referente à manifestação verbal do sujeito, seja judicial ou extrajudicial.

Com efeito, o texto constitucional estabelece que ninguém pode ser obrigado a "ser testemunha contra si mesmo", de modo que o acusado está sob proteção da Quinta Emenda apenas enquanto depõe, e tudo o que for estranho ao depoimento escapa à garantia.

O *privilege* não se aplica, assim, às provas materiais e físicas.

Tal direito não abrange, assim[110]:

- o fornecimento de sangue para um teste (*Schmerber v. California*, 1966);

- amostras caligráficas (*Gilbert v. California*, 1967);

- amostras fonéticas (*United States v. Wade*, 1967);

---

[108] Idem, ibidem.
[109] *Sobre as proibições da prova*... op. cit., p. 151.
[110] Cf. João Gualberto Garcez Ramos, *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006, p. 139

- o reconhecimento do acusado pela testemunha ou pela vítima (*United States v. Wade*, 1967);

- a tomada de estatura, peso, etc., do acusado (*United States v. Wade*, 1967);

- o fornecimento de impressões digitais (*United States v. Wade*, 1967);

- a obrigatoriedade de suspeito de ter causado acidente de automóvel ser obrigado a fornecer à autoridade policial seu nome e a mostrar-lhe seus documentos (*California v. Byers*, 1971).

Ainda, a gravação, por parte dos agentes policiais, de conversa com suspeito de dirigir embriagado, que foi advertido que a conversa seria gravada e que havia consentido com ela, a fim de se comprovar o estado de embriaguez, foi permitida em *Pennsylvania v. Muniz* (1990). Neste caso, a Suprema Corte decidiu que as respostas relativas ao nome, endereço, altura, peso, cor dos olhos, data de nascimento e idade, que foram respondidas de formas estapafúrdias, poderiam ser consideradas para fins de demonstrar o estado de embriaguez, embora não para fins de confissão do ato ilícito.

Negando-se a colaborar, nos casos em que o procedimento é necessário para o sucesso da medida, pode o agente ser punido por desacato ao tribunal (*contempt of court*).

Vale ressaltar que o desenvolvimento dos exames de DNA, cuja descoberta difundiu a ideia de que se tratava de uma "superprova", representou uma verdadeira revolução científica e jurídica, e disseminou-se amplamente em solo americano, sendo utilizado tanto pela acusação quanto pela defesa. A possibilidade de confrontar o código genético do material orgânico encontrado no local do crime com aquele de um ou mais indivíduos suspeitos foi considerada um avanço científico, a ponto de modificar radicalmente o desenvolvimento do processo[111].

Com o tempo, contudo, os resultados passaram a sofrer críticas quanto ao grau de probabilidade que poderiam oferecer, o que por sua vez tem gerado uma certa reserva dos tribunais – em especial norte-americanos – em admiti-los.

Relata GOMES FILHO[112] que, embora amparados por métodos estatísticos que permitiriam estabelecer elevadíssimos níveis de probabilidade (uma pessoa em milhão, por

[111] QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., pp. 247-248.
[112] MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio, op. cit., p.49-50.

exemplo), esses testes têm merecido críticas na comunidade científica, exatamente pelo receio de que certos modelos de DNA sejam mais ou menos frequentes em alguns grupos populacionais[113].

Assim, a prova de DNA somente será aceita com suporte na oitiva do perito, o qual terá de demonstrar: a aprovação do exame pela comunidade científica; a cientificidade e confiabilidade do método de investigação adotado no DNA; o correto emprego das técnicas de investigação conhecidas e a racional interpretação dos dados obtidos no caso examinado, em particular, naquele processo[114].

A possibilidade de utilização da saliva para exame do DNA, e principalmente o fato de que ela poderia ser colhida sem qualquer intervenção corporal (qualquer outro modo que não através da cavidade bucal) consiste num dos fatores que fazem do exame de DNA em saliva um dos mais vantajosos. Isto porque não há necessidade de se obter autorização judicial para coletar, por exemplo, o lixo, e prescinde da contribuição do acusado.

De fato, nos Estados Unidos tem sido utilizado para o exame de DNA material encontrado no lixo, como chicletes, pontas de cigarro, latas de cerveja e refrigerantes, que contêm resquícios de saliva que podem ser examinados, e importantes casos têm sido elucidados com base nos exames de DNA feitos por meio de saliva[115].

Em Oklahoma, no ano de 1982, deu-se um caso ilustrativo a partir do exame de DNA dos cabelos. Pelo exame microscópico de fios de cabelo encontrados no corpo da vítima (de estupro e homicídio), dois homens foram condenados, em 1988, um à pena de morte e outro à prisão perpétua. Em abril de 1999, os dois foram libertados porque o exame de DNA desses fios de cabelo comprovou que nenhum deles era autor dos crimes. O autor havia sido ouvido como testemunha do caso.

Em 1910, no caso *Holt v. U.S.*, em que o acusado foi compelido a desenhar uma blusa, decidiu a Suprema Corte que nem as cortes federais nem as estaduais estendiam a proteção do *privilege* com relação à identificação dactiloscópica, fotográfica ou indicação

---

[113] Sobre o tema, VAGNOLI, Elena Terrosi. L'identificazione genética (DNA profiling) nella recente giurisprudenza statunitense. *La Giustizia Penale*, p. 85-96, 1995.
[114] VAGNOLI, Elena Terrosi, op. cit., p. 89.
[115] Em fevereiro de 1999, a polícia de Nova York conduziu Ahron Kee para interrogatório, acusado de ter praticado roubo. O delegado ofereceu um café a Ahron e depois que ele deixou a delegacia, a xícara foi encaminhada para exame de saliva. O exame de DNA realizado permitiu identificá-lo como autor de três homicídios e do estupro de duas adolescentes. In: QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 250.

de medidas, fornecimento de dados para identificação por escrito ou verbalmente, ficar parado perante o Tribunal, assumir uma postura ou caminhar, ou ainda fazer determinado gesto, para fins de reconhecimento[116].

Em *Rochin v. California* (1952), Rochin, suspeito de vender drogas, havia engolido duas cápsulas na presença da polícia para ocultá-las. Foi conduzido coercitivamente ao hospital, tendo o médico provocado-lhe vômitos. As cápsulas foram expelidas, redundando na condenação de Rochin. No julgado, destacou-se que "palavras vêm da boca do acusado, cápsulas de seu estômago, sangue de suas veias, e é inadmissível que sejam extraídos sem seu consentimento"[117]. Decidiu a Suprema Corte que procedimentos para extrair provas do corpo do acusado, sem consentimento, violavam a Décima Quarta Emenda *(due process of law*). Consignou-se no julgado que o *privilege* não se aplica somente quanto alguém é compelido a testemunhar contra si mesmo, mas também quando alguém é forçado a produzir prova em seu desfavor.

Em *Irvine v. California* (1954), a Corte limitou *Rochin* às situações que envolvessem coerção, violência ou brutalidade contra a pessoa.

Em *Breithaup v. Abram*, a Suprema Corte aceitou como prova o sangue extraído de pessoa inconsciente, após acidente automobilístico. Considerou-se que a coleta foi efetuada por médico, que o exame de sangue é rotineiro e que havia interesse social na determinação da intoxicação.

Em *Schmerber v. California* (1966), mais um caso de extração de sangue para comprovar a embriaguez do motorista, por cinco votos a quatro, decidiu a Suprema Corte que o *privilege* restringia-se tão-só às provas testemunhais e de natureza comunicativa, ou seja, o privilégio somente protegia o acusado de ser compelido a testemunhar contra si próprio. Os votos vencidos destacavam que compelir alguém a fornecer sangue era o mesmo que compeli-lo a testemunhar contra si mesmo, mas a maioria decidiu que não havia violação à Quinta e Décima Quarta Emendas[118].

Em *U. S. v. Wade* (1967), a Corte decidiu, por cinco a quatro, que não violava o *privilege against self-incrimination* compelir o acusado a ficar em fila para ser identificado. Também em 1967, e também por cinco votos a quatro, em *Gilbert v.*

---

[116] ISRAEL, Jerold H. e LaFAVE, Wayne R. Criminal procedure... op. cit., p. 237.
[117] Cf. LOCKHART, William B. et al., *The American Constitution*, 8. Ed. St. Paul: West Publishing Co., 1996, p. 266-267 *apud* QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 302, nota de rodapé.
[118] ISRAEL, Jerold H. e LaFAVE, Wayne R. *Criminal procedure*... op. cit., p. 236.

California, firmou-se o entendimento de que não infringia o *privilege* o ato de compelir o suspeito ao fornecimento de material grafotécnico[119].

Em 1988, salientou a Corte que o *privilege* protege apenas contra a compulsão de expressar o conteúdo do pensamento (*contents of his mind*)[120].

As Cortes têm entendido ainda que o *privilege* não se aplica aos procedimentos de identificação, e que o suspeito ou acusado que se recusar a cooperar pratica crime de desobediência. Algumas Cortes admitem a execução coercitiva da coleta de sangue, e em *So.Dak v. Neville* (1983), a Suprema Corte considerou que a recusa a fornecer sangue poderia ser comentada no julgamento.

Há casos, ainda, em que se admite conduzir o acusado a apresentar a mesma aparência da época dos fatos para facilitar o reconhecimento e permitir a identificação. Quanto a essa interferência, contudo, deve haver justificativa[121].

No que concerne à prova documental, a Suprema Corte tem entendido que o *privilege against self-incrimination* pode ser reconhecido quando o acusado ou suspeito for intimado a apresentar documentos que possam incriminá-lo, havendo duas restrições: a primeira delas é que somente se o documento for pessoal é que caberá a invocação do *privilege*, não se reconhecendo o direito se o documento tiver sido produzido por corporações ou entidades coletivas[122]. A segunda restrição diz respeito à situação em que aquele intimado a entregar determinado documento ter sido quem o produziu por determinação de terceiro. Em tal caso, somente no tocante à autoincriminação, e não com relação à incriminação de outras pessoas, é que será possível invocar o *privilege*[123].

3.4 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

No direito norte-americano, o princípio da razoabilidade desenvolveu-se calcado na cláusula do *due process of law* prevista na Quinta e na Décima Quarta Emendas constitucionais, fruto da grande liberdade de criação do direito reconhecida aos juízes.

---

[119] Idem, ibidem, p. 237.
[120] Idem, ibidem, p. 236.
[121] Idem, ibidem, p. 239.
[122] Cf. *U.S. v. White* (1944) e *Bellis v. U.S.* (1974). *In:* ISRAEL, Jerold H. e LaFAVE, Wayne R., op. cit., p. 230.
[123] Cf. *Coucher v. U.S.* (1973) e *Fisher v. U.S.* (1976).

Implica, como observa LUÍS ROBERTO BARROSO[124], a verificação da "compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes essas condições poder-se-á admitir a limitação a algum direito individual". A razoabilidade, seria, assim, aferida em dois momentos distintos: dentro da lei, verificando-se a existência de relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins (razoabilidade interna) e no contexto da adequação dos meios e fins àquilo que é disposto na Constituição (razoabilidade externa).

Aponta o autor, com relação à aplicação do princípio, três fases da Suprema Corte norte-americana: a primeira, de ascensão e consolidação do princípio, que se deu no final do século XIX até a década de 30; a segunda de abandono do princípio no final da década de 30; e a terceira de ressurgimento na década de 50.

Nos dias de hoje, porém, registra-se um conservadorismo maior, de modo que o princípio da razoabilidade não vem sendo tão aplicado.

3.5 CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO AO *PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION*

Conforme sublinha GOMES FILHO[125], especialmente na área criminal, em que se cuida de restaurar a ordem violada pelo delito, seria inconcebível que o Estado, para impor a pena, se utilizasse de métodos que não levassem em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material, o que comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e, em consequência, a legitimação de todo o sistema punitivo.

É com esse sentido e finalidade que os diversos ordenamentos, em maior ou menor grau, preveem a exclusão de provas cuja prática possa representar um atentado à integridade física ou psíquica, à dignidade, à liberdade ou à privacidade das pessoas, à estabilidade das relações sociais, à segurança do próprio Estado, dentre outras; casos em que razões externas ao processo justificam o sacrifício do ideal de obtenção de uma verdade processual mais próxima à realidade dos fatos.

A maior parte das regras de exclusão foi desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana, no final do século XIX. A formação deste conjunto de regras de exclusão

[124] BARROSO, Luís Roberto, Interpretação e aplicação da Constituição, 3ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 211
[125] GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 99.

(*exclusionary rules*) inicia-se a partir do momento em que o júri deixa de decidir com base em conhecimentos próprios, para servir-se de provas, fornecidas principalmente por testemunhas; teriam as *exclusionary rules* justamente a finalidade de controlar a qualidade das provas apresentadas aos jurados, evitando que esses leigos pudessem ser induzidos a erros de apreciação[126].

Destacam-se, dentre tais regras, a *rule against hearsay*, cujo escopo é evitar que o júri tenha contato com um testemunho de "segunda mão", e a proibição de provas relacionadas aos antecedentes do acusado, que poderiam levar o júri a reconhecer sua culpabilidade em função de outros fatos e não aquele pelo qual estão sendo efetivamente julgado, entre outras. Ainda, segundo a *common law*, "the golden rule of admissibility is that all evidence which is relevant to the facts in issue is admissible and that which is irrelevant is inadmissible", ou seja, assume particular significado a determinação da relevância, que representa o requisito lógico para a apresentação da prova ao júri, buscando-se evitar que a multiplicação de questões possa desviar os jurados da questão principal a ser decidida[127].

Em 1914, no histórico caso *Weeks v. U.S.*, documentos comprometedores foram apreendidos na casa do réu; contudo, tal procedimento se deu sem expedição do mandado exigido para esse tipo de procedimento. Foi a partir deste momento que a Suprema Corte americana passou a sustentar que a prova obtida com desrespeito às garantias constitucionais é inservível, devendo ser ignorada. Até aquele momento, a lógica no tratamento de situações similares era no sentido de que o descumprimento da lei somente poderia implicar consequências jurídicas para o violador.

A justificativa adotada pela Suprema Corte residiu no fato de que a simples reparação do transgressor, civil, penal ou administrativamente, era mecanismo tímido, incapaz de controlar e inibir a prática de abusos por parte da polícia. Sustentou-se, em primeiro lugar, que na maioria dos casos os abusos são cometidos contra pessoas das classes menos favorecidas, menos aparelhadas para promover ações de ressarcimento; segundo, porque a repressão penal dependeria da iniciativa dos mesmos órgãos de persecução que haviam se beneficiado, dentro do processo, das provas obtidas ilicitamente e, em um sistema dominado pela oportunidade da ação penal, tal dificilmente se daria. Por fim, porque seria duvidosa a aptidão e disposição por parte dos próprios organismos

[126] Idem, ibidem., p. 38.
[127] Idem, loc. cit.

policiais no sentido de aplicar as penalidades disciplinares em seus membros, incentivando-os a somente agir dentro da lei. Entendeu-se, assim, que somente a exclusão das provas conseguidas ao arrepio da lei seria eficaz para impedir tais abusos[128].

Estabeleceu a Suprema Corte que o "princípio da exclusão" era aplicável aos processos federais, e que a prova obtida com violação à Quarta Emenda por policiais federais seria banida de um processo federal[129].

As Cortes Estaduais americanas resistiram à adoção do *exclusionary rule*, chegando ao ponto de, em 1949, trinta cortes estaduais o rejeitarem.

Outro caso paradigmático foi *Elkins v. U.S.* (1960). Até então, de acordo com o entendimento expedido em *Weeks v. U.S.*, ou seja, desde 1914, a estrutura federal do Estado baseava-se em uma dupla soberania: a federal e a dos Estados, de modo que os atos das autoridades federais que produzissem prova ilícita não poderiam macular o trabalho das autoridades estaduais, e vice-versa. Criou-se, então, o que se denominou "bandeja de prata": verificada a ilegalidade da prova produzida em uma esfera, ela poderia ser encaminhada a outra esfera, sendo assim entregue, como uma espécie de bandeja[130].

Referido entendimento só foi superado em 1960, no julgamento de *Elkins v. U.S.*, ocasião em que se asseverou que as Cortes não poderiam tornar-se cúmplices da desobediência intencional da Constituição, a qual elas tinham jurado preservar, e que o propósito do "princípio da exclusão" é dissuadir, intimidar, prevenir - compelir ao respeito pelas garantias constitucionais da única maneira efetivamente válida – pela remoção do incentivo ao seu desrespeito[131].

Em 1961, no caso *Mapp v. Ohio*, a Suprema Corte americana estendeu o principio da exclusão aos processos estaduais, afirmando que toda prova obtida por meio de buscas e apreensões (e prisões) com violação da Constituição é inadmissível em uma corte estadual[132].

Antes de *Mapp v. Ohio*, cinco fundamentos surgiram para a exclusão de provas ilícitas: 1) as implicações da Quinta Emenda; 2) a necessidade de impedir uma violação continuada à privacidade individual por meio da introdução da prova ilícita; 3) as

---

[128] SCAPARONE, Metello, "*Common law" e processo penale,* Milano, Giuffrè, 1974, p. 19-20.
[129] ISRAEL, Jerold H. e LaFAVE, Wayne, R., *Criminal procedures...* op. cit., p. 269
[130] ROVEGNO, André, op. cit., p. 426.
[131] FEITOZA, Denilson, op. cit., p. 608.
[132] ISRAEL, Jerold H. e LaFAVE, Wayne, R., *Criminal procedures...* op. cit., p. 271.

implicações naturais do direito de recurso; 4) o imperativo da integridade judicial; 5) a necessidade de dissuadir (prevenir) futuras violações[133].

Desde então, os três primeiros fundamentos foram completamente rejeitados pela Suprema Corte, o quarto passou a ter uma importância claramente secundária e o quinto emergiu como a razão crucial.

Muitas são as críticas destinadas à regra em questão, em solo estadunidense. De um lado, afirma-se que a regra faz com que o julgador tenha, muitas vezes, de "fechar os olhos" diante de verdade gritantes, que redundam na impunidade do criminoso. De outro lado, a regra teria desviado o foco do interesse inicial, transformando o procedimento criminal, de uma busca pela verdade e justiça, em uma busca por erros policiais, o que por seu turno tem implicações perturbadoras que refletem no comportamento dos criminosos perante a Polícia. Ainda, os policiais, diante de tantas regras, que demandam excessiva cautela, poderiam se tornar relutantes e indispostos a colaborar[134].

A Suprema Corte, contudo, abrandou os seus rigores, e foram instituídas limitações à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Uma das exceções à regra feral de exclusão é a denominada *good faith exception*, surgido da seguinte linha de raciocínio: o objetivo da *exclusionary rule* é prevenir, e não reparar, de modo que a exclusão da prova não deve ocorrer na hipótese de não servir como prevenção contra futuras violações de norma constitucional. Originou-se do caso *U.S. v. Leon* (1984), ocasião em que se afirmou que a prova produzida, com base em um mandado expedido fora das hipóteses legais, não deveria ser afastada do processo, vez que a regra da exclusão das provas ilícitas tinha por fim coibir abusos, e neste caso não ocorrera abuso, e sim equívoco do magistrado na expedição da ordem[135]. A confiança dos policiais na determinação judicial da existência dos "indícios necessários" foi "objetivamente razoável", considerando-se como tal o que um "razoavelmente bem treinado policial" teria sabido[136].

Numa segunda hipótese (caso *Illinois v. Krull*, 1987), entendeu-se que a exceção da boa-fé (*good faith exception*) ao "principio da exclusão" também deveria ser reconhecido quando um policial atuasse confiando de maneira objetivamente razoável na

---

[133] ISRAEL, Jerold H. e LaFAVE, Wayne, R., *Criminal procedures...* op. cit., p. 271.
[134] ROVEGNO, André, op. cit., pp.427-428.
[135] Idem, p. 430.
[136] FEITOZA, Denilson, op. cit., p. 609.

lei estadual autorizadora da busca em questão, tendo a lei estadual posteriormente sido considerada como violadora da norma constitucional (da Quarta Emenda).

3.5.1 FRUIT OF THE POISONOUS TREE DOCTRINE

Constatada a infringência a uma regra do ordenamento, deve ser excluída somente a prova assim conseguida, ou, por derivação, devem também ser afastadas eventuais outras provas cuja descoberta somente foi possível a partir daquela inicialmente viciada?

A teoria da prova ilícita por derivação, em inglês *fruit of poisonous tree doctrine*, foi primeiramente colocada à jurisprudência da Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *Silverthone Lumber Co. v. U.S.*, em 1920. Inicialmente formulada em relação à aplicação da Quarta Emenda, foi posteriormente estendida às demais, como às da Sexta e Quinta Emendas.

Todavia, a adoção desse critério não tem conduzido a uma proibição absoluta da utilização de elementos derivados da prova ilícita, sendo reconhecidas algumas exceções: assim, tratando-se de uma *independent source* (quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito) ou *inevitable discovery* (quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira), a prova pode vir a ser considerada, o mesmo ocorrendo quando for possível distinguir o meio de obtenção da prova secundária da ilegalidade inicial (*purged taint limitation* ou *attenuated connection*).

A teoria da fonte independente foi reconhecida pela Suprema Corte, no caso *Bynum v. U.S.* (1960). Na ocasião, o acusado havia sido preso ilegalmente, momento em que foram tiradas suas impressões digitais, que comprovavam seu relacionamento com um roubo. A prova, no entanto, foi excluída, porque derivada da prisão ilegal. Em um segundo julgamento, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do F.B.I., reconhecendo-se, assim, a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária. Baseia-se na ideia de que "uma prova oriunda diretamente de duas fontes, individualmente suficientes para que se chegasse a ela,

pode ser creditada a qualquer uma das duas fontes, de tal sorte que, se uma for ilícita, a prova, ainda assim, será válida, porque igualmente derivável de uma fonte legítima”[137].

Também em *Murray v. U.S* (1988), a Corte decidiu que os agentes policiais: a) inicialmente tinham ”causa provável” (indícios probatórios necessários) para obter um mandado de busca e apreensão por suspeita de contrabando; b) então, ilegalmente, adentraram a residência, sem mandado, ocasião em que verificaram que o contrabando efetivamente se dava ali; c) deixaram a casa e posteriormente obtiveram um mandado baseado unicamente nos indícios iniciais, naqueles verificados de forma legítima, ou seja, sem qualquer referência à informação obtida durante a entrada ilegal na residência; d) retornaram à casa com o mandado e apreenderam o contrabando na execução deste mandado, de forma a demonstrar que, de uma ou de outra maneira, chegariam ao mesmo resultado.

A doutrina da descoberta inevitável adveio de *Nix v. Williams* (1977). Na ocasião, no Estado do Iowa, cerca de duzentos voluntários realizavam a busca do corpo de uma vítima de homicídio, mediante um plano cuidadosamente desenvolvido, que certamente os levaria ao exato local em que o corpo estava; neste momento, mediante uma declaração obtida de forma ilegal, o suspeito informou o local onde o cadáver se encontrava. Entendeu a Suprema Corte, neste caso, que a *fruit of the poisonous tree doctrine* não poderia impedir a admissão da prova derivada de uma violação constitucional, se essa prova teria sido inevitavelmente descoberta através de atividades investigatórias lícitas, sem qualquer relação com a violação. Consignou, ainda, que a *inevitable discovery* não envolve elementos especulativos, mas concentra-se em fatos demonstrados, capazes de pronta verificação[138].

No caso *Wong Sun v. U.S.* (1963)[139], consignou-se a desnecessidade de exclusão da prova quando um ato posterior e voluntário do acusado supera o vício original na sua obtenção.

---

[137] ROVEGNO, André, op. cit., p. 431.

[138] Ressaltam ISRAEL, Jerold H. e LaFAVE, Wayne R. que as circunstâncias que justifiquem a aplicação da regra da *inevitable discovery* são improváveis de ocorrer, a não ser que, no momento da conduta policial ilícita, já exista uma investigação em andamento que eventualmente teria resultado na descoberta da prova através de procedimentos investigatórios rotineiros (op. cit., p. 299).

[139] Policiais da delegacia de entorpecentes entraram em um domicilio sem "causa provável" (indícios probatórios necessários para tal) e prenderam ilegalmente "A", o qual, quase imediatamente depois, acusou "B" de ter vendido a droga. Os policiais, em seguida, prenderam ilegalmente "B", o qual, por sua vez, implicou "C", que também foi preso ilegalmente. Vários dias mais tarde, depois de "C" sido libertado, "C" voluntariamente confessou os fatos aos policiais da delegacia de entorpecentes, durante seu interrogatório

Conforme observam ISRAEL E LAFAVE, o caso *Wong Sun v. U.S.* indica que uma nódoa de ilegalidade inicial pode ser expurgada por um ato independente interveniente, praticado pelo acusado ou por uma terceira parte, que interrompa o nexo causal entre a ilegalidade e a prova, de uma tal maneira que a prova não seja vista como tendo sido obtida pelo aproveitamento dessa ilegalidade. Todavia, determinar se existe tal "ato independente interveniente" tem-se mostrado problemático em muitas diferentes situações[140].

policial. A Suprema Corte excluiu a apreensão da droga encontrada com "B" e as declarações de "B", por terem sido fruto da entrada ilegal na sua casa e da sua prisão ilegal. Entretanto, rejeitou que a confissão de "C" fosse fruto da sua prisão ilegal, pois, embora "C" pudesse nunca ter confessado se ele jamais tivesse sido preso ilegalmente, sua ação voluntária de confessar, depois de ter sido solto e alertado de seus direitos, tinha tornado a conexão entre a prisão e a declaração tão atenuada que a "nódoa" da ilegalidade tinha se dissipado. *In:* FEITOZA, Denilson, op. cit., p. 613.

[140] ISRAEL, Jerold H. e LaFAVE, Wayne, R., *Criminal procedures...* op. cit., p. 301.

4. O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO EM FACE DA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

4.1 O PRINCÍPIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito a não produzir prova contra si mesmo insere-se dentre os direitos de primeira geração, isto é, entre os direitos da liberdade. O princípio da não autoincriminação integra, portanto, as liberdades negativas: por meio dele se assegura esfera de liberdade ao indivíduo, que não deve sofrer vulnerações por parte do Estado.

Não obstante, não se pode deixar de ressaltar a ótica do interesse público em sua tutela. Isto porque, inserido no direito à defesa e na cláusula do devido processo legal, repercute na própria legitimação do exercício da jurisdição.

No Brasil, o direito ao silêncio foi elevado à condição de garantia constitucional pelo art. 5º, LXIII, da Constituição de 1988, que dispõe que "*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado*". Nos diplomas internacionais que foram ratificados pelo Brasil, o princípio vem previsto no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos[141], e também no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[142].

Bem observa DENILSON FEITOZA[143] que, a rigor, o direito ao silêncio é um corolário do princípio da não autoincriminação. Mas, no Brasil, houve uma inversão, tendo em vista a previsão constitucional do direito ao silêncio. Desta forma, busca-se afirmar que o princípio da não autoincriminação tem natureza constitucional e se encontra implicitamente na previsão do direito ao silêncio.

Por essas e outras que parte da doutrina houve por bem entender que o princípio, tal qual logra ocorrer no direito norte-americano, limita-se ao direito ao silêncio (que, por sua vez, estaria consubstanciado na vedação de tortura ou de qualquer outro tipo de extração forçada do depoimento, e na presunção de inocência), e que as demais questões – determinadas modalidades de prova cuja realização implicará certa ingerência na

[141] Art. 8º, 2, *g*: "... não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado".
[142] Art. 14, 3, *g*: "... de não ser obrigado a testemunhar contra si ou confessar-se culpado".
[143] Op. cit., p. 136.

integridade corporal do acusado – relacionam-se à tutela da intimidade, privacidade e da integridade física ou psíquica, mas não se localiza no campo da aplicação do direito à não autoincriminação[144].

Posicionamo-nos, contudo, no sentido de que a garantia do *nemo tenetur se ipsum accusare* é maior, de modo que o acusado, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova[145].

4.2 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO APLICADO AO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO

Era o Código de Processo Penal de 1941 que, anteriormente à Constituição Federal de 1988, disciplinava inteiramente a disciplina do interrogatório do acusado. Foi com o advento desta que se reconheceu, no direito brasileiro, o direito ao silêncio.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXIII, estabelece que "o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

Não obstante previsto constitucionalmente, até a edição da Lei 10.792 de 1º de dezembro de 2003, tal direito possuía uma incoerência legal, visto que o artigo 186 do Código de Processo Penal assim dispunha: "Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que Ihe forem formuladas, *o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa"*.

Hoje, com a nova redação dada pela referida Lei, assim é o texto do aludido artigo:

> "Artigo 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.

---

[144] Neste sentido, ver PACELLI, Eugênio, *Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, pp. 172-174.

[145] Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães... op. cit., p. 75. A cooperação do acusado na produção de provas será objeto de estudo no próximo capítulo.

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

Não obstante, persiste um equívoco legal em virtude da existência do artigo 198 que, em sua parte final, dispõe que "O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz".

Não tendo sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, de forma expressa conferiu ao réu a possibilidade de manter-se calado, forçoso concluir que, uma vez que o acusado é advertido de que pode se calar, não pode o juiz levar tal silêncio em consideração, pois daí adviria a existência real de se prejudicar[146].

Nos diplomas internacionais que foram ratificados pelo Brasil, tem-se o artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que dispõe que "ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes". O artigo 14 do mesmo diploma estabelece que "toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente", bem como de se defender pessoalmente ou por intermédio de defensor, além de dispor que o acusado não é obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica)[147] prevê, no § 1º do artigo 5º, que "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral". Veda o emprego da tortura no §2º do mesmo artigo. Igualmente estabelece, em seu artigo 8º, que toda pessoa possui "o direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada". Há, ainda, no item 3 do mesmo artigo, que "a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza".

---

[146] No mesmo sentido, PELLEGRINI, SCARANCE FERNANDES e MAGALHÃES GOMES FILHO: "*pela mesma razão, nenhuma eficácia pode ser atribuída ao artigo 198 do CPP, não alterado pela Lei 10.792/03*" (As nulidades... Op. cit., p. 77); QUEIJO, Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, cit., p. 109, assevera que foi revogada a segunda parte do artigo que alude à possibilidade de o silêncio vir a constituir elemento para o convencimento do julgador, porquanto "*se o silêncio é direito do acusado, não poderá extrair-se dele qualquer consequência que lhe seja prejudicial, sob pena de esvaziar-se por completo o direito*". No mesmo sentido: AZEVEDO, David Teixeira de (*O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, cit, p. 292); NUCCI, Guilherme de Souza (*O valor da confissão como meio de prova*, p. 168); BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy (*Elementos de direito processual – tomo I*, p. 240).

[147] Através do Decreto 678/1992, art. 8º, número 2, alínea "g", tais normas foram incorporadas ao direito brasileiro.

Constata-se, desta forma, que emergem dos diplomas mencionados três regras básicas aplicáveis ao interrogatório: o direito de se autodefender; a regra de que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo e a vedação à tortura e a outros meios tendentes a compelir o acusado a confessar[148].

No sistema original do CPP, o interrogatório era previsto como o primeiro ato de instrução. Com o advento da Lei 11.719/09, o interrogatório passou a ser realizado após a inquirição das testemunhas (art. 400), como já se previa na Lei 9.099/95 dos Juizados Especiais Criminais (art. 81), o que melhor atende ao pleno exercício do direito de defesa, porquanto se permite ao acusado conhecer primeiramente a prova contra si produzida para, depois, se assim o desejar, apresentar a sua versão a respeito dos fatos a ele imputados.

O direito de audiência, uma das manifestações do direito à autodefesa, consubstancia-se no interrogatório, ou seja, consiste no direito que possui o acusado de, pessoalmente, apresentar ao juiz da causa a sua defesa.

Assinala SCARANCE FERNANDES que o direito à autodefesa, embora não possa ser desprezado pelo juiz, é renunciável, não podendo o acusado ser obrigado a comparecer para o interrogatório ou para a realização de atos processuais[149].

De se mencionar, ainda, as alterações trazidas pela Lei 10.792/03, ao atribuir nova redação aos art. 188 e 474, § 1º, do CPP, ampliando a atuação das partes do processo, nos moldes da prática vigente no sistema anglo-americano, à medida em que faculta às partes a possibilidade de colaborar com o direcionamento da ação do juiz no interrogatório[150].

4.2.1 NATUREZA JURÍDICA E VALOR PROBATÓRIO DO INTERROGATÓRIO

[148] QUEIJO, M. Elizabeth, op. cit., p. 111.
[149] *Processo Penal constitucional*, op. cit., p. 263.
[150] Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Meio de prova[151], meio de defesa[152], meio de prova e de defesa[153], primordialmente meio de defesa e eventualmente *fonte* de prova[154] ou fundamentalmente um meio de defesa e, em segundo plano, um meio de prova[155]?

GUILHERME DE SOUZA NUCCI defende ser o interrogatório "*meio de defesa, em primeiro plano, e, secundariamente, meio de prova; sempre meio, nunca fonte*"[156]. Isto porque o juiz fará várias perguntas ao réu que se disponha a falar, dentre as quais: se a acusação é verdadeira; onde estava ao tempo da infração; se conhece as provas contra ele apuradas; se conhece a vítima e as testemunhas; se conhece o instrumento com que foi praticada a infração; se, não sendo verdadeira a imputação, conhece a razão pela qual está sendo acusado; todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração, além de dados sobre sua vida pregressa (artigo 187, § 2º, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 10.792/03).

Assevera NUCCI[157] que as respostas que o réu resolver dar – abrindo mão do seu direito ao silêncio – poderão ser usadas para formar o convencimento do juiz, na busca da verdade real, a favor ou contra a defesa. Naturalmente, por tal sentido, é um meio de produzir prova.

---

[151] ARANHA, Adalberto José Queiroz Teles de Camargo. Da prova no processo penal, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994; BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito processual penal brasileiro*. São Paulo: sugestões literárias, 1971, v.2, p. 746.

[152] Manzini, Istituzioni di Diritto Processuale Penale, p. 158; Tourinho Filho, Processo Penal, v.3, p.240; Galdino Siqueira, Curso de Processo Criminal, p. 332; Jorge Alberto Romeiro, Elementos de Direito Penal e Processo Penal, p. 75; Angélica Maria Mello de Almeida, O interrogatório do acusado como ampla defesa, FADUSP, 1991.

[153] Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, v. 2, p. 321; Hélio Tornaghi, *Curso de Processo Penal*, v. 1, p.359; Campos Barros, *O interrogatório do acusado e o princípio da verdade real*, p. 322; Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 136; Mirabete, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 297; AZEVEDO, David Teixeira de. Atualidades no direito e processo penal, São Paulo: Método, 2001, P. 82.

[154] Neste sentido, GRINOVER, Ada P., SCARANCE, Antonio F., GOMES FILHO, Antonio M.: "Consubstanciando-se a autodefesa, enquanto direito de audiência, no interrogatório, é evidente a configuração que o próprio interrogatório deve receber, transformando-se de meio de prova (como o considerava o Código de Processo Penal de 1941, antes da Lei 10.792/03) em meio de defesa: meio de contestação da acusação e instrumento para o acusado expor sua própria versão. É certo que, por intermédio do interrogatório – *rectius*, das declarações espontâneas do acusado submetido a interrogatório -, o juiz pode tomar conhecimento de notícias e elementos úteis para a descoberta da verdade. Mas não é para esta finalidade que o interrogatório está preordenado. Pode constituir fonte de prova, mas não meio de prova: não está ordenado *ad veritatem quaerendam*" (*As nulidades no processo penal*, op. cit., p.75).

[155] Souza Nucci, *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 163; Hernando Londoño Jiménez, *Derecho Procesal Penal*, p. 170-187; Ottorino Vanninni, *Manuale di Dirittto Processuale Penale Italiano*, p. 179.

[156] NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p.165.

[157] Op. cit., p. 164.

Pondera MARIA ELIZABETH QUEIJO[158] ser o interrogatório o instrumento pelo qual o acusado pode expor a sua versão dos fatos, constituindo, portanto, meio de defesa, e eventualmente, fonte de prova[159]. Disso decorre que o réu deve estar ciente de seus direitos e que inexiste dever de fornecer elementos de prova em seu prejuízo. A única consequência admissível do silêncio, sob essa perspectiva, é a não-apresentação da versão dos fatos pelo acusado, deixando ele de aproveitar a oportunidade para apresentar, desde logo, elementos em favor de sua defesa. Se opta por responder, adota uma postura mais atuante na autodefesa. O que não se permite é que o juiz exerça constrangimento sobre a liberdade moral e a autodeterminação do interrogando.

Isso não implica, contudo, que há confissão ficta, conforme outrora se inferia diante de seu silêncio, tampouco em interpretar o silêncio como indício de culpabilidade.

Por fim, observa oportunamente a autora que a natureza jurídica do interrogatório, em determinado ordenamento jurídico, não está vinculada apenas à sua inserção como meio de prova – ou não – na legislação, mas acima de tudo ao tratamento que é dispensado ao acusado quanto ao princípio *nemo tenetur se detegere*[160].

Gustavo BADARÓ[161], por sua vez, defende que o interrogatório deve ser visto como ato de defesa e não como um meio de prova, tal qual previsto no CPP. Se o acusado pode se calar, não respondendo a nenhuma pergunta, o interrogatório não pode ser visto como um meio de prova, posto que não se destina a fornecer elementos de convicção para o juiz. Eventualmente, ao exercer a sua autodefesa, o acusado poderá fornecer algum elemento de convicção que possa ser considerado pelo juiz na formação de seu convencimento, não sendo este, porém o objetivo do interrogatório. Observa, então, o autor, que a nova redação do artigo 188 do CPP, permitindo que as partes formulem pergunta ao acusado, dá ao interrogatório o objetivo secundário de ser um meio de exploração contraditório dos fatos, com vistas a sua reconstrução história, mas mesmo em relação a tais perguntas o acusado tem o direito de permanecer calado, o que mantém o

---

[158] O direito de não produzir... op. cit., p. 86.
[159] Não se descartando possa o juiz averiguar a verdade dos fatos por meio do interrogatório do acusado, no qual podem até mesmo ser revelados elementos prejudiciais à sua defesa. Idem, ibidem, p. 87.
[160] Idem, ibidem, pp. 87-88.
[161] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual*... Op. cit., p. 233.

interrogatório como ato voltado, primordialmente, para a autodefesa do acusado[162].

Pertinentemente, conclui BADARÓ:

> "*de qualquer forma, o interrogatório seria um meio de prova insólito, pois somente valeria contra o acusado. Nenhum juiz absolveria o acusado, pois este negou a autoria dos fatos em seu interrogatório, servindo tal como 'meio de prova' de que o acusado não cometeu o crime. Já no caso de confissão, o acusado seria condenado, posto que reconheceu ser o autor do delito. Ao mais, em tal caso, o 'meio de prova' seria a própria confissão, e não o interrogatório em si*".

Como já visto anteriormente, reside aí a crucial diferença em relação ao direito norte-americano, em que o acusado não está obrigado a testemunhar em processo movido contra ele, e é claramente advertido de tal fato desde o momento de sua prisão. Não obstante, caso entenda conveniente se manifestar, optando por ser ouvido em juízo, o fará na condição de testemunha, submetendo-se às regras que regem o depoimento das testemunhas, aí incluído o dever de dizer a verdade, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho.

Vigora, assim, uma situação notadamente peculiar no direito brasileiro, não se podendo discordar da afirmação de DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO[163], no sentido de que, em verdade, cria-se "perversa situação: se o réu se defende no interrogatório, negando a imputação ou procurando eximir-se de culpa, outra coisa não estará fazendo senão exercitar o direito natural e instintivo de defesa, sendo, por isso, de valor relativo as suas palavras, já que se lhe permite a mentira; se se incrimina ou silencia, como não exercitou um tal direito instintivo e natural, a presunção e mesmo a certeza é de que a imputação é verdadeira" [164].

E é nesse contexto que, conforme assevera Maria Elizabeth QUEIJO[165], nos ordenamentos em que o interrogatório é meio de prova, reconhece-se o valor probatório

---

[162] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual*... Op. cit., p. 233.
[163] AZEVEDO, David Teixeira de. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, vol. 682, São Paulo, RT, ago.1992, pp. 285-295
[164] Igualmente pontua Maria Elizabeth Queijo: "*Na doutrina estrangeira, destaca Mariuccia Giacca que a contribuição oral do acusado na reconstrução dos fatos ocorridos é fundamental, mas sua qualidade de acusado gera dúvidas acerca da veracidade daquilo que afirma. Também Sabatini já apontava a escassa eficácia probatória do interrogatório, sobretudo nos sistemas que não admitem o juramento do acusado*", op. cit.
[165] Op. cit., p. 89.

das declarações prestadas pelo acusado. Por seu turno, quando se considera o interrogatório meio de defesa, o valor que lhe é atribuído é escasso.

4.2.2 O INTERROGATÓRIO E A CONFISSÃO

Importa não confundir a natureza jurídica da confissão com a natureza jurídica do interrogatório. Este não pressupõe a confissão, consistindo em meio de defesa e fonte de prova. Excepcionalmente, durante o interrogatório, poderá ocorrer a confissão, que é meio de prova[166].

Consiste a confissão em um instrumento para fixação dos fatos em juízo, e fornece, diretamente, elementos para o convencimento do julgador.

Assevera GUILHERME DE SOUZA NUCCI[167] a impossibilidade de se extrair presunção de veracidade caso haja admissão de culpa, e por dois motivos substanciais: i) pela impossibilidade de se garantir uma confissão autêntica, longe do contraditório, e ciente da brutalidade e da parcialidade que envolve, lamentavelmente, a atividade policial atualmente; ii) mesmo que raras ou extraordinárias as hipóteses de confissão falsa, uma sociedade democrática, lastreada em um sistema judiciário justo, não pode se conformar com erros de julgamento ocorridos por conta da aceitação de confissões não verdadeiras.

Deverá, portanto, a admissão de culpa por parte do acusado, ser valorada no conjunto probatório, tanto quanto outros meios de prova.

"A partir dessa ocorrência a atenção do juiz deve se voltar não apenas a eventuais outros aspectos da causa (p.ex., existência de coautores ou outros crimes), mas também à verificação de aspectos relacionados com o próprio ato de confissão e seu conteúdo. Deverá certificar-se da veracidade dos fatos narrados, de sua espontaneidade e, por fim, da certeza de que o ato foi precedido da devida orientação técnica de defensor. Somente após a constatação desses aspectos poderá o juiz ter a confissão como válida e

---

[166] Em sentido diverso, BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy: "Embora seja tradicionalmente catalogada entre os meios de prova e assim seja considerada, de forma quase unânime, pela doutrina, tal não nos parece. A confissão é o resultado de uma declaração de vontade que deve ser formalizada, podendo ser realizada dentro ou fora do processo. Assim, a confissão extrajudicial deverá ser consubstanciada em algum documento, e será este documento o meio de prova produzido no processo e não a própria confissão. Já a confissão judicial ocorre em sede de interrogatório, não_sendo, portanto, um meio de prova, mas o resultado eventual do interrogatório. Neste caso, o meio de prova, para aqueles que assim o consideram, será o próprio interrogatório." (*Elementos de direito*... op. cit., p. 199).

[167] *Provas no processo penal*, op. cit., pp. 105-106.

eficaz renúncia do imputado à presunção de inocência como "norma de juízo", especificamente em seu momento de *in dubio pro reo*"[168].

Outrossim, justamente porque contrariam os mais elementares postulados do processo penal no Estado democrático de Direito, não se compatibilizam com a ordem constitucional vigente aqueles métodos e técnicas de interrogatório que tenham por escopo, ainda que indiretamente, obter a confissão.

Instituído como *direito*, impõe ao Estado o *dever* de respeitar a opção pelo exercício do silêncio, o que impedirá a adoção de quaisquer ações tendentes à extração forçada – extorsão – da confissão[169]. Assim, perguntas sugestivas, tendenciosas, obscuras; emprego de promessas, persuasões ou ameaças, inclusive as referentes à incidência de benefícios, cuja aplicação no caso concreto é incerta; emprego de meios enganosos, de tortura, de métodos químicos (p. ex. soro da verdade) e psíquicos (p. ex. detector de mentiras) e quaisquer intervenções que possam afetar a capacidade de autodeterminação da pessoa, expressão de sua personalidade e dignidade devem ser absolutamente banidas.

Conforme assevera MAGALHÃES, "a repulsa a tais métodos (...) não representa apenas uma forma de tutela da liberdade de expressão, da dignidade ou da integridade física e moral do indivíduo, mas igualmente assegura a correção do acertamento dos fatos, na medida em que evita distorções da realidade, comuns e esperadas em situações do gênero: a verdade obtida nem sempre será a do interrogado, mas sim a desejada pelo inquiridor"[170].

4.2.3 O DIREITO AO SILÊNCIO

O direito ao silêncio apresenta-se como uma das decorrências do princípio da não autoincriminação, de modo que é impróprio considerá-lo como sinônimo do *nemo tenetur se detegere*. Tal equiparação corresponde a uma concepção bastante restritiva desse princípio. É, em verdade, a sua manifestação mais difundida, e ganha relevo no momento do interrogatório.

---

[168] MORAES, Mauricio Zanoide de. *A presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 523.
[169] PACELLI, Eugênio, op. cit., p. 171.
[170] *O direito à prova...* op. cit., p. 114.

Encontra fundamento na cláusula de que "*ninguém será obrigado a testemunhar contra si próprio em um processo criminal*", cuja origem remonta à Inglaterra do final do século XVI, em protesto contra os métodos inquisitoriais dos tribunais eclesiásticos.

Segundo Antonio SCARANCE FERNANDES, ADA PELLEGRINI GRINOVER e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, "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"[171].

O direito ao silêncio tem igual importância tanto na fase extrajudicial como na judicial. Seu primeiro exercício pode ocorrer na fase investigativa, ocasião em que o suspeito não está obrigado a dar qualquer declaração à autoridade policial. Posteriormente, no curso da ação penal ajuizada, poderá o acusado, novamente, por ocasião do interrogatório, fazer uso de seu direito de permanecer silente.

Explica MARIA ELIZABETH QUEIJO que o direito ao silêncio somente teve lugar no modelo acusatório. No modelo inquisitório, o acusado era compelido a confessar e, por isso mesmo, não havia lugar para o direito ao silêncio. Além disso, o acusado era considerado objeto da prova, de modo que era permitida a utilização de quaisquer métodos, até mesmo a tortura, para a revelação de uma verdade preconcebida, que deveria, forçosamente, ser confirmada por ele no interrogatório. A possibilidade de constituir advogado para o desenvolvimento da defesa técnica foi decisiva para que o direito ao silêncio fosse reconhecido e viável. Enquanto não era consentido ao acusado constituir advogado, o silêncio no interrogatório era uma postura praticamente suicida, eis que, se ele não falasse em sua defesa, ninguém poderia fazê-lo.

Observa Maurício ZANÓIDE de Moraes que, em decorrência da reforma legal no capítulo do interrogatório, evidenciou-se, agora em nível infraconstitucional, a inconstitucionalidade em se utilizar o silêncio do imputado como "prova de sua culpa":

> "Tal posição, cada vez mais minoritária, fere não apenas o direito constitucional à autodefesa, mas, também, viola a presunção de inocência, uma vez que considera uma omissão (um não agir) do imputado – inclusive

[171] Op. cit., p. 75.

> permitida constitucionalmente – em seu desfavor, como se ela "certificasse" uma "culpa" que ele possui e não quer negar" [172].

Se algo é permitido, nas palavras de SOUZA NUCCI, não pode acarretar, quando colocado em prática, qualquer tipo de sanção, ainda que camuflada. Caso o juiz levasse em consideração o silêncio do réu para deduzir que ele é culpado, então, na verdade, não teria o acusado o direito de permanecer calado[173].

Não menos sensata é a afirmação de ADA PELLEGRINI GRINOVER[174]:

> "A autoridade judiciária (...) deve respeitar sua liberdade (do réu), no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se. (...) O retorno ao silêncio, em todo o seu vigor, sem atribuir-lhe nenhuma consequência desfavorável, é uma exigência não só de justiça, mas sobretudo de liberdade. O único prejuízo que do silêncio pode advir é o de não utilizar a faculdade de autodefesa[175] que se lhe abre através do interrogatório"

---

[172]In: *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*... op. cit., p. 525.

[173] In: *Provas no processo penal*... op. cit., pp. 77-78. E continua seu raciocínio: "Portanto, se é permitido estacionar em determinado local, por exemplo, não pode essa conduta ser, ao mesmo tempo, sancionada. É como se houvesse a seguinte observação: "É permitido estacionar neste local, mas, se o fizer, poderá o fiscal levar tal fato em conta para multá-lo".

[174] In: *Interrogatório do réu e Direito ao silêncio*. Ciência Penal, Ano III, nº 1, 1976, p. 21. No mesmo sentido, NUCCI, Guilherme de Souza: "sempre sustentamos que a necessidade de permanecer calado, muitas vezes, é uma consequência natural para pessoas frágeis, emocionalmente perturbadas ou que não possuem a devida assistência judiciária", In: Código de processo penal, p. 413; também AZEVEDO, David Teixeira de: "À defesa pode interessar o silêncio, pois muitas vezes o indiciado ou o réu, além de não ter ciência exata dos fatos por que perquirido, está sob domínio de emoção aguda que lhe prejudica a inteligência e memória, ou se sente inseguro pela ausência de defensor de sua inteira confiança. Ou, ainda, o indiciado ou o réu, em crimes infamantes, ou em delitos que lhe repercutiram profundamente na esfera espiritual, pode preferir não revivescer o acontecimento constrangedor, de triste memória, ou humilhante e vergonhoso, episódio às vezes único e negro da vida. Suficiente pensar no homicídio culposo de pai, mãe, irmão, esposa, em que significaria grande perda e depressão emocional o relembrar e ser inquirido da própria negligência. Pode o réu não desejar revelar o envolvimento de terceiras pessoas para protegê-las, dadas suas relações de proximidade, ou com temor de represálias. Ao exercício do contraditório efetivo, real, não é suficiente a ciência formal da acusação, mas a perfeita compenetração do réu dos termos e da extensão e consequências da incriminação" (Op. cit., pp. 144-145).

[175] Reporta David Teixeira de Azevedo um caso de sua banca apto a demonstrar que, ao contrário, o silêncio pode constituir, inclusive, o pleno exercício do direito de defesa. "O acusado, portador de habilitação para automóvel, pilotando sua motocicleta em 1986, desequilibrou-se sozinho e caiu, ferindo-se a si só, na via pública. Resultou do fato um processo contravencional pela falta de habilitação para dirigir motocicleta. Dias depois do acidente o acusado submeteu-se, com sucesso, a exame de habilitação para conduzir motocicletas. Aguardou-se a expedição pelo DETRAN da habilitação específica. Meses após o acidente foi juntada sua carteira de habilitação aos autos do inquérito policial, tanto para motocicletas quanto para automóveis, consignando a carteira, pois é assim que o DETRAN a emite, a data apenas da primeira habilitação que foi para automóvel, em 17.8.84. Como no interrogatório fosse fatalmente interrogado sobre quando obteve regularmente sua habilitação para condução de motocicletas, estrategicamente orientou-se o silêncio. Foi absolvido pela atipicidade dos fatos, já que possuía habilitação adequada. O silêncio, como forma positiva de defesa, visou a evitar confissão de falta de habilitação à época dos fatos para conduzir motocicleta, ou suscitar a indagação da efetiva data da 2.ª habilitação". In: *Atualidades no Direito*..., op. cit., p. 143, nota de rodapé.

O direito ao silêncio, conforme observa EUGÊNIO PACELLI, sob o ponto de vista processual, estrutura-se sobre o estado de inocência, e consiste em uma garantia que remete unicamente à acusação o ônus do convencimento judicial acerca da existência do fato imputado, da autoria e das respectivas consequências jurídico-penais:

> "O direito ao silêncio configura-se como uma exigência lógica do princípio da inocência e tem por consequência a atribuição de todos os ônus probatórios para a acusação. E, mais que isso, implica dizer que a certeza judiciária não poderá fundamentar-se exclusivamente na atuação do acusado, ou na sua maior ou menor capacidade de responder às formulações que lhe são feitas por ocasião do interrogatório. O que não quer dizer que seu depoimento, uma vez livremente prestado, não possa ser desconsiderado como prova eficaz diante de eventual inconsistência lógica ou argumentativa"[176].

Daí decorre que, uma vez estabelecido o direito ao silêncio, a conclusão inevitável é que a certeza judicial não pode mais ser construída sobre a omissão ou inatividade do acusado na defesa de seus interesses. O silêncio passa a ser uma alternativa ou uma estratégia de defesa, sendo vedado ao juiz a sua valoração.

Em suma, embora o direito ao silêncio seja formulado, constitucionalmente, sem qualquer condição ou exceção, de modo a restar defeso a sua limitação, de qualquer maneira, pelo legislador, a realidade não parece ser a mesma.

Neste contexto, insta mencionar que o ordenamento pátrio vem, aos poucos, adaptando-se ao conceito, revogadas as disposições em contrário presentes no CPP[177], tal

---

[176] PACELLI, Eugênio, op. cit., p. 170.

[177] Não se pode perder de vista que o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689) data de 1941, e embora variadas as tentativas de revogação, com a consequente implementação de um novo Código, nenhuma das propostas de alteração global da legislação processual penal vingou. Assim, as alterações verificadas no Código são fruto de reformas pontuais, realizadas pelo Legislativo com a orientação e colaboração de juristas. Conforme anotou MORAES, Maurício Zanoide de: "muito mais do que afirmar que não há presunção de inocência no Código de Processo Penal, elaborado em 1940 e ainda hoje vigente, o que deve ter em mente, devido àquela clara e direta influência positivista italiana, é que o atual código rejeita em sua estrutura toda a dimensão juspolítica da presunção de inocência. Está forjado estruturalmente com base na concepção de que o que há é uma "presunção de culpa" e sempre um "inimigo" a ser seguido e punido.
Se, no atual instante processual penal brasileiro, pode parecer excessiva a afirmação de que nosso atual código não foi estruturado segundo os padrões ideológicos da presunção de inocência, isso se deve aos influxos que a Constituição tem projetado desde sua edição, não porque estivéssemos sendo atécnicos com a estrutura normativa do código. Não se podem esquecer dois pontos: primeiro, o código, embora ainda vigente, foi elaborado em 1940, com entrada em vigor em 1941, logo, com todos os influxos políticos e ideológicos já ressaltados; segundo, a presunção de inocência somente ingressou no sistema jurídico

qual a já mencionada alteração no art. 186, embora persista a parte final do artigo 198, que menciona poder o silêncio do réu "constituir elemento para a formação do convencimento do juiz", artigo ao qual, como igualmente já se consignou, não pode ser atribuída nenhuma eficácia.

Ainda, embora o direito ao silêncio assuma, sob o prisma constitucional, "dimensão de verdadeiro direito, cujo exercício há de ser assegurado de maneira plena, sem poder vir acompanhado de pressões, diretas ou indiretas, destinadas a induzir o acusado a prestar depoimento"[178], não se trata de matéria consensual[179] e comumente são proferidas sentenças e acórdãos que levam em conta o fato de o réu não ter se manifestado[180].

Com efeito, diante de uma rotina policial voltada à obtenção de confissões a todo custo, em relação à qual os tribunais não tiveram ainda oportunidade de contrapor, com firmeza, a força do preceito constitucional, sua aplicação prática parece longe da realidade.

A exigência de que o preso seja informado de seus direitos é bastante recente em nosso ordenamento – foi introduzida através da Constituição Federal de 1988 –, o que explica, embora não justifique, a valorização incipiente da garantia em nosso

---

brasileiro a partir de 1988, com a edição da atual Constituição" (In: *Presunção de inocência*... op. cit., p. 159).

[178] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades*... op. cit, p. 76.

[179] Sob a ótica de que a norma que trata do direito ao silêncio é uma norma constitucional de eficácia contida, podendo o juiz interpretar o uso de tal direito pelo acusado livremente, COUCEIRO, João Cláudio: "Isso não significa permitir uma condenação fundada exclusivamente no silêncio do acusado, mas sim permitir que seja o mesmo confrontado com as demais provas produzidas, para se fundamentar uma conclusão. Outro entendimento, negando ao juiz a possibilidade de apreciar livremente a prova, ultrapassaria a mera proibição de valoração de provas, representando verdadeira intromissão do Poder Legislativo na atividade do Poder Judiciário (ofendendo, por tal razão, o princípio da separação de poderes) – seria como permitir que uma lei determinasse que, nos casos em que a vítima não reconhecesse o acusado como autor do crime, este devesse necessariamente ser absolvido. Afinal, não há um direito a não se interpretar o silêncio do acusado contra o mesmo, mas sim apenas um direito a não ser compelido a prestar declarações" *(A garantia constitucional do direito ao silêncio*, São Paulo, RT, 2004, pp. 178/180). Contrário ao direito ao silêncio, GORPHE, François, lembrando que a legislação francesa admite tal direito, adverte não se poder chegar ao extremo do previsto no direito americano, em que, além do direito do réu de permanecer calado, não pode o juiz extrair qualquer conclusão desse silêncio. Argumenta que tal disposição fere o princípio da livre convicção e induz o magistrado a ter interesse na obtenção da confissão (*L'appréciation Des Preuves Em Justice*, p. 215-216).

[180] De se mencionar, de outro lado, o que se consignou no referido acórdão do TJ/SP: "Não raro, aliás, o escrivão de polícia ou a própria autoridade policial sugere ou induz o investigado a responder apenas em juízo, isto pela lei do menor esforço ou porque outras autuações em flagrante o aguardam" (TJSP, Ap. 286.117-3, 7ª C. de Férias de Janeiro de 2000, 12.01.2000, V.U.).

sistema[181]. Ressalte-se que a Constituição Federal de 1967 nada dizia a respeito, e a própria alteração do art. 186 do CPP só se deu no ano de 2003.

Aqui merece destaque o tratamento da matéria no sistema processual penal estadunidense, cujo respeito ao direito de não se autoincriminar no tocante às manifestações de natureza comunicativa é, ao menos em tese, exemplar, principalmente em caso de confissão.

No Brasil, é amplamente disseminado o entendimento – inclusive transformado em dispositivo legal, pela Lei 11.690/08[182] – de que as provas colhidas no inquérito não são suficientes para a condenação, mas podem ser encaradas como provas úteis, desde que em consonância com as demais, e desta forma auxiliar na formação do convencimento. Isto invariavelmente implica na possibilidade de a confissão extrajudicial vir a reforçar a convicção do magistrado.

Conforme sublinha MARIA ELIZABETH QUEIJO[183], não obstante a difusão do direito ao silêncio, com maior ou menor extensão nas diversas legislações, registra-se uma forte tendência à associação do referido direito à culpabilidade do acusado, que vem de longa data, mas que persiste no dia-a-dia dos Tribunais, nos julgados de primeiro grau e nos escritos doutrinários.

Aliás, não raro dá-se, entre nós, justamente a sequência inversa do procedimento pautado em conformidade com o devido processo legal: indivíduos são surpreendidos por policiais em locais públicos, na posse de objetos de procedência duvidosa e, após questionados insistentemente e submetidos a verdadeiros interrogatórios informais na via pública, acabam levados, pelas circunstâncias desfavoráveis, a indicar o local de onde subtraíram.

Importante frisar, assim, a necessidade de se assegurar o adequado tratamento ao direito ao silencio, como efetiva garantia constitucional que é, devendo ser reconhecido desde o momento da persecução penal, advertindo-se o suspeito no momento da prisão e anteriormente a todos os interrogatórios realizados, salientando-se que tal direito só restará plenamente assentado mediante a criação de mecanismos que assegurem

---

[181] ROVEGNO, André, op. cit., p. 422.
[182] Cf. art. 155, do CPP: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.
[183] Op. cit., p. 191.

a sua efetividade, não bastando que o ordenamento jurídico venha a tutelá-lo. Nos dizeres de MARCOS ZILLI, "o reconhecimento formal, e formalizado, de direitos e garantias não mais supre as expectativas de obtenção de uma sociedade igualitária. Cabe ao Estado, na verdade, persegui-los e concretizá-los, postura que o afasta daquela posição meramente declarativa"[184].

Neste ponto, meritória a redação do § 5º do art. 185, acrescentada pela Lei n.º 11.900/09, que dispõe que "em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso". Não se trata de mera possibilidade, mas de exigência. Caso não possua defensor, deverá ser nomeado defensor dativo pelo juiz, antes da audiência de interrogatório.

Reveste-se de suma relevância, assim, a formulação da advertência ao acusado quanto ao direito e quanto às consequências de seu exercício, alertando-se o suspeito ou indiciado de que, ao fazer uso do direito ao silêncio, nenhuma consequência prejudicial daí advirá. Tornar o acusado ciente da extensão e decorrências do seu direito é um modo de resguardar a liberdade de autodeterminação do acusado no interrogatório, pois ficará livre para decidir se reponde ou não às perguntas formuladas[185].

Nessa esteira, THEODOMIRO DIAS NETO bem salienta que a advertência expressa "o intuito do legislador em evitar uma autoincriminação involuntária em virtude do desconhecimento da lei"[186].

Para contornar a questão das declarações informais tomadas pelos órgãos policiais, haja vista a dificuldade, por parte do acusado, de comprovar que houve violação ao princípio, um modo de assegurar o respeito ao *nemo tenetur se detegere* seria a exigência de demonstração, pela autoridade policial, de que foi o acusado cientificado de

---

[184] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória...* op. cit., p. 271.

[185] QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 206. E prossegue a autora: "a rigor, para que a liberdade de autodeterminação do acusado, no interrogatório, seja plenamente assegurada, além da advertência quanto ao silêncio, deverá ele ser certificado da acusação que lhe é feita e das provas que existem em seu desfavor. A legislação brasileira prevê a necessidade de cientificar o réu quanto aos termos da acusação, mas nada dispões acerca da ciência das provas que existem contra o acusado". (nota de rodapé nº 362).

[186] DIAS NETO, Theodomiro. *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 19, jul. – set. 1997, pp. 190.

seus direitos, ou seja, a polícia é que estaria incumbida de demonstrar que cumpriu os requisitos[187].

De suma importância, assim, assegurar o verdadeiro alcance da garantia, instruindo-se o acusado de que o exercício do direito ao silêncio não lhe acarretará nenhuma consequência prejudicial, a ausência de qualquer manifestação verbal não comporta valoração e consiste em uma simples falta de resposta, podendo inclusive constituir estratégia da defesa.

Caso o acusado, não advertido de seu direito ao silêncio, venha a confessar, deve-se considerar referida prova como ilícita, não devendo a consequência da violação ao princípio da não autoincriminação ser tratada apenas no âmbito das nulidades, mas sob o prisma da inadmissibilidade da prova[188], pois se trata de violação de direito fundamental.

Não se olvide, por fim, o magistério de ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO: "De qualquer modo — e isso é o que interessa ao presente estudo — o direito à não autoincriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional"[189].

4.2.4 SOBRE A POSSIBILIDADE DE ADVIREM CONSEQUÊNCIAS DAS DECLARAÇÕES DO ACUSADO NO INTERROGATÓRIO NO PLANO DO DIREITO SUBSTANCIAL

Relevante tratar, neste capítulo, da delimitação do direito ao silêncio no que se refere ao interrogatório que, de acordo com o artigo 187, é constituído de duas partes: "*sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos*".

---

[187] Neste sentido, QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 401: "especialmente, em se tratando de interrogatório realizado pelos órgãos policiais, para garantir efetivamente a observância do *nemo tenetur se detegere*, como condição de validade da confissão obtida, acertado o posicionamento sustentado por CARRIO, de que caberia à autoridade interrogante demonstrar essa observância, comprovando que eventual confissão do acusado foi prestada como expressão de sua liberdade de autodeterminação, depois de estar ciente de seus direitos diante do *nemo tenetur se detegere*. (...) Além disso, seria de suma importância para assegurar a observância dos direitos do acusado, desde a fase do inquérito, a obrigatoriedade da presença de advogado no interrogatório".

[188] Merece destaque a decisão do STF, no HC 80.949-RJ, que, por sua Primeira Turma, considerou inadmissível como prova incriminadora a gravação de "conversa informal" do indiciado com policiais, sublinhando que a falta de advertência sobre o direito ao silêncio faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.01.2001).

[189] *Sobre o direito à prova*... op. cit., p. 114.

A jurisprudência do STJ, de modo tranquilo, tem reafirmado a atipicidade da conduta do acusado que, em interrogatório policial, atribui-se falsa identidade, por tratar-se de desdobramento necessário do direito ao silêncio[190].

Não obstante, há entendimentos em sentido contrário, tais quais o de Maria Thereza ROCHA DE ASSIS MOURA e Maurício ZANOIDE DE MORAES[191], que defendem que:

> "o direito ao silêncio não pode ser invocado pelo interrogado como motivo para deixar de responder às perguntas referentes à sua qualificação (art. 188 do CPP), ou, ainda, para mentir sobre elas, por três motivos: primeiro, porque tais respostas não trazem em si qualquer atividade defensiva; segundo, porque a exata qualificação do interrogado evita confusões acerca de sua identidade; e, terceiro, porque a mentira que se permite é aquela de que se vale o interrogado para defender-se quanto aos fatos que lhe são imputados".

No mesmo sentido, o entendimento de MARTA SAAD, que observa que uma conduta considerada típica pelo ordenamento jurídico não pode ser licitamente admitida[192], bem como SCARANCE FERNANDES, GRINOVER e MAGALHÃES GOMES FILHO, para quem "as perguntas sobre a qualificação do acusado não estão acobertadas pelo direito ao silêncio, porquanto em sua resposta não se caracteriza qualquer atividade defensiva"[193].

---

[190] A propósito, confiram-se: HC 101391/MS, Rel. Min. Jane Silva, j. 04/11/2008; HC 88998/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18/12/2007; HC 64188/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 06/02/2007; HC 46747/MS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 17/11/2005; REsp 689022/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/03/2005. De se notar, contudo, que tal entendimento tem sido aplicado somente aos crimes de falsa identidade, em que o indivíduo identifica-se como outra pessoa perante a autoridade policial para ocultar sua condição de condenado ou foragido, não se confundindo com o uso de documento falso (art. 304 do CP). Isto porque, no crime de falsa identidade (art. 307 do CP), não há apresentação de qualquer documento, mas tão-só a alegação falsa quanto à identidade: "A utilização de documento falso para ocultar a condição de foragido do agente não descaracteriza o delito de uso de documento falso." Neste sentido, confira-se HC 206.437/SP (STJ, 6ª Turma, Rel. Min.Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 20.09.2011).

[191] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, e MORAES, Maurício Zanóide de. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 138 - 139.

[192] "É que o artigo 68 do Decreto-lei nº 3688/41 – Lei das Contravenções Penais – entende típica a conduta do indivíduo de 'recusar à autoridade, quando por esta justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência', sob pena de multa. Além do artigo 307 do Código Penal, que prevê como ilícita a conduta de 'atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem', impondo pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave" (Saad, Marta. Direito ao silêncio na prisão em flagrante. In: *Processo Penal e Democracia:* estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 429)

[193] *As nulidades no processo penal*. Op. cit., p. 76. Ainda, Souza Nucci: "Tal direito não se aplica no tocante à qualificação, pois esta é obtida para garantir a segurança processual e do próprio sistema judiciário, evitando-se que um inocente seja levado ao cárcere em lugar do verdadeiro culpado. Não fornecer a

LUIZ FLÁVIO GOMES[194] observa que o cerne do direito de não autoincriminação reside, fundamentalmente, numa inatividade: o réu tem direito de não falar; se falar, direito de não falar a verdade, direito de não confessar, de não apresentar prova contra ele, de não participar ativamente da produção de uma prova incriminatória, entre outros. Daí decorre que o réu, quando ultrapassa esse campo da inatividade para ingressar numa atividade perturbadora da produção da prova, como é o caso, por exemplo, da inovação do local dos fatos (remoção de sangue do local, mudança do local do veículo), já não mais se encontra amparado pelo princípio da não autoincriminação (podendo até ser responsabilizado criminalmente, pelo delito de fraude processual, por exemplo). A única manifestação ativa do direito de não autoincriminação consiste no direito de declarar o inverídico. Nesse caso, o limite está na afetação de direitos de terceiros. O réu pode declarar o inverídico, mas não pode prejudicar terceiros

Assevera BADARÓ inexistir um *direito de mentir* para o acusado, mas sim uma irrelevância jurídica na mentira do interrogando, posto que de tal ato não lhe poderão advir consequências negativas[195].

Não nos parece, contudo, que o direito a um não fazer, permita o direito a um fazer, ou seja, que o direito "ao silêncio" corresponda ao direito de o indiciado ou réu falar o que quer que seja, ainda que para tanto pratique, por exemplo, uma denunciação caluniosa. Entendemos que, em hipóteses como estas, o indiciado ou réu deve ser penalmente responsabilizado[196].

---

qualificação ou ministrá-la falsamente não é direito do réu, nem faz parte, de modo algum, do direito à ampla defesa" (*O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 169).

[194] GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em http://www.lfg.com.br. Acessado em: 26 janeiro de 2010.

[195] Na ótica deste autor, ainda, não deve o acusado responder por crime algum se o fizer para se defender; somente responderia se se autoincriminasse falsamente: "O direito ao silêncio do acusado inclui o direito de apresentar versão para encobrir fatos sobre os quais deseja se calar. Se o acusado atribui a outrem a autoria do crime que lhe é imputado, sabendo ser este inocente, não cometerá o crime de denunciação caluniosa, se o fizer para se defender. Porém, se o acusado mentir, para confessar um crime que não cometeu, poderá responder pelo delito de autoacusação falsa (CP, art. 342)" (*Elementos de Direito*... op. cit.,p.233).

[196] Neste sentido, confira-se o seguinte julgado do TJSP: "Não obstante respeitável entendimento que reconhece como atípica a conduta, haja vista sua natureza de autodefesa, garantida constitucionalmente dentre os meios e recursos inerentes à ampla defesa (art. 5°, LV, da CF), ou mesmo como mero direito ao silêncio (inciso LXIII), o direito de mentir sobre os fatos não se confunde com o dever de prestar declarações fidedignas sobre sua própria identidade. Esse pretenso direito de falsear, que expressaria o exercício da autodefesa, deve ser relativizado, pois uma coisa é calar ou mentir sobre os fatos imputados, outra é faltar com a verdade sobre sua identidade, prejudicando, inclusive, o terceiro de quem emprestou furtivamente o nome, a fim de tirar proveito espúrio, prejudicando o regular andamento da persecução penal. Ressalte-se que, ***in casu***, como bem salientou o MM. Juiz sentenciante, o auto de prisão em flagrante, o boletim de ocorrência e a denúncia (aditamento a fls. 239) foram elaborados em nome da pessoa errada, o que fez com

4.2.5 SOBRE O DEVER DE COMPARECIMENTO

Persiste, contudo, uma aparente contradição entre a proteção constitucional do direito ao silêncio e a obrigatoriedade do interrogatório.

Sobre o tema, analisa SOUZA NUCCI que:

> "na realidade, para o legislador brasileiro, houve "adesão conceitual" no sentido de que o interrogatório é meio de prova, bastando checar as perguntas que deve o juiz dirigir ao réu. E assim deve ser, na medida em que nosso sistema é híbrido e não adota todas as características do sistema acusatório (*privilege against self-incrimination*). Deveria até adotar. Mas, nesse caso, o interrogatório não poderia, jamais, ser ato obrigatório e sim mera faculdade do réu".

Prosseguindo o raciocínio, aduz que, enquanto for necessário colocar o acusado diante do juiz para ler a ele o conteúdo da denúncia, praticamente "exigindo" que se manifeste a respeito, nem mesmo o direito ao silêncio estará inteiramente garantido, pois serão poucos os réus que terão firmeza e coragem suficientes para ficarem calados diante dos julgadores – muitos ainda despreparados a assumir uma postura constitucional de ente imparcial da lide penal, respeitadores do direito ao silêncio[197].

Pontuam ADA PELLEGRINI, MAGALHÃES GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES que "o interrogatório, sendo ato fundamental – mesmo que não imprescindível – deve sempre ser realizado quando o acusado estiver presente, a fim de que ele, no exercício de sua defesa pessoal, possa apresentar diretamente a sua versão a respeito do fato, influindo sobre o convencimento do juiz"[198].

Para BADARÓ[199], "o interrogatório é ato obrigatório. Não é necessário que qualquer das partes requeira o interrogatório do acusado, sendo a sua realização um dever

---

que a própria ação penal inicialmente tivesse em seu polo passivo nome e qualificação equivocados, prejudicando sobremaneira a administração da Justiça". (Apelação Criminal nº 9000001-68.2010.8.26.0198, 16ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Otávio de Almeida Toledo, j. 25.09.2012, V. U.).

[197] Op. cit., p. 164. Reforça a ideia de que o réu "deve" ser interrogado com base na leitura dos artigos 185 e 196 , do CPP. E pondera: "existisse, no Brasil, efetivamente o sistema acusatório e o acusado que preferisse falar estaria sob compromisso e seria inquirido diretamente pelas partes, o que é bem diferente. Seu depoimento seria um testemunho, nesse caso, e não um meio de defesa, mas de prova. Entre nós, a única cautela que o juiz deve realmente ter é proporcionar ao réu assistência jurídica *antes* do interrogatório, para que ele possa saber se fala ou não, bem como para que tenha acesso real à ampla defesa. Nesse sentido o Comunicado da Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo n. 263/83." (nota de rodapé, p. 165).

[198] As nulidades... op. cit., p. 80.

[199] *Direito Processual*... op. cit., p. 235.

do juiz. Embora seja um ato obrigatório, o acusado pode se valer do direito constitucional de permanecer calado (CR, art. 5º, inciso LXIII)"[200].

Observa SCARANCE FERNANDES, por seu turno, que, por se tratar de ato de defesa renunciável, não está o acusado obrigado a comparecer ao interrogatório e, se o fizer ou for requisitado, em virtude do direito ao silêncio, não está obrigado a responder às perguntas feitas pela autoridade policial no inquérito e pelo juiz no processo.

Em decorrência dessa natureza renunciável do direito ao interrogatório e do direito ao silêncio, não pode o indiciado ou acusado ser conduzido à presença da autoridade policial ou do juiz para a realização desse ato[201]. Todavia, como há dispositivo no Código de Processo Penal que prevê a condução coercitiva (artigo 260), sustenta-se que o juiz pode conduzi-lo para o interrogatório quando julgar necessária a sua presença; se for conduzido e não quiser falar, pode utilizar-se de seu direito ao silêncio. Não deixa de considerar "*estranha, todavia, a condução obrigatória ao interrogatório apenas para o acusado afirmar, perante o juiz, seu direito ao silêncio*"[202].

Havemos de concordar com referida assertiva e nos filiar à posição de que, *de lege ferenda*, para melhor tutelar esse direito, mais adequada seria a adoção do interrogatório facultativo[203].

4.3 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO APLICADO ÀS PROVAS QUE

[200] Com efeito, a não realização do interrogatório causa nulidade do processo; nulidade insanável no caso de réu presente (artigo 564, III, "e", do CPP), que pode ser reconhecida a qualquer tempo, por violar a garantia constitucional da ampla defesa (art. 5º. Inciso LV), uma vez que haverá ausência de exercício da autodefesa do acusado. Confira-se: "A não realização do interrogatório do acusado, quando ele estava à disposição da Justiça, acarreta a nulidade do procedimento, na forma do art. 564, III, e, do CPP. Trata-se de desobediência ao princípio constitucional da ampla defesa, uma vez que aquele ato se constitui na primeira defesa feita pelo réu no processo" (Apel. Criminal 70004926812, RT 812/666). Sustentam Ada Pellegrini, Magalhães Gomes Filho e Scarance Fernandes, ainda, que, "caso o réu revel, após a condenação, venha a ser preso, deve ser ouvido antes do julgamento da apelação já interposta. (...) Por fim, se o réu solto, revel, na apelação que interpôs, manifestar expresso interesse em ser ouvido, deve ser o julgamento convertido em diligência a fim de que se proceda ao interrogatório"

[201] SCARANCE FERNANDES, Antonio, *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2010, p. 264.

[202] Idem, ibidem, p. 264.

[203] Cf. QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 220: "Assim, caberia à defesa requerer a realização do interrogatório e, em requerendo, à evidência, o acusado não exerceria o direito ao silêncio, ao menos com relação à totalidade das indagações. Pretendendo silenciar totalmente, não seria requerido o interrogatório, deixando de expor o acusado a eventual influência sobre o convencimento do julgador." Ainda, no sentido de que o interrogatório deveria se desdobrar em dois atos distintos: a identificação e o interrogatório sobre o mérito, sendo que "na fase inquisitorial, cabível seria a condução coercitiva para a identificação, mas o acusado somente seria interrogado sobre o fato se assim desejasse e desde que presente o defensor", cf. p. 239.

DEPENDEM DA COOPERAÇÃO DO ACUSADO PARA SUA PRODUÇÃO

Com efeito, no processo penal brasileiro não há regras específicas que estabeleçam, de forma expressa, o dever de colaboração do acusado.

Conquanto a incidência do *nemo tenetur se detegere* no interrogatório esteja praticamente sedimentada, o mesmo não se pode dizer no tocante às provas que dependem da colaboração do acusado em sua produção.

E é justamente nesta matéria que se manifesta, mais intensamente, a tensão existente entre o interesse público na persecução penal e o interesse do indivíduo, no que diz respeito à observância das garantias fundamentais.

Com efeito, se o interesse público na persecução penal prevalece, de todas as formas, em dado ordenamento (via de regra é a fórmula adotada nos Estados autoritários), estabelece-se um direito à prova ilimitado por parte do Estado: não há vedações de meios probatórios, não há regras de admissibilidade e de exclusão de provas, tampouco restrições à valoração destas, tudo se justificando em prol da busca da verdade, perseguida a qualquer preço.

Em havendo, no outro extremo, prevalência absoluta do interesse individual, não se admitindo nenhuma limitação aos direitos fundamentais, dentre os quais o princípio da não autoincriminação, a persecução penal estaria fadada ao fracasso.

Vive-se uma época em que imperam (ou, ao menos, verifica-se uma forte tendência neste sentido) os discursos de relativização das garantias, aumento do poder estatal e supercriminalização, associados à adoção de medidas extraordinárias, voltadas para uma suposta necessidade de resposta a fenômenos emergenciais.

A persistir a orientação que se tem observado nos ordenamentos, mormente em função do aumento progressivo de uma criminalidade organizada e violenta, pode-se afirmar que os sistemas garantistas, nos quais prevalece o respeito aos direitos fundamentais do acusado, com restrições excepcionais, serão cada vez mais raros[204].

De se mencionar, contudo, que a contraposição que se costuma identificar, no processo penal, entre o interesse público e o interesse individual é apenas aparente,

[204] QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 243.

porquanto existe igual interesse público na construção de um processo penal ético, que se desenvolva dentro das formas da lei, de tal forma que ninguém seja acusado ou condenado injustamente.[205] Fundamental, assim, buscar uma solução que harmonize com ambos os interesses, que, na realidade, são públicos[206].

A colaboração do acusado pode ser requisitada tanto em provas que impliquem intervenção corporal (que por sua vez se dividem em provas invasivas[207] e não invasivas[208]), quanto nas que não impliquem (v. g. reconhecimento, acareação, reconstituição do fato, exame grafotécnico, etilômetro, exame clínico de embriaguez e prova documental).

No que diz respeito à produção das provas que impliquem intervenção corporal, estão envolvidos também outros direitos fundamentais, quais sejam o direito à intimidade, à dignidade humana e à intangibilidade corporal.

Dentre as provas que, ainda que não acarretem intervenção corporal no acusado para sua produção, dependem da cooperação deste, apenas o reconhecimento não pressupões uma ação por parte do acusado (a cooperação manifesta-se no comparecimento para o ato, caso esteja solto, e na realização propriamente dita, do reconhecimento). As demais implicam um *facere*[209].

No direito brasileiro, coube à esfera processual civil o primeiro questionamento acerca da sujeição obrigatória do réu às provas determinadas pelo juízo, especialmente aquelas que importam em intervenções corporais. O artigo 339 do Código de Processo Civil, por seu turno, que dispõe que "ninguém se exime do dever de colaboração com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade", tem sido interpretado em consonância com o dever de veracidade, no sentido de que o dever de colaboração corresponderia à postura de não fazer alegações falsas ou agir de má-fé no processo.

---

[205] DIAS NETO, Theodomiro, op. cit., p. 183.
[206] QUEIJO, op. cit., p. 243.
[207] Dentre as quais pode-se citar exames de sangue, exame ginecológico e identificação dentária, endoscopia e exame do reto, exames de esperma e de urina, busca pessoal ou revista (que não se confunde com a inspeção corporal, eis que não se objetiva o exame do corpo, e sim localizar neste algo que se esteja ocultando, mas que nem por isso deixa de figurar no rol das provas que implicam em intervenção corporal), entre outras perícias.
[208] Podem ser citados os exames de DNA realizados a partir de fio de cabelo e pelos, radiografia, exames de matérias fecais, identificação datiloscópica, dos pés, unhas, palmas.
[209] QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 255.

No que diz respeito ao exame de DNA, em investigações de paternidade, o julgado do STF no HC nº 71373-4, de novembro de 1994, fixou o entendimento da matéria. Por maioria de votos, decidiu-se que a condução do réu para submeter-se a exame de DNA viola as garantias constitucionais de preservação da dignidade humana, da intimidade e da intangibilidade do corpo humano. Asseverou-se que a solução se encontrava na regra do ônus da prova, de modo que a recusa do réu em se sujeitar ao exame poderia ser interpretada em seu prejuízo, devendo ser analisada sob o cotejo de outras provas. Caso amparado pelo conjunto probatório, gera presunção de paternidade, não se podendo, contudo, extrair tal presunção em situações nas quais não reste suficientemente demonstrado o relacionamento entre o réu e a mão do investigante.

No processo penal, por sua vez, inexistem normas específicas que estabeleçam de forma expressa o dever de colaboração do acusado. E o entendimento prevalente nos tribunais brasileiros é de afastar esse dever, nos casos em que se exigir do acusado, para a produção da prova, uma colaboração ativa, predominando ainda o entendimento de que a recusa do réu em submeter-se às provas não configura crime de desobediência e dela não se pode extrair presunção de culpabilidade.

É o que se pode conferir da leitura dos seguintes julgados:

> “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 autoincriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal. (...) Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal” (HC 96.219, rel. Min. Celso de Mello)

> "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);

> "O artigo 174, IV, do CPP (quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado) não obriga o indiciado a fornecer prova para caracterizar sua própria culpa, mas apenas determina a intimação deste para, querendo, fornecê-la" (HC 77.135-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 08.09.1998, *Informativo STF*, n. 122, p. 1)

Na doutrina, igualmente se registra o entendimento de que o acusado não tem o dever de fornecer elementos de prova contra si mesmo, em razão da incidência do princípio da não autoincriminação, tampouco se admitindo medidas coercitivas contra o acusado a fim de compeli-lo a cooperar na produção das provas.

Neste sentido, ANTONIO MAGALHÃS GOMES FILHO[210]:

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

E também o entendimento de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES E ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO:

> "A tutela constitucional da intimidade, da honra e da imagem parece justificar, mais do que nunca, a recusa do suspeito ou acusado em submeter-se a exames de partes íntimas, bem como a provas degradantes, como o 'bafômetro', até porque ninguém pode ser obrigado afazer prova contra si mesmo"[211]

LUIZ FLÁVIO GOMES afirma que essa interpretação restritiva do direito de não autoincriminação, tal qual se dá no direito norte-americano, seria, no nosso sistema, inconstitucional e inconvencional, porque do direito ao silêncio, do direito de não declarar contra si mesmo e do direito de não confessar, fazem parte, implícita e naturalmente, todas

[210] *O direito à prova...* op. cit., p. 119.
[211] *As nulidades...* op. cit., p. 159.

as demais dimensões da não autoincriminação, que tem seu núcleo essencial fundado em uma inatividade (ou em uma atividade não prejudicial a terceiros)[212].

De outro lado, e reforçando a controvérsia do tema, PACELLI, como outrora mencionado[213], salientando a ideia de que a maioria dos imbróglios que envolvem determinados meios de prova decorre da "*absoluta incompreensão quanto ao significado e quanto à extensão e eficácia do direito a permanecer calado*[214]", afirma não parecerem justificadas as objeções sistematicamente feitas à exigência de fornecimento de padrões gráficos, conforme art. 174, CPP; à submissão ao teste do bafômetro, conforme art. 277 da Lei nº 9.503/97; a submissão ao reconhecimento pessoal (art. 226 do CPP) e da coleta de impressões digitais e de fotografia, nos termos do arts. 4º e 5º da Lei 12.037/09[215].

4.3.1 A LEI SECA

Pode-se afirmar que a questão tomou proporções maiores, inclusive com destaque na mídia e em outros meios de comunicação, por meio da denominada Lei Seca – muito criticada por trazer em seu tipo a quantificação específica de 0,6 grama de álcool por litro de sangue para a configuração do delito de embriaguez ao volante – e a disseminação do direito de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Juízes e tribunais passaram a reconhecer o alcance dessa garantia fundamental, e criou-se, de fato, situação esdrúxula, pois condutores de veículos automotores visivelmente embriagados, se não submetidos a exame de sangue ou bafômetro (únicos meios de atestar a quantidade específica exigida pelo ***caput*** do artigo), não poderiam ser punidos.

Daí resultou a quase que inviabilidade da incriminação pelo delito em tela, para não mencionar o apelo midiático no sentido de que as "brechas" na lei conduziam à impunidade.

Inúmeras vozes, insistentes, imperiosas, clamaram por mudanças

---

[212] GOMES, Luiz Flávio, *Princípio da não auto-incriminação...* op. cit. Acesso em 08.12.2012.
[213] Nota de rodapé nº 143.
[214] E prossegue: "Não há direito subjetivo algum a não fazer prova contra si. Há direito, sim, em não ser coercitivamente compelido a produzir determinadas provas, em razão do risco de violência e de danos aí implícitos. Mas, e pelo contrário, haverá dever de submissão a algumas intervenções legalmente previstas, quando delas não se puder deduzir qualquer risco à pessoa. Dever esse cujo descumprimento haverá de gerar os encargos previstos em lei, mas não a certeza judicial para a condenação (pela recusa).", op. cit., p. 184.
[215] Idem, ibidem, p. 183.

legislativas.

Com efeito, parte do clamor foi ouvido, e resultou na alteração do Código de Trânsito brasileiro (Lei 9.503/97), por meio da Lei 12.760/12. Sancionada no final do ano de 2012, a norma teve por escopo corrigir o equívoco da lei anterior, e passou a permitir a comprovação da embriaguez por qualquer meio de prova admitido em direito, tais como testes científicos, exame clínico, perícia, vídeos, prova testemunhal.

Entendemos que a mudança foi oportuna, haja vista tornar possível a sujeição à lei daqueles que estiverem claramente sob influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência, dando ao crime em apreço o mesmo tratamento observado, em matéria de prova, para os crimes em geral, possibilitando, ainda, ao condutor do veículo, a possibilidade de contraprova, seja por meio de exame de sangue ou do "bafômetro".

4.3.2 DAS CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O TRATAMENTO DO TEMA NOS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

De se notar, assim – e calcadas principalmente sob o argumento do tratamento do tema nos ordenamentos estrangeiros, eis que, a exemplo do direito norte-americano, a maioria deles não reconhece a incidência do *nemo tenetur se detegere* nas provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção – não serem raras as manifestações no sentido de que o direito ao silêncio, previsto no art. 5º, inc. LXIII, da CF, não pode se transformar em um direito genérico de não produzir prova contra si mesmo, especialmente quando o caso envolver a necessidade de provas científicas, tais quais a colheita de sangue ou de material genético.

MARIA ELIZABETH QUEIJO, ao analisar o envolvimento de outros direitos fundamentais no que dizem respeito às provas que dependem da colaboração do acusado para sua produção, e traçando um paralelo com ordenamentos alienígenas, conclui que: a) embora se reconheça a dignidade como valor fundamental, e que o acusado não pode ser submetido a provas que violem sua dignidade, observa-se que grande parte das provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção não é atentatória à dignidade humana, mesmo em se tratando de provas nas quais há intervenção corporal, e somente

casos excepcionais são inseridos nessa esfera[216]; b) o direito à intimidade também é atingido, mas a tendência dos ordenamentos tem sido considerar como violadoras da intimidade somente aquelas provas que comportam intervenções corporais invasivas, e observa-se que referido direito não é absoluto, existindo situações em que o interesse do indivíduo é superado pelo interesse público[217]; c) que os direitos à integridade física e moral, bem como o direto à liberdade, são igualmente atingidos pelas provas que dependem da colaboração do acusado, mas tem-se considerado que as diversas provas que implicam na cooperação do acusado não vulneram a integridade física, e que a compressão à liberdade é mínima nas mencionadas provas, ficando restrita ao momento de sua execução[218], e, por fim, d) que, via de regra, uma limitação inserida nos ordenamentos, para a produção das referidas provas, é o perigo para a saúde do acusado[219].

Relata a autora que a tendência predominante, inclusive no direito nacional – embora aqui não se admita a execução coercitiva para as provas que dependam da intervenção corporal no acusado –, é a de somente considerar violadora do *nemo tenetur se detegere* as provas que impliquem uma postura ativa do acusado, de modo que as provas que impliquem intervenção corporal no acusado, nas quais se exige que este apenas "tolere" a sua realização, permanecendo passivo, não violam o princípio[220]. Este, inclusive, parece ser o substrato teórico que dá embasamento a ordenamentos que admitem a execução coercitiva de coletas, como a de sangue, mas não a de provas, como a reconstituição do fato. É o que ocorre nos ordenamentos espanhol, alemão, argentino e português, defendendo-se tal posicionamento também no direito italiano[221].

4.3.3 DO CRITÉRIO PASSIVIDADE V. ATIVIDADE

Em interessante artigo sobre a classificação passividade-atividade, GABRIELA CÓRDOBA[222] discorre sobre os problemas da teoria e a desmistifica sob variados aspectos.

---

[216] Op. cit., p. 307.
[217] Idem, pp. 308-310
[218] Idem, pp. 310-311
[219] Idem, p. 311.
[220] QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 312.
[221] Idem, ibidem, p. 315.
[222] CÓRDOBA, Gabriela E., Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de pasividad? In: *Estudios sobre Justicia Penal – homenaje al professor Julio B. J. Maier*, 1ª ed., Buenos Aires: Del Puerto, 2005, pp. 279-301.

Como ponto de partida, assevera que nem sempre é possível diferenciar claramente colaboração ativa de colaboração passiva sob o ponto de vista fenotípico, e que sempre será necessária alguma participação por parte do acusado, em forma de atividade, por menor que seja.

Menciona como primeiro impasse a questão das "ações preparatórias e de acompanhamento". No caso do reconhecimento, por exemplo, as dificuldades se apresentam não somente quando o imputado resiste corporalmente, por completo, a submeter-se a sua realização, mas também quando se submete a ela, em princípio, mas durante a sua execução adota condutas tais como deixar-se cair ao solo ou fazer caretas e gestos para evitar ou dificultar o reconhecimento, ou com o fim de invalidar a medida; e, de outro lado, nos casos em que se exija que o acusado adote determinada postura (como colocar-se de perfil ou simular que está apontando uma arma). Menciona, também, v.g., que uma extração de sangue importa que o acusado arregace as mangas e posicione o seu braço de modo a possibilitar que o médico realize a extração[223].

Para tentar se livrar destas primeiras dificuldades, grande parte da doutrina (que defende a teoria) sustenta que o suspeito ou acusado está *obrigado* a realizar os preparativos, os quais são evidentes e indispensáveis para poder levar a cabo a medida ordenada, ainda quando importem em atividade de sua parte.

Conclui, então, a autora, que o principal inconveniente que aqui se aponta é que esta concessão que os defensores da distinção entre "colaboração ativa inadmissível e tolerância passiva obrigatória", se veem obrigados a fazer, excluindo do âmbito de proteção do *nemo tenetur* as medidas preparatórias e de acompanhamento, implica justamente em desmentir seu próprio ponto de partida, e desde já delata os principais problemas com que se depara esta teoria[224].

Prossegue em seu artigo aduzindo que, muitas vezes, tenta-se manter, de modo forçado, a distinção passividade-atividade, ao se tentar classificar alguns dos deveres que recaem sobre o imputado sob um ou outro conceito, mas a verdade é que tais condutas podem ser vistas como ação ou omissão, segundo a interpretação que lhes é dada[225].

---

[223] CÓRDOBA, Gabriela E., op. cit, p. 283.
[224] Idem, ibidem, p. 285.
[225]Idem, loc. cit.. Acrescenta a autora: "Como sostiene Neumann, es que muchos de los comportamentos pueden ser interpretados como omisión (no hacer muecas o gestos, no bajar la cabeza, por ejemplo), o como actividad (cambio de la expresión del rostro, erguir el cuello y la cabeza); pueden ser descriptos tanto como el obligar a um hacer activo (obligar a mantener los ojos abiertos, en contra de la tendencia natural a cerrarlos brevemente, obligar a erguir el cuello), así como el obligar a tolerar passivamente (obligar a no cerrar los

Aceitar referida teoria – ainda que hipoteticamente se aceite seja sempre possível distinguir entre atividade e passividade – também implicaria em, por vezes, afirmar a legitimidade e a preferência pela obrigatoriedade de certas medidas que requerem uma intervenção agressiva ou dolorosa no corpo do imputado, simplesmente porque elas não exigem atividade de sua parte[226].

Aduz, ainda, GABRIELA CÓRDOBA, que não se pode deixar de observar que, muitas vezes, quanto o imputado colaborar de forma ativa para sua própria incriminação, não o fará de forma livre, como exigiria o *nemo tenetur* para esta teoria, mas simplesmente para evitar a aplicação de coação direta sobre ele:

> "En efecto, cuando se le hace saber que no está obligado a colaborar activamente en una medida probatoria que puede conducir a su incriminación pero que, de negarse a hacerlo, de todos modos el examen será llevado a cabo de forma tal que él sólo tenga que tolerar su realización, y que, em caso necesario, si se resiste, su oposición puede ser vencida por la fuerza, naturalmente el imputado puede verse obligado a incriminase ativamente[227]"

No mesmo sentido, na contramão de referida teoria, MANUEL DA COSTA

---

ojos, obligar a no bajar la cabeza). Por ello, em casos de esta índole, ya desde el punto de vista fenotípico, no es plausible alcanzar delimitación alguna entre colaboración activa y pasiva" (p. 286-287).

[226] Idem, p. 288. A autora menciona o caso paradigmático da Alemanha, em que foi ministrado um vomitivo a um suspeito que, surpreendido em flagrante exercendo traficância, teria supostamente engolido parte da droga. Como se recusou a ingerir a substância que lhe foi entregue pela médica, a qual induziria o vômito (e que, de acordo com os critérios da doutrina referida, o acusado estaria legitimado à sua recusa, tendo em vista se tratar de colaboração ativa, e, como tal, sujeita à sua vontade), a acusação ordenou que a substância lhe fosse imposta à força por meio de uma sonda (dever de tolerar passivamente, ainda aplicando os critérios da teoria). Dois policiais contiveram o acusado contra o chão enquanto a médica lhe introduziu uma sonda através do nariz até o estômago, e diante da forte resistência do suspeito, na tentativa de contê-lo, os agentes policiais acabaram por provocar-lhe hematomas. A substância fez efeito, o imputado vomita, mas aperta os dentes deixando passar apenas o conteúdo líquido, e engole novamente o restante sólido. Injetam-lhe, então, outra substância vomitiva, que atua sobre o seu sistema nervoso central, e, deste modo, foi possível obter 20 cápsulas de cocaína. Não sem olvidar que a substância vomitiva deixou o imputado em tal estado que um médico de emergência teve que ser chamado. No processo de apelação o imputado foi condenado por tráfico de drogas à pena privativa de liberdade de 3 meses, porque entendeu o Tribunal que a prova havia sido obtida de modo inadmissível e não poderia ser valorada. O órgão de acusação interpôs recurso, que foi considerado infundado e foi rechaçado pelo OLG Frankfurt. Na sentença, o OLG Frankfurt considerou ter havido infringência ao princípio *nemo tenetur*, porquanto o imputado, segundo constou, não está obrigado a colaborar ativamente em uma investigação: "*El suministro de vomitivos por la fuerza para obtener la droga que el imputado había tragado lesiona ese princípio de pasividad, porque de esse modo se pretende obligar al imputado a un obrar activo, a hacer algo que él no estava dispuesto a hacer, esto es, a vomitar*". Conforme bem observado por CÓRDOBA, Gabriela, neste caso, segundo o critério de delimitação, "no se podría obligar al imputado a tragar um vomitivo por sus próprios médios pero, curiosamente, sí se le puede suministrar el vomitivo a través de uma sonda introducida por la nariz y que llega hasta su estómago, incluso por la fuerza, em contra de su voluntad – com todas las lesiones que ello le puede provocar, como en el caso citado – , porque esto sólo requeriría uma actitud passiva de su parte, sólo se lo estaria obligando a tolerar y, por tanto, em este último supuesto el *nemo tentetur* no se veria afectado."

[227] Idem, p. 289.

ANDRADE, citando WOLFLAST:

> "não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta activa, querida e libre, mas também quando (...) contra a vontade, uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova"[228]

E como bem explica VERREL[229], não é compreensível o motivo pelo qual o imputado que resiste fortemente a que dele se extraia sangue – e é contido firmemente por vários policiais para possibilitar a realização da extração – é tido por sujeito, mas o imputado que, por exemplo, diante da ameaça de uma multa, vê-se obrigado a uma colaboração ativa em um teste de álcool por meio de bafômetro é, ao revés, objeto: "Em ambos os casos, igualmente, o imputado foi convertido em instrumento involuntário da prova de sua própria culpabilidade, porque ele, como pessoa, tem que suportar ser aquele que fornece uma prova material, cuja obtenção e valoração contradizem sua vontade e seus interesses".

Evidentemente, não se pode perder de vista o princípio da dignidade humana, que vem representado pelo escopo em se reconhecer, promover e tutelar o respeito do ser humano em todos os seus aspectos.

Por maior eficientismo, utilitarismo ou funcionalismo que se queira empreender nas ações (públicas ou privadas), se elas não respeitarem o cidadão em sua integralidade, carecerão de legitimidade e resultarão inconstitucionais por violação direta de referido princípio[230].

Resta pontualizar, contudo, que a inexistência do dever de colaborar, em todos os casos, redundaria em uma concepção do princípio da não autoincriminação como direito absoluto, o que significaria aniquilar por completo, em certas situações, a possibilidade de desencadeamento da persecução penal ou de dar seguimento a ela[231]. Resultaria, é possível dizer, na consagração da impunidade.

---

[228] *Sobre as proibições*... op. cit., p. 127.
[229] VERREL, Torsten, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes*, Ed. Beck, München, 2001, p. 227-228, *apud* Córdoba, Gabriela E., op. cit., p. 290.
[230] MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência... op. cit, p. 201. E salienta: "Por mais que seja um bem comum desvendar crimes, não se poderá torturar pessoas para se atingir esse desvendamento. A dignidade da pessoa humana é o impedimento constitucional de qualquer ação ou raciocínio baseado na crença de que "os fins justificam os meios", máxima do maquiavelismo".
[231] QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 313.

Enfim, explicitados os argumentos que demonstram ser o critério da *passividade v. atividade* insuficiente e impreciso, em face da incidência do princípio da não autoincrimininação, é preciso determinar em que podem consistir os deveres do acusado no contexto da atividade probatória. Isto porque, como consignado, não se pode conceber referido princípio como direito absoluto do acusado, sob pena de inviabilizar a persecução penal e frustrar o interesse público na apuração dos delitos.

Como salientam ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES E ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO[232],

> "As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações"

Em vista disto, vale destacar, como todo e qualquer princípio fundamental, também a dignidade da pessoa humana não é princípio absoluto e comporta restrições, desde que justificadas com base em outras normas fundamentais que se mostrem aplicáveis para o caso concreto em determinada condição fática e jurídica.

Sob tal perspectiva, e diante da necessidade se propor critérios para solucionar o problema das provas que dependem da colaboração ou tolerância do acusado, inevitável adentrar na temática do princípio da proporcionalidade.

4.3.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE[233]

Como é cediço, quando existem dois princípios, direitos ou garantias fundamentais em conflito, não se aplica a mesma solução destinada ao conflito de regras. Isto porque, ao contrário do que se sucede com as leis (em caso de incompatibilidade, uma das regras é excluída do sistema, e a outra permanece), por estarem constitucionalizados, os direitos fundamentais foram erigidos à mesma categoria, encontram-se no mesmo plano hierárquico, e, portanto, mostraram-se igualmente necessários ao estabelecimento do

---

[232] *As nulidades*... op. cit., p. 112.

[233] Acerca da distinção e definição exata entre os conceitos de "proporcionalidade" e "razoabilidade", ver BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília Jurídica, 1996, p. 73.

modelo de Estado efetivamente implantado.

Assim, se ambas as normas são válidas e vigentes, decorrentes do mesmo poder constituinte originário, não é admissível que um direito ali estabelecido negue vigência a outro, ou vice-versa, sob pena de se negar a força diretiva que o texto constitucional exerce sobre todo o sistema[234].

No tocante ao tema ora em estudo, tem-se, em particular, que o exercício de um direito fundamental (princípio da não autoincriminação) conflita com a necessidade de preservação de um bem coletivo (segurança).

SUZANA DE TOLEDO BARROS[235] afirma que o princípio da proporcionalidade, enquanto uma das várias ideias fundantes da Constituição, insere-se no contexto normativo em que se encontram os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção tem sua aparição como garantia especial, traduzida na exigência de que a intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia dos vários direitos fundamentais.

De fato, o princípio da não autoincriminação deve ser preservado, mantendo-se seus atributos mínimos, não se podendo aniquilá-lo.

Assim, inicialmente, compartilhamos do entendimento de que – à vista do que se sucede em outros ordenamentos, e embora já demonstrada a inviabilidade de adoção da teoria "passividade v. atividade" como critério de delimitação no contexto das provas a que o acusado deveria se submeter –, não se pode sacrificar o princípio a ponto de, exemplificativamente, compelir o acusado a atuar naquelas provas que dependam, justamente, de um "fazer" do acusado, tais quais reconstituição, exame grafotécnico e etilômetro.

No caso de recusa por parte do acusado de fornecer material gráfico, deverão ser localizados e apreendidos, se for o caso, papeis e documentos que possam suprir o fornecimento do material. Da mesma forma nos casos em que o acusado for intimado a entregar documentos e não o fizer, poderão ser expedidos mandados de busca e apreensão para este fim[236].

Como igualmente abordado no presente trabalho, em caso de recusa a soprar o bafômetro, verifica-se que a legislação já se adaptou, permitindo a constatação por outros meios, como exame clínico, vídeo, prova testemunhal.

---

[234] BECHARA, Fábio Ramazzini, Crime Organizado e o Sigilo Na Investigação, *Revista Síntese De Direito Penal e Processual Penal*, Ano VI, nº 32, Jun-Jul 2005.
[235] In: *O princípio da proporcionalidade...* op. cit., p. 89.
[236] QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 355.

De suma estabelecer, de plano, que, por se tratar de restrição a direito fundamental, as limitações ao princípio da não autoincriminação deverão, necessariamente, ser previstas em lei, com observância do princípio da proporcionalidade e evitando-se atuações arbitrárias por parte de Estado.

E em havendo restrição regulada por lei, deverá ela ser submetida ao controle jurisdicional no caso concreto, incumbindo ao magistrado examinar se os requisitos da proporcionalidade estão também presentes no caso concreto, decidindo fundamentadamente.

O risco do subjetivismo do juiz na análise dos princípios em conflito deve ser superado exatamente pela fixação de critérios de prevalência, a serem construídos, pela jurisprudência e pela doutrina[237].

Neste ponto, invocamos o roteiro proposto por SUZANA DE TOLEDO BARROS: "A medida restritiva adotada é apta a atingir o fim proposto? Existe outra medida menos gravosa apta a lograr o mesmo objetivo? O sacrifício imposto ao titular do direito fundamental atingido está em uma relação proporcional com a importância do bem jurídico que se pretende salvaguardar?".

A primeira pergunta diz respeito à adequação, de onde concluímos que deverá a prova ser útil ao processo. Ressalte-se, aqui, a importância de delimitação do alcance do sujeito passivo das medidas restritivas ao princípio, que só deverão alcançar aqueles indivíduos sobre quem pairam indícios de autoria delitiva, não bastando meras conjecturas.

O segundo questionamento engloba a necessidade da medida, devendo ela ser a menos gravosa possível aos direitos do acusado. Neste sentido, MARIA ELIZABETH QUEIJO discorre que “as provas que não dependem de intervenção corporal deverão ser preferidas. Se houver necessidade de intervenção corporal, deve-se optar pelas medidas não invasivas”[238], de modo que se for possível realizar o exame de DNA em pelos e cabelos, é preferível a se utilizar de material sanguíneo.

Quanto ao terceiro ponto, a proporcionalidade em sentido estrido, no sentido de que “quanto mais sensível a intromissão na esfera jurídica do indivíduo, mais relevantes hão de ser os interesses da coletividade que com ele colidam”[239] poderiam ser sopesadas as características da pessoa investigada, a complexidade da prova, o impacto social, a

[237] SCARANCE FERNANDES, Antonio. Processo... op. cit., p. 55.
[238] *O direito de não...*, op. cit., p. 359.
[239] Idem, ibidem.

gravidade da infração e a relevância dos prejuízos causados, inclusive os de natureza moral[240].

E, em todos os casos, a exigência mais importante: deverá ser respeitada a saúde do acusado, que não poderá ser exposta a perigo (física e psiquicamente), e a sua dignidade, vedando-se em absoluto meios vexatórios, humilhantes ou aqueles que afetem o pudor e o recato.

Filiamo-nos, por fim, às sugestões propostas por MARIA ELIZABETH QUEIJO, no sentido de que, no tocante às intervenções invasivas (coleta de sangue, extração de urina ou sêmen através da introdução de sonda, exames anais, dentre outros), faz-se indispensável o consentimento válido do sujeito passivo, bem como autorização judicial. No que diz respeito às intervenções não invasivas, caso exista previsão legal e autorização judicial fundamentada, bem como observância estrita ao princípio da proporcionalidade, podem ser praticadas mesmo sem o consentimento do sujeito passivo.

Quaisquer que sejam as intervenções corporais, frise-se, invasivas ou não, só podem se realizar mediante consentimento válido do sujeito passivo, o qual deve pressupor a advertência acerca do direito de não colaborar e a capacidade para consentir (maioridade e capacidade mental)[241].

4.3.5 QUANTO À EXTRAÇÃO DE CONSEQUÊNCIAS E DEVER DE COMPARECIMENTO:

Entendemos que não é possível extrair indício de culpabilidade decorrente da recusa, tampouco esta servir fundamentação da sentença ou de decisões referentes a provimentos cautelares, como a decretação de prisão preventiva, pois isso implicaria em infringência ao princípio da presunção de inocência. A inversão do ônus da prova causaria uma verdadeira ruptura lógica no sistema, que certamente implicaria maior custo do que a própria aceitação das intervenções coercitivas.

Observamos ainda que, entre nós, no atual estágio de desenvolvimento da questão, tampouco poderá a recusa caracterizar crime de desobediência (como sói ocorrer em outros ordenamentos, mormente no tocante aos delitos de trânsito), eis que, por se tratar de um direito fundamental do acusado, a sua recusa é legítima[242].

---

[240] BECHARA, Fábio Ramazzini, op. cit., p. 56.
[241] QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., pp. 318-321.
[242] Neste sentido, Maria Elizabeth Queijo: "não havendo lei restritiva do *nemo tenetur se detegere*, difícil sustentar a existência de um dever de colaboração do acusado na produção da prova, em face do direito fundamental em foco", op. cit., p. 366.

O mesmo não ocorrerá, contudo, se houver lei que estabeleça restrições ao princípio da não autoincriminação, a qual deverá, inclusive, regular, as consequências advindas de eventual recusa, dentre elas a execução coercitiva da prova. Como bem ponderou MARIA ELIZABETH QUEIJO[243]:

> "somente se justifica limitação ao *nemo tenetur se detegere*, que é direito fundamental, se o interesse na persecução penal se sobrepuser, mostrando-se mais relevante na espécie. Em outras palavras: limita-se o *nemo tenetur se detegere* para viabilizar a persecução penal em determinado caso. E esse interesse só será satisfeito se a prova pretendida for produzida".

Em havendo legislação a respeito, no caso de recusa, questiona-se, então, mais uma vez, a possibilidade de o acusado responder pelo crime de desobediência. Observa a autora que, mesmo se tal se desse, o interesse público na persecução penal continuaria preterido e sacrificado considerando-se que "o acusado poderá preferir responder pelo delito de desobediência a fazê-lo por outro crime, mais grave, que se lhe imputa".

A saída, ***in casu***, seria estipular as penas do delito autônomo da recusa semelhantes às do delito investigado, tal como se dá nos ordenamentos italiano, francês e espanhol, não, porém, sem críticas da doutrina[244].

4.4 CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Como pondera GOMES FILHO[245], o campo das proibições de prova relacionadas à tutela de valores estranhos à economia interna do processo é vastíssimo, indicando que o objetivo da apuração da verdade processual deve conviver com os demais interesses dignos de proteção pela ordem jurídica.

---

[243] Op. cit., p. 371.

[244] "No direito italiano, Buttarelli destaca que o legislador praticamente estabelece uma faculdade para o acusado: submeter-se ao exame para dosagem do álcool ou responder por outro delito. Ressalta o referido autor que tal solução é pouco eficiente para apurar a verdade dos fatos. Já Paola Felicioni considera que não há justificação teórica para aplicar sanção penal em razão da recusa em colaborar". (*In:* QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 372)

[245] *O direito à prova...* op. cit., p. 98.

A prova judiciária, sublinhou FORIERS[246], permite estabelecer uma coexistência entre o interesse da sociedade e o interesse da verdade; sem tal adequação, a atividade processual correria o risco de transformar-se em fator de desagregação social, ao invés de cumprir sua finalidade de pacificação de conflitos.

Algumas das regras de exclusão do sistema de *common law* foram sendo absorvidas, ao longo do tempo, pelos países que adotam o sistema continental. Conforme anteriormente abordado no presente trabalho, a maior parte destas regras foi desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana, no final do século XIX.

Como é cediço, a prova ilegítima tem seu regime jurídico resolvido pela teoria das nulidades. Havendo violação de norma processual, está sujeita ao reconhecimento de sua nulidade e decretação de sua ineficácia no processo. Em sendo a proibição de natureza material, diz-se que a prova foi ilicitamente obtida.

4.4.1 A PROVA ILÍCITA

A inadmissibilidade das provas ilícitas tem previsão constitucional (art. 5º, LVI), e na legislação infraconstitucional vem regulamentada pelo artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.690/2008: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais", devendo-se entender como "normas legais" apenas as de natureza material, precipuamente as que definem as infrações penais[247].

A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo significa que devem ser desentranhadas dos autos, para que não sirvam de base a uma decisão ou sentença judicial.

O banimento da prova obtida por meios ilícitos é a posição fortemente prevalente, mas o tema da não aceitação das provas ilícitas colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais ainda é polêmico, primeiramente sob a ótica do princípio da proporcionalidade – por meio da qual referida inadmissibilidade vem sendo

---

[246] FORIERS, Paul, Considérations sur la preuve judiciarie, in *Perelman & Foriers (org.), La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 329

[247] Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, que asseveram não ter sido a melhor da opção da Lei 11.690/08 a menção a "normas constitucionais e legais", pois: "a falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência o seu desentranhamento do processo". Op. cit., p. 125.

atenuada – e também sob o ponto de vista das denominadas provas ilícitas por derivação.

Por meio do princípio da proporcionalidade (e não se ignorando o subjetivismo que lhe é inerente e que pode trazer sérios riscos), tem-se possibilitado a correção de distorções que a inadmissibilidade absoluta da prova ilícita poderia acarretar em alguns casos, sempre em caráter excepcional e somente para os casos extremamente graves[248].

Assenta-se justamente no princípio da proporcionalidade, ainda que em última análise, a admissão quase unânime da prova ilícita *pro reo*[249]. Com efeito, a legalidade, enquanto garantia constitucional de direitos fundamentais, pode ser flexibilizada exatamente para favorecer referidos direitos, de onde decorre a possibilidade de utilização de provas ilícitas favoráveis ao acusado.

Não se trata, contudo, e nem se deve, sob pena de contradizer a própria afirmação do principio – no sentido de se dissuadir futuras violações de direitos fundamentais –, de um incentivo ao réu para que obtenha provas por meios ilícitos.

Não se exclui, de outro lado, o entendimento de que, se a prova é colhida pelo próprio acusado, aparentemente com infringência de direitos fundamentais de terceiros, referida é ilicitude é eliminada por causas legais, abarcada que está pelas excludentes de antijuridicidade. Tratar-se-ia de legítima defesa da liberdade, por exemplo[250].

Tendo em vista, sobretudo, a criminalidade organizada, muito se questiona acerca da possibilidade de a admissibilidade da prova ilícita (decorrente de aplicação do princípio da proporcionalidade) também poder servir à acusação (prova ilícita *pro societate*) com fundamento no princípio da isonomia.

---

[248] Aponta Maria Elizabeth Queijo que, na doutrina inglesa, "ZUCKERMAN defende, nessa linha, que as soluções radicais para o problema da prova ilícita não são recomendáveis porque geram distorções e injustiças. Nesse sentido, as regras de exclusão probatória não devem ser absolutas", op. cit., p. 383.

[249] Neste sentido, MAGALHÃES assevera: "no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior" GOMES FILHO, Direito à prova... op. cit., p. 107.

[250] Neste sentido, ADA, MAGALHÃES e SCARANCE, *As nulidades*... op. cit., p. 128. E, também: aula de 07.04.2010, Pós-Gradução stricto sensu, FADUSP, São Paulo.

É nesse sentido a afirmação de Barbosa Moreira[251], *in verbis*:

> "O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o 'poderoso chefão' local."

Lembremo-nos, todavia, que o maior objetivo do principio da licitude, nos moldes em que se afirmou e vem sendo aplicado nos Estados Unidos, insere-se adequadamente ao contexto brasileiro, a saber, o de prevenir futuras violações das normas constitucionais. De que valerá um policial obter uma confissão mediante tortura, se tal confissão não for admitida no processo? Que vantagem terá o policial em apreender um objeto com violação ilegal de domicílio, se tal prova não for admitida?[252]

De outro lado, e não sendo possível ignorar a eventualidade de se produzirem "situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida"[253-254], não se pode

---

[251] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista Forense, v. 337, p. 134. E prossegue o autor: "A propósito: não merecerá particular reexame a precipitação em importar, de maneira passiva e acrítica - segundo não raro acontece -a doutrina dos frutos da árvore venenosa', ainda mais em formulação indiscriminada, nua dos matizes que a recobrem no próprio país de origem? Será ela adequada à realidade do Brasil de hoje? Ao ampliarem tal medida, para os infratores atuais e potenciais - sobretudo na área constantemente em expansão, da 'criminalidade organizada' -, a perspectiva de escapar às sanções cominadas em lei acaso contribuirá para satisfazer o generalizado clamor contra a impunidade, vista por tantos, com razões ponderáveis (e descontados alguns acessos de paranoia), qual fator relevante na aceleração do ritmo em que vai baixando o nível ético dos nossos costumes, políticos e outros? Devemos confessar de resto, com absoluta franqueza, a enorme dificuldade que sentimos em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor: universal) em dar combate eficiente à praga do tráfico - combate que, diga-se de passagem, é também um valor constitucional, conforme ressalta da inclusão do 'tráfico ilícito entorpecentes e drogas afins' entre os 'crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça anistia' (art. XLIII)."

[252] Também resistente à adoção do princípio da proporcionalidade, GOMES FILHO, Antonio Magalhães: "não há incongruência entre a rejeição do critério da proporcionalidade para a prova ilícita *pro societate* e essas últimas afirmações, uma vez que a estatura dos valores confrontados com o direito à prova — o interesse na punição dos delitos ou a tutela da inocência — é diversa; outrossim, pelo menos na experiência brasileira, raros e excepcionais são os casos em que a defesa se serve de meios ilícitos para a obtenção de provas, ao passo que mesma pratica é sabidamente rotineira na atividade policial" (Op. cit., p. 107).

[253] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 127.

[254] FERNANDES, Antonio Scarance, cita exemplo de violação de correspondência dos presos para impedir fuga de presídio e para evitar a prática de sequestro de juiz de direito, com perigo de vida para o magistrado,

afastar radicalmente a adoção de referido princípio no nosso ordenamento, como, inclusive, já foi acolhido[255], não se olvidando que não há liberdade absolutas nos atuais sistemas constitucionais.

Como pondera ANTONIO SCARANCE FERNANDES, o principio da não autoincriminação se afirmou no sentido de garantir o indivíduo contra os excessos na atuação dos Órgãos detentores do poder, buscando encontrar a medida adequada, necessária e justa. Não se cuida de impedir a existência ou atuação de norma restritiva ou de fazer imperar sempre o princípio mais favorável ao acusado, e não invocá-lo em favor da acusação, mas sim de fazer atuar certa regra ou prevalecer determinado princípio de maneira equilibrada[256]. Salienta o autor a necessidade de fixação de critérios de prevalência, o que se daria com a evolução dos julgados.

Com efeito, posicionamo-nos no sentido que somente em situações extremas e absolutamente excepcionais poder-se-á admitir a utilização de prova ilícita *pro societate*, pois, do contrário, o Estado estaria sendo incentivado a violar direitos fundamentais, o que iria frontalmente contra a própria noção de provas ilícitas, que foram originariamente idealizadas e instituídas exatamente para dissuadir o Estado, por meio de seus agentes, de desrespeitar as garantias constitucionais.

Não se olvida a problemática cada vez mais crescente da criminalidade organizada, que de fato, e na perspectiva dos princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, demanda medidas interventivas, sejam investigativas, processuais ou probatórias, mais gravosas em seus direitos fundamentais, em razão de sua desigualdade material, do que ocorre com os investigados, indiciados ou réus em geral. Contudo, de se observar que tais medidas interventivas mais gravosas devem observar o principio constitucional da legalidade, em vez de consistirem na utilização sistemática de provas

---

caso em que a proteção ao sigilo da correspondência é superada pela necessidade de ser preservada a segurança do estabelecimento prisional e a vida do juiz. (In: Processo penal constitucional, op. cit., p. 85).

[255] Neste sentido, pode-se mencionar o julgado da 5ª Câmara do TJ/RJ (AI 7.111, j. 28.11.1983) e decisão do STJ (HC 3.982 (95.053161)-RJ, 6ª T., j. 05.12.1995). Em sentido contrário, julgado do STF, 1ª Turma, (HC 80.949-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30.10.2001), dispondo que "da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer preço, da verdade real no processo: consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação". *In:* As nulidades no processo... op. cit., pp. 134-135.

[256] Cf. SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo*... op. cit., p. 54.

ilícitas[257-258].

4.4.2 A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

Os §§ 1.º e 2.º do artigo 157 do Código de Processo Penal tratam da prova ilícita por derivação, hipótese em que, a partir de prova obtida ilicitamente, chega-se a uma prova que, vista isoladamente, seria lícita.

Trata-se da já mencionada teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree* ou *fruit doctrine*), desenvolvida no direito norte-americano.

O legislador optou, também, por incorporar as limitações da mencionada teoria existentes no direito estadunidense, quais sejam, *independent source* e *inevitable discovery*, ao direito brasileiro, mas, conforme aponta a doutrina[259], o fez de maneira infeliz, exigindo que tais dispositivos sejam cuidadosamente interpretados sob pena de se esvaziar a própria regra geral da inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas.

Com efeito, entendem ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO E ANTONIO SCARANCE FERNANDES[260] que o § 2º do art. 157 é inconstitucional. Ponderam os autores que o legislador se afastou da noção original fixada na jurisprudência americana, "que supõe que o dado probatório possua efetivamente duas origens, uma ilícita e outra lícita, subsistindo como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal".

Aduzem os autores que, já na parte final do § 1.º, ao empregar o verbo no condicional — "puderem ser obtidas" —, a lei dá a entender que basta a simples

---

[257] FEITOZA, Denilson: "A desigualdade material de tais integrantes de organizações criminosas, isto sim, pode ser utilizada, constitucionalmente, para motivar a edição de leis que estabeleçam medidas de intervenção mais gravosas quanto a tais integrantes do que seria licitamente possível relativamente à generalidade dos investigados, indiciados ou réus. Obviamente, quando o princípio da liberdade probatória comportar a utilização de medida probatória mais gravosa sem se constituir em prova ilícita, não há necessidade de lei."

[258] Como bem apontado por ZILLI, Marcos Alexandre: "O problema exige, todavia, uma mudança na ótica de seu enfrentamento. Ou seja, as questões processuais relacionadas e decorrentes de uma prova ilícita constituem, na verdade, efeitos de um problema muito anterior e que pode ser resumido na simples e inafastável constatação de que o Estado, por seus agentes, foi o único e o verdadeiro responsável pela má condução da colheita probatória, cabendo a ele, portanto, assumir o ônus público dos efeitos causados pelo desvio de suas próprias condutas". *A iniciativa instrutória*... op. cit., p. 159.

[259] Neste sentido, SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo*... op. cit., p. 87 e GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., pp. 132-133.

[260] As nulidades... op. cit., pp. 130-131

possibilidade de que a prova viesse a ser obtida por meio lícito para afastar a sua contaminação pela ilegalidade inicial. E, não bastasse isso, depreende-se do §2.° que nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido efetivamente conseguida de forma regular, bastando que houvesse uma mera possibilidade disso.

> "Parece ter havido aqui uma confusão do legislador entre as exceções da fonte independente e da descoberta inevitável. Assim mesmo, como antes anotado, na situação de *inevitable discovery*, são circunstâncias especiais do caso concreto (como no exemplo do encontro do cadáver) é que permitem considerar que a prova seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita. Ao contrário disso, o texto legislativo examinado permite que se suponha sempre a possibilidade de obtenção da prova derivada por meios legais, o que esvazia, por completo, o sentido da garantia."[261]

O Supremo Tribunal Federal tem-se manifestado, na maioria dos casos, pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, havendo, contudo, posicionamentos contrários, de modo que não se pode considerar o entendimento pacificado[262].

[261] Idem, ibidem.

[262] Também o TJ/SP, nos autos do HC nº 990.10.418722-2 assim se manifestou: "*Habeas Corpus.* Tráfico de entorpecentes. Pedidos de apelo em liberdade e nulidade decorrente de prova ilícita. Paciente sobre quem recaíam suspeitas e que, durante visita ao presídio, foi submetida, além de revista pessoal, à intervenção corporal invasiva, sem o seu consentimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere* e aos direitos à intimidade e dignidade. Ausência de autorização judicial. Prova ilícita. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Desentranhamento. Consequente insubsistência de qualquer elemento que relacione a paciente à prática delitiva. Ordem concedida para trancar a ação penal, por ausência de justa causa."

CONCLUSÕES

No primeiro capítulo, embora inexista um sistema processual absolutamente puro, debruçamo-nos tangencialmente sobre as principais características dos modelos processuais penais, fazendo-o sob a ótica da classificação tradicional (sistemas acusatório, inquisitório e misto) e sob o ponto de vista da dicotomia *adversarial* e inquisitorial, classificação resultante de uma visão essencialmente anglo-saxônica do universo processual penal.

Conforme se observou, no modelo inquisitório o objetivo era extrair a confissão: o acusado era tido como detentor de uma verdade absoluta, que deveria ser revelada a todo custo, ainda que para isso fosse necessário empregar a tortura. Foi através da evolução do processo penal, e após o advento do sistema acusatório, que a ideia de se prescindir do conhecimento do acusado como objeto da prova foi sendo aceita.

O tema em estudo está intimamente relacionado com a busca da verdade. A verdade é uma só, e é também inatingível. Isto não quer dizer que não se deve buscar a verdade, não se podendo conceber como justa uma sentença que não preze pelo correto acertamento dos fatos. Porém, no contexto do processo penal, deve-se buscar uma verdade suficiente, prática, a verdade processualmente válida.

É sobre esta premissa, e também por não ser a finalidade do processo a de aplicar, a qualquer custo, a pena ao réu, que não se pode admitir, no Estado de Direito, que a verdade processual seja obtida mediante violações de direitos e garantias do acusado, devendo ela ser alcançada de forma ética e legal.

A classificação entre os sistemas processuais penais também permite, na medida do possível, avaliar algumas diferenças no que diz respeito à busca da verdade e dos poderes instrutórios do juiz em cada um dos ordenamentos ora objeto de análise. Assim que, no sistema *adversarial*, no qual cabe às partes o gerenciamento da marcha processual, com contornos de um verdadeiro duelo, a verdade perseguida é aquela própria das coisas humanas e é escolhida por razões de caráter ético. O escopo do processo penal, sob a ótica dos países que seguem o modelo *adversarial*, não é propriamente o acertamento dos fatos,

mas sim o de descobrir qual das percepções trazidas é a que se afigura como a mais plausível, baseadas nos fatos postos em julgamento. Ainda, acreditam os seus adeptos que a verdade será melhor atingida se a responsabilidade de sua descoberta se dividir entre o Estado, as partes e o júri. Valorizam-se, assim, os aspectos relacionados à lisura do procedimento, de onde resulta, por sua vez, justamente, a preocupação com determinados aspectos processuais, tal qual a vedação de incorporação de provas que possam ferir outros direitos.

De se ressaltar, contudo, que muito se tem debatido, em solo americano, acerca do maior envolvimento do juiz no curso da marcha processual, cedendo espaço para uma abordagem mais judiciosa, a ponto de serem preconizadas reformas tendentes a assegurar uma participação mais efetiva do magistrado no processo penal.

Ao analisarmos o sistema processual norte-americano, observamos o grande poder que é conferido ao órgão acusatório. Isto porque, em uma porcentagem que chega a atingir estarrecedores 90% dos casos, a questão criminal é decidida sem que se chegue a um julgamento. Em outras palavras, as partes se compõem, mediante concessões recíprocas, de tal forma que o acusado, afirmando-se culpado (*guilty plea*) ou desistindo do litígio, tendo em vista um prognóstico de condenação quase certa, ainda que não se afirme culpado (*nolo contendere plea*), aceita uma composição com a acusação, concordando com a imposição de uma pena menos severa do que aquela que provavelmente viria a ser aplicada caso o fato fosse levado a julgamento.

Nota-se, claramente, o eficientismo preconizado no sistema estadunidense, principalmente no que se refere ao desafogamento do sistema judiciário. Altamente questionável, contudo, a concepção de referidos institutos, bem como o poder concedido à figura do acusador público, a quem cabe decidir quais violações penais são merecedoras de perseguição, bem como predeterminar a medida da pena pactuando com o imputado. Verifica-se que a liberdade é um direito disponível neste sistema, muito diversamente do que ocorre entre nós.

O desenvolvimento do *privilege against self-incrimination*, que consta expressamente da Quinta Emenda à Constituição dos EUA, encontra-se primordialmente vinculado à preocupação quanto aos eventuais abusos que poderiam ser cometidos pelos policiais contra suspeitos submetidos a interrogatório, especialmente no momento da prisão.

Dentre os casos da Suprema Corte diretamente ligados à evolução do alcance do *privilege against self-incrimination*, foi dado especial enfoque a *Miranda v. Arizona*, de cuja decisão foi extraído um conjunto de regras sobre a confissão e estabelecidos requisitos para os interrogatórios realizados sob custódia. Garantiu-se ao indivíduo, a partir de então, o direito de permanecer em silêncio – a menos que opte por falar –, no exercício de sua própria liberdade, durante o interrogatório, em juízo ou em outras investigações oficiais. Ainda, estabeleceu-se que a recusa ao advogado no interrogatório, ou ao *privilege against self-incrimination*, não pode ser presumida, devendo ser demonstrada, e o seu exercício não pode ser penalizado sob qualquer forma, não podendo a acusação explorar o silêncio do acusado como argumento.

Críticas daí advieram, foram superadas, teve a Suprema Corte a chance de revogar a norma, e não a fez, consignando-se que a prática já estava incorporada à rotina policial, a ponto de os *warning* se tornarem parte da cultura nacional. Ainda, consignou a Suprema Corte, é uma lei mais fácil de aplicar, o que compensa a desvantagem de se ter de suprimir as declarações voluntárias em alguns casos.

Com o tempo, contudo, o conjunto de regras de proteção contra a autoincriminação instituídas em *Miranda* foi sofrendo interpretações restritivas (v.g. a denominada "public safety", instituída no caso *NY v. Quarles* (1984), ocasião em que se decidiu que declarações voluntárias feitas em resposta a questões estritamente sob medida – projetadas exclusivamente para resolver a preocupação com a segurança – podem ser admitidas no julgamento).

Aqui, importa salientar o distanciamento da abordagem do tema do direito ao silêncio (principalmente quando envolve a confissão) no Brasil em relação ao sistema estadunidense, onde o nível de questionamento envolvendo o tema indica um nível de evolução bem mais acentuado. É o que se pode extrair do próprio caso supramencionado (*NY v. Quarles*), que decorreu do fato de um suspeito ter sido indagado sobre a localização da arma antes de ser advertido de seu direito ao silêncio. Vale dizer: o simples levantamento de tal questionamento pela Corte Constitucional revela o avanço da tratativa do tema no sistema alienígena, sendo que, entre nós, sucede justamente o oposto: além de rotineira, referida prática não parece apta a ensejar qualquer questionamento sobre a sua constitucionalidade.

Em resumo, no direito processual penal norte-americano, o silêncio do réu do réu não pode ser usado contra ele e o Júri será expressamente informado de que, se o acusado escolher não prestar testemunho, tal fato não pode ser levado em consideração. Com efeito, em uma ordem jurídica na qual a decisão judicial é atingida por meio da íntima convicção, e a oitiva da testemunha é realizada através do *cross examination*, o silêncio se apresenta não somente como afirmação de uma situação de inocência, mas também como controle de idoneidade da prova, a exigir que uma decisão condenatória não se baseie na maior ou menor habilidade do inquiridor.

Bastante discutível, de outro lado, a supervalorização atribuída à confissão dos acusados no Direito estadunidense, que, quando ocorre, consiste praticamente em um mecanismo de aceitação da acusação e de abreviação do processo. Não se exclui, sobremaneira, a possibilidade de, daí, advirem incontáveis erros judiciais. Reprovável, ademais, a possibilidade de os agentes policiais se utilizarem de métodos enganosos de obtenção de prova, o que parece esvaziar um pouco a razão de ser dos *Miranda-rights*.

Tal parece se dar porque, o sistema americano, mais do que estabelecer uma tutela efetiva do direito à declaração, pauta-se, principalmente, na necessidade de se criarem barreiras à atividade policial.

O alcance conferido ao direito à não autoincriminação pelo sistema processual penal estadunidense tem caráter exclusivamente testemunhal. Isto significa que o acusado está sob proteção da Quinta Emenda apenas enquanto depõe, e tudo o que for estranho ao depoimento escapa à garantia.

Quanto às provas que dependem da colaboração do acusado para a sua produção, não se pode invocar o *privilege*. Julgados sucessivos da Suprema Corte foram restringindo cada vez mais a invocação do direito no tocante à produção de provas interventivas. Em 1988, salientou a Corte que o *privilege* protege apenas contra a compulsão de expressar o conteúdo do pensamento (*contents of his mind*). Negando-se a colaborar, nos casos em que o procedimento é necessário para o sucesso da medida, pode o agente ser punido por desacato ao tribunal (*contempt of court*).

A maior parte das regras de exclusão foi desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana, no final do século XIX. Foi a partir do histórico caso *Weeks v. U.S.* (1914) que

se passou a sustentar que a prova obtida com desrespeito às garantias constitucionais é inservível, devendo ser ignorada. Desenvolveu-se a teoria, sobretudo, calcada pela necessidade de dissuadir (prevenir) violações de garantias cometidas por agentes policiais durante as investigações, bem como excluir meios de prova pouco confiáveis. A Suprema Corte, contudo, abrandou os seus rigores, e foram instituídas limitações à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas (v.g., *good faith exception*).

A *fruit of poisonous tree doctrine* também tem por berço os Estados Unidos, juntamente com as suas limitações: *inevitable discovery, independente source e attenuated connection*.

Na análise do ordenamento pátrio, verificamos que, embora a previsão constitucional seja do direito ao silêncio, considerar que este se equipara ao próprio princípio da não autoincriminação restringe sensivelmente a sua dimensão. Referido entendimento, todavia, não é unânime.

Consiste o interrogatório no instrumento pelo qual o acusado pode expor a sua versão dos fatos, constituindo, portanto, meio de defesa, e eventualmente, fonte de prova. Caso opte por permanecer em silêncio, não há confissão ficta, tampouco possibilidade de se interpretar o exercício de referido direito como indício de culpabilidade.

Por contrariarem os mais elementares postulados do processo penal no Estado democrático de Direito, não se compatibilizam com a ordem constitucional vigente aqueles métodos e técnicas de interrogatório que tenham por escopo, ainda que indiretamente, obter a confissão; resta vedada, assim, a adoção de quaisquer ações tendentes à sua extração forçada (v.g. perguntas sugestivas, emprego de ameaça, de meios enganosos, químicos ou psíquicos, ou quaisquer outros meios que possam alterar a capacidade de autodeterminação do agente, dentre outros).

A exigência de que o preso seja informado de seus direitos é bastante recente em nosso ordenamento – foi introduzida através da Constituição Federal de 1988 –, o que explica, embora não justifique, a valorização incipiente da garantia em nosso sistema. Reveste-se de suma importância, portanto, que o acusado seja devidamente instruído sobre o seu direito de silenciar, aí incluída a ressalva no sentido de que do exercício desse direito não poderão ser extraídas consequências prejudiciais, visando assegurar que a opção por cooperar ou não decorra de sua autodeterminação.

Neste ponto, meritória a redação do § 5º do art. 185, acrescentada pela Lei n.º 11.900/09, garantindo ao réu, em qualquer modalidade de interrogatório, o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor. De fato, tal direito só restará plenamente assentado mediante a criação de mecanismos que assegurem a sua efetividade, não bastando que o ordenamento jurídico venha a tutelá-lo.

No plano do direito substancial, não nos parece que o direito a um não fazer, permita o direito a um fazer, ou seja, que o direito "ao silêncio" corresponda ao direito de o indiciado ou acusado falar o que quer que seja, ainda que para tanto pratique, v.g., uma denunciação caluniosa. Assim, em referidas hipóteses, deve o indiciado ou réu ser penalmente responsabilizado.

Tendo em vista, ainda, a garantia que assegura o direito de permanecer calado, e em sendo o direito ao interrogatório renunciável, não pode o indiciado ou acusado ser conduzido à presença da autoridade policial ou do juiz para a realização desse ato. Prevendo o Código de Processo Penal, contudo, a possibilidade de condução coercitiva, ainda que o juiz a determine, por entender necessária a sua presença, pode o acusado fazer uso de seu direito ao silêncio. Filiamo-nos, *in casu*, à posição de que, *de lege ferenda*, para melhor tutelar esse direito, mais adequada seria a adoção do interrogatório facultativo.

Com relação às provas que dependem da colaboração do acusado, questão ainda mais polêmica do que o interrogatório, forçoso reconhecer que, caso a proteção ao direito de não se autoincriminar seja levada a efeito em toda a sua extensão, o resultado será, por vezes, a completa inviabilização da persecução penal. Trata-se, uma vez mais, do embate entre o interesse da sociedade e o interesse individual, e da necessidade de se tentar atingir o equilíbrio entre eficiência e garantismo. Tendo em vista, sobretudo, o tratamento do tema nos ordenamentos estrangeiros (no direito norte-americano, como visto, há interpretação restritiva do direito à não autoincriminação, limitando-se sua proteção apenas às provas testemunhais ou de natureza comunicativa), muitas são as vozes no sentido de, também em solo brasileiro, ser possível a obtenção de provas por meio da colaboração do acusado.

Nos ordenamentos que admitem as intervenções corporais, o substrato teórico que parece dar a tônica da diferenciação entre aqueles comportamentos que seriam considerados violadores do princípio, e os que não seriam, baseia-se na teoria da “passividade v. atividade”. Nos pertinentes e lógicos fundamentos de Gabriela E. Córdoba, em artigo sobre

o tema, apresentados no trabalho, foi possível desmistificar o critério da *passividade v. atividade* e concluir pela sua insuficiência e imprecisão.

Novamente, sem se perder de vista que o princípio da não autoincriminação não é direito absoluto – o que significaria aniquilar por completo, em muitas situações, o desenrolar ou mesmo o início da persecução penal, consagrando-se a impunidade – faz-se necessário determinar em que podem consistir os deveres do acusado no contexto da atividade probatória.

As premissas sobre as quais se assenta a possibilidade de se admitir intervenções corporais no indiciado/acusado, não se olvidando que se trata de restrição a direito fundamental, são: a previsão legal e a aplicação do princípio da proporcionalidade, tanto no momento de elaboração da lei, quanto pelo Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade da medida.

Inadmissível se extrair, da recusa, indício de culpabilidade, pois isso implicaria em infringência ao princípio da presunção de inocência, invertendo-se o ônus da prova. Ainda, no atual estágio de desenvolvimento da questão, tampouco poderá a recusa caracterizar crime de desobediência, o mesmo não ocorrendo, contudo, se houver lei que estabeleça restrições ao princípio da não autoincriminação, a qual deverá regular as consequências advindas desta recusa.

A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo significa que devem ser desentranhadas dos autos, para que não sirvam de base a uma decisão ou sentença judicial. O banimento da prova obtida por meios ilícitos é a posição fortemente prevalente, mas o tema é controverso sob dois aspectos: em primeiro lugar, sob a ótica do princípio da proporcionalidade – por meio da qual referida inadmissibilidade vem sendo atenuada –, e, igualmente, sob o ponto de vista das provas ilícitas por derivação, que também, no ordenamento pátrio, contemplam as mitigações previstas no ordenamento estadunidense. Ressalta a doutrina, contudo, que a adaptação para o direito interno destas limitações foi feita de maneira infeliz, devendo, inclusive, o § 2º do art. 157, do CPP, ser declarado inconstitucional.

A prova ilícita *pro reo* justifica-se sob a ótica do direito de defesa e da excludente de ilicitude. Tendo em vista, sobretudo, a criminalidade organizada, muito se questiona acerca

da possibilidade de a admissibilidade da prova ilícita (decorrente de aplicação do princípio da proporcionalidade) também poder servir à acusação. Em casos excepcionais, poderá o julgador demonstrar, com base em elementos objetivos e constantes nos autos, a adequação, necessidade e justificação da restrição imposta ao direito do acusado em face do valor que se protege.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Raul Gavião de; Fernandes, Antônio Scarance; Moraes, Maurício Zanóide de. *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*, São Paulo, RT, 2008.

ALSCHULER, Albert W. A peculiar privilege in historical perspective. *The privilege against self-incrimination* – its origins and development. Org. R.H. Helmholz et. Al. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

AMODIO, Enio. Diritto al silenzio o dovere di colaborazione? *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, n. 3, p. 408 – 419, jul. – set., 1974.

AZEVEDO, David Teixeira de. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, vol. 682, São Paulo, RT, ago.1992, pp. 285-295.

_____. *Atualidades no direito e processo penal*, São Paulo: Método, nov. 2001.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Direito Processual Penal: tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

BARROS, Romeu Pires de Campos. O interrogatório do acusado e o princípio da verdade real. In: *Estudos de Direito e de Processo Penal em homenagem à Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 315 – 327.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

BURNHHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. 2.

ed. St. Paulo: West, 1999.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias. O silêncio, a presunção de inocência e sua valoração. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). *Justiça penal – 6*: críticas e sugestões. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 291 – 305.

CÓRDOBA, Gabriela E.. Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de pasividad? In: *Estudios sobre Justicia Penal – homenaje al professor Julio B. J. Maier*, 1ª ed., Buenos Aires: Del Puerto, 2005, pp. 279-301.

COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, São Paulo, RT, 2004.

DAMASKA, Mirjan R. *I volti della giustizia e del potere - analisi comparatistica del processo*. Trad. Giussani A.; Rota F. Bologna: Il Mulino, 2000.

DE LUCA, Javier Augusto. Notas sobre la cláusula contra la autoincriminación. *Cuadernos de doctrina y jurisprudência penal nº 9*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004.

DIAS NETO, Theodomiro. *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 19, jul. – set. 1997, pp. 179 – 204.

DOTTI, René Ariel. O exame de DNA e as garantias do acusado. *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*, Coord. Eduardo de Oliveira Leite, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis*, 5ª ed. Niterói: Impetus, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 6º ed. rev., atual., e ampl., São Paulo: RT, 2010.

_____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, São

Paulo: RT, 2005.

_____, GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 10ª edição rev., atual. e ampli., São Paulo: RT, 2007

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, 3ª ed. revista, São Paulo: RT, 2010.

GARCIA, Maria. O devido processo legal e o direito de permanecer calado. A tortura. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 20, jul.- set. 1997, pp. 103-107.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, São Paulo, RT, 1997.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*, 10ª edição rev., atual. e ampli., São Paulo: RT, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*, janeiro de 2010. Consulta em 01.07.2011. Disponível em http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia.

GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista, *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*, São Paulo, RT, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: FADUSP, 1993.

GREVI, Vittorio. *Nemu tenetur se detegere*. Milano: Giuffrè, 1972.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência penal*, São Paulo, v. 1, pp. 15 – 31, 1976.

_____. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Doutrina*,

Instituto de Direito, v. 7, p. 188 – 199, 1999.

_____. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal. In: *Novas tendências do direito processual*. São Paulo: Forense, 1990.

_____, GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*, 10ª ed. rev., atual. e ampli., São Paulo: RT, 2007.

HELMHOLZ, R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: Universidade de Chicago, 1997.

ISRAEL, Jerold H.; LaFAVE, Wayne R. *Criminal Procedure. Constitutional limitations*. St Paul: West Publishing Co., 1993.

LANGBEIN. John H. *The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law*. Michigan Law Review, Ann Arbor, vol. 92, n. 5, mar. 1994, pp. 1047 – 1085.

LEVY. Leonard W. *Origins of the fifth amendment*, Nova York, Oxford University Press, 1968.

LOCKHART, William B. et al. *The American Constitution*. 8 ed. St. Paul: West Publishing Co., 1996.

MACHADO, Hugo de Brito. O direito ao silêncio e o dever de informar. *Repertório IOB de Jurisprudência*, Sâo Paulo, IOB, nº 21, nov. 1993.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Apontamentos sobre o Judiciário Americano. In: *O Judiciário e a Constituição*. Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 1996.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. para o português: J. Alves de Sá. Adaptação para o português do Brasil: Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2009.

MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MAZZA, Oliviero. Interrogatorio ed exame dell'imputato: identità di natura giuridica e di eficacia probatória. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 822 – 870, 1995.

MORAES, Mauricio Zanoide de. Perplexidade de Jano: quando o passado é mais presente do que o futuro (nova regulamentação do interrogatório e sua aplicabilidade na fase pré-processual). In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 365 – 381.

_____. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *RF*, Rio de Janeiro, v. 337, p. 125 – 134, jan./mar. 1997.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*, São Paulo: Saraiva, 1994.

_____ & MORAES, Maurício Zanóide de. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 135 – 141, 1994.

_____ & BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, p. 110 – 125, out./dez. 1993.

NEVES, Serrano. O direito de calar, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª edição, São Paulo: RT, 2008.

_____. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2ª edição, São Paulo: RT, 1999.

_____. *Provas no processo penal*, 2ª ed., rev., atual. e ampl. com a obra "O valor da confissão como meio de prova no processo penal", São Paulo: RT, 2011.

PACELLI, Eugênio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2012.

PAPA, Michele. *Brevi spunti sulle "rules of evidence"*, p. 357 – 374.
_____. Contributo allo studio dele 'rules of evidence' nel processo penale statunitense. *L'Indice Penale*, Padova, p. 299 – 340, 1987.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Processo Penal – O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 3ª ed., São Paulo, RT, 2001.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Considerações sobre a tutela da intimidade e a vida privada no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, p. 59 – 79, abr./jun. 1999.
_____. Da busca e apreensão no processo penal. São Paulo: RT, 1999.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O juiz penal e a pesquisa da verdade material. In: *Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Apamagis, 1993.

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

QUINTANA, Tomás Ojea: El privilegio contra la autoincriminación: reflexiones acerca de los sistemas distintos de procedimiento criminal (adversarial y no adversarial). *Cuadernos de doctrina y jurisprudência penal*, nº 9. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004.

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

ROVEGNO, André. O sistema de provas no processo penal estadunidense. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício

Zanoide de (coords.). *Provas no Processo Penal – estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAAD, Marta. Direito ao silêncio na prisão em flagrante. In: *Processo Penal e Democracia:* estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 429.

SALOMÃO, Helosia Estellita. O direito humano de não cooperar na própria incriminação, a proteção ao domicílio e a fiscalização tributária. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, p. 129 – 142, abr./jun. 1999.

SCAPARONE, Metello. "*Common law" e processo penale,* Milano, Giuffrè, 1974.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law.* São Paulo: RT, 1999.

STALTERI, Marcello. Genetica e processo: la prova del "DNA fingerprint". Problemi e tendenze. *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, p. 189 – 223, 1993.

TANDE, C. M. DNA Typing: a new investigatory tool. *Duke Law Journal*, n. 2m p. 487, 1989.

TEDESCO, Ignacio F. El privilegio contra la autoincriminación: um estúdio comparativo. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nº 3. Buenos Aires, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 3ª edição, São Paulo: RT, 2009.

VAGNOLI, Elena Terrosi. L'identificazione genetica (DNA profiling) nella recente giurisprudenza statunitense. *La Giustiza Penale*, pp. 85 – 96, 1995.

VASSALI, Giuliano. Autodifesa e rifiuto dell'assistenza defensiva. In: *Scritti Giuridici*. Milano: Giuffrè, v. 3, 1997.

_____. Garanzie costituzionali ed esercizio del diritto di difesa. In: *Scritti giuridici*.

Milano: Giuffrè, v. 3, 1997.

_____. La Giustiza penale statunitense e la reforma del processo penale italiano. In: *Scritti giuridici*. Milano: Giuffrè, v. 3, 1997.

VERRI, Pietro. Osservazioni sulla tortura. Milano: RCS Libri, 1998.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

ZUCKERMAN, A. A. S. *The principles of criminal evidence*. Oxford: Clarendon Law, 1989.

Revistas, periódicos e jornais:

Boletim IBCCrim

Revista Brasileira de Ciências Criminais

RT

Jornal *Folha de S. Paulo*