



ISSN 2595-5519

LIMITES PRINCIPOLÓGICOS E RELEITURA DA INCIDÊNCIA DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: DIREITOS INDIVIDUAIS VERSUS IMPUNIDADE

Joilton Luiz dos Santos¹

Stefan Hanatzki Siglinski²

RESUMO

O estudo buscou recortar aspecto da incidência do direito à não autoincriminação sob crivo de uma releitura, sem deixar de expor os limites postos por alguns princípios que se coadunam ao aspecto tradicional (vigente) do princípio em comento. Procura-se aqui, desnudar um caminho pouco questionado no cenário nacional, reverberou-se a possibilidade de o imputado, em procedimento ou processo, poder participar da produção de provas que poderão ser usadas contra ele mesmo. Neste compasso, o estudo se desenvolveu bibliograficamente e documentalmete, trazendo à tona posições divergentes com relevantes obras, numa revisão bibliográfica, que prima por autores que questionam a incidência atual e, quase que absoluta do direito/princípio da não autoincriminação, na exacerbada proteção do indivíduo em detrimento da coletividade. Desse modo, tentando construir nova percepção valorativa, não deixou de ressaltar o entendimento de salutar carga de combinação de princípios que tendem a blindar a não autoincriminação, porém propondo sopesa-los. Em considerações finais, erigiu-se uma relevante reflexão no sentido de relativizar o direito/princípio da não autoincriminação, visando dar mais eficiência ao conglomerado normativo, bem como fazer do Estado uma máquina de eficiente combate à impunidade anunciada, esta que se beneficia da baixa capacidade do Estado em produzir provas, em julgamento de infratores da lei.

Palavras-chave: não autoincriminação; direitos individuais; impunidade.

¹ SANTOS, Joilton Luiz dos. Acadêmico do V termo do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade do Vale do Juruena – AJES – Unidade Juína/MT; Graduado em Letras pela Faculdade do Vale do Juruena – AJES – Juína/MT. Email: joiltonft@gmail.com.

² SIGLINSKI, Stefan Hanatzki. Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo -UPF; Especialista em Direito Previdenciário e Direito do Trabalho pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA; Especialista em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul em convênio com a Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul – ESMAFE; Bacharel em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo. Professor de Direito Pena na Faculdade do Vale do Juruena – AJES – Unidade Juína/MT. Email: stefan_siglinski@hotmail.com.



ISSN 2595-5519

ABSTRACT

The study sought to cut the aspect of the incidence of the right to non-self-incrimination under the riddle of a re-reading, without exposing the limits set by some principles that are in line with the traditional (valid) aspect of the principle in question. In order to deny a path that was not questioned in the national scenario, the possibility of the accused, in procedure or process, could participate in the production of evidence that could be used against himself. In this measure, the study has been developed bibliographically and documentally, bringing to the fore different positions with relevant works, in a bibliographical review, which emphasizes by authors that question the current and almost absolute incidence of the right / principle of non-self-incrimination, in the exacerbated individual to the detriment of the collectivity. Thus, trying to construct a new value perception, it did not fail to emphasize the understanding of a salutary combination of principles that tends to shield non-self-incrimination, but proposes to weigh them. In final considerations, a relevant reflection was made to relativize the right / principle of non-self-incrimination, aiming at giving more efficiency to the normative conglomerate, as well as making the State an efficient machine to combat impunity announced, which benefits from low the ability of the State to produce evidence in judging offenders.

Key words: not self-incrimination; individual rights; impunity.

INTRODUÇÃO

O estudo em voga traz reflexão acerca da superproteção do indivíduo infrator, frente a inegável obrigação do Estado em se utilizar de todos meios legais na produção de provas, em seu sistema processual penal. Embora se tenha esta ideia, na prática, por vezes o Estado deixa de punir, haja vista que os meios disponíveis não são capazes de chegar a elementos de provas suficientes, para levar o criminoso à condenação. Fala-se, portanto, da sobreposição da proteção aos direitos individuais, ao dissabor da sociedade que mingua proteção jurídica e segurança.

Quando se fala em direito de não produzir prova contra si mesmo, é preciso saber qual o seu alcance, seus fundamentos e possibilidades jurídicas. Isso foi o que se procurou fazer



ISSN 2595-5519

deste estudo, ao passo que haveria uma hipótese de que estaria o direito à não autoincriminação, mais a serviço da impunidade que a serviço do equilíbrio na relação pré-processual e processual.

Neste passo, supõe-se que, o princípio do direito ao silêncio tido na Constituição Federal de 1988, não pode sempre ser aplicado na sua versão expandida, como se vê no atual sistema processual, podendo alcançar uma proteção além daquilo que foi alçado pelo legislador constituinte. Assim, seria incabível seu invocar nos casos em que para a produção de provas contra si, seja necessária a participação do próprio réu, pois diferente do direito ao silêncio (o direito de permanecer calado para sua própria proteção [autodefesa]), outras participações, por outros meios, não estariam sob a égide do direito/princípio da não autoincriminação, quando estes servem para reforçar a impunidade.

É pacífico a ideia de que qualquer pessoa em momento algum pode ser compelida sem sua vontade a produzir informações ou declarações que a leve à autoincriminação. Entretanto, indo além, sendo o uso deste direito/princípio na sua versão alargada pela doutrina e jurisprudência dominante, prega-se, também, que por outros meios não seria possível a participação do réu na produção de provas, sob pena de violar tal princípio, como por exemplo, a extração de material genético, sem a voluntariedade do indivíduo acusado de crime em processo judicial, visto que fere o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Para se explorar este caminho, com método hipotético-dedutivo, o estudo se delinea por meio bibliográfico e documental, encontrando posições doutrinárias diversas, se instalando na tese de certa restrição quanto ao usufruto do direito/princípio da não autoincriminação, pois a constituição federal anuncia expressamente apenas o direito ao silêncio, em sentido estrito.

Destarte, com objetivo de desconstruir a máxima de que ninguém pode produzir provas contra si mesmo, o estudo visa achar um respaldo principiológico, expondo tais que



ISSN 2595-5519

corroboram valor à proteção do indivíduo, ao mesmo tempo que faz releitura constitucional por autores que questionam essa amplitude do direito em comento.

Para tanto, em duas partes o estudo se desenvolve, fazendo uma conversa de princípios que fundamentam a plenitude do direito à não autoincriminação, que é defendido por autores e a própria jurisprudência, porém, trazendo na segunda parte, sob os argumentos e ideias doutrinarias, e encetado embasamento na própria constituição, uma possibilidade de um direito à não autoincriminação em uso comedido, ou seja, que procura explorar a sua posição frente a outros direitos fundamentais, limitando a sua incidência.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE FUNDAMENTAM O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro tem como dispositivo principal a Constituição da República Federativa, de 1988. Todo esse sistema se estrutura harmonicamente, e para isso estabelece princípios capazes de dar o devido suporte para a aplicação eficiente e global das normas. Antes de discorrer sobre alguns desses princípios que se coadunam ao direito/princípio à não autoincriminação, é preciso conceituar sua natureza.

Celso Antônio Bandeira de Mello, neste intuito, assevera que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se erradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico³.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.451.



ISSN 2595-5519

Sendo um dispositivo modulador da rede normativa, os princípios conferem ao conglomerado de dispositivos legais um liame que os sustentam em harmonia, criando uma base inteligível por um unísono trilhar dos mandamentos. Essa vontade global se sustenta formando um equilíbrio constante que expõe a tonalidade de todo o sistema legal, vetando aquilo que é incompatível no plano principiológico.

Neste enfoque, a carga valorativa que delinea as normas pelo compasso dos princípios, abarca um mandamento de que em momento algum poderá ser tal princípio suprimido diante de outro princípio, sendo sua relação submetida à apreciação pelo viés da proporcionalidade e razoabilidade, dando contornos de acordo com o caso concreto, sem que, desse modo, um se torne nulo ou absoluto em relação ao outro⁴. Além desses aspectos, os princípios têm força normativa, submetendo-se ao seu poder mandamental e cogente⁵.

A saber mais, são os princípios, torneados por outros princípios igualmente relevantes que juntos ditam a ordem, peso e profundidade de todos reciprocamente. O que recai igualmente sobre o princípio da não autoincriminação, recebendo dele simultaneamente influência e restrição contrária, em via de mão dupla, numa reciprocidade constante, sem suprimir um ao outro, como doravante se expõem num plexo de elementos de ponderação.

1.1 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Devido Processo Legal tem como nascedouro axiológico a Carta Magna de 1215, quando nesta feita o monarca absolutista João Sem-Terra, cedendo às exigências dos barões e do alto clero do reino inglês, outorgou privilégios e liberdades a estes respectivamente. O que se torna respaldado pelo artigo 39 da Carta, que diz:

⁴ LENZA, Pedro. Direito Constitucional. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7^a ed. 2^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.



ISSN 2595-5519

Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país⁶.

Por certo, a relação deste princípio com o direito/princípio da não autoincriminação se torna claro pelas palavras de Carlos Henrique Borlido Haddad⁷, a saber, diz que mesmo sem a positivação do direito/princípio da não autoincriminação, este seria presumido pelo próprio espírito trazido pelo devido processo legal, ou seja, a lei precisa regular, sendo que sem ela não se pode dizer em exigir ou determinar que se faça algo ao cidadão. Isso porque o simples fato de não existir previa cominação legal determinando certos atos, para que a pessoa o execute, em casos concretos, não seria permitida sua ocorrência. Isto é, caso seja obrigado a fazer ações imprevisas pela lei ou princípios, ensejaria desrespeito ao devido processo legal.

Situação que imbuca à premente exigência de mandamento legal para se proceder, ao passo que sem autorização legislativa que permita determinada conduta ou prática, não seria possível realiza-la sem que levasse a configuração de um caráter de ilegalidade. O que significa que é preciso amparo legal para se executar atos e, no caso do princípio/direito da não autoincriminação, necessidade de mandamento normativo para que ações contrárias a ele fossem possíveis, em uma hipótese de sua não existência.

1.2 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Este possui fulcro no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República. Neste artigo, está positivado que ninguém será considerado culpado até que seja transitado em julgado a sentença penal condenatória, seja para brasileiros ou estrangeiros, recairá este

⁶ Disponível em: <corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

⁷ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Conteúdo e Contornos do princípio contra a autoincriminação. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.



ISSN 2595-5519

direito. Também vem expresso texto com a mesma ideia na Convenção Americana de Direitos Humanos, de qual o Brasil faz parte.

Ao discorrer sobre o assunto, Renato Brasileiro Lima⁸ salienta a clareza com que traz a Constituição Federal, dispondo que somente o trânsito em julgado poderá afastar o estado de inocência. Neste mesmo caminho, Alexandre de Moraes⁹ evidencia que o Estado precisa provar que o indivíduo é culpado, pois este está protegido pelo manto que o presume inocente, o que garante o não arbítrio, mas reforça a garantia de direitos e um processo legal.

Nesse passo, o indivíduo diante do usufruto do direito/princípio da não autoincriminação, seria visto não como objeto do processo, mas como parte. Por isso, ficaria vedada a qualificação de sua conduta em seu prejuízo, ou mesmo impor sua participação no processo para que contribua com a produção de provas sem a sua vontade.

1.3 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E A AMPLA DEFESA

Visto como hipossuficiente o indivíduo fica desfavorável frente ao Estado. O artigo 5 incisos LV da Constituição Federal, confere aos litigantes e acusados o seu contraditório e ampla defesa. Isto é, há liberdade para buscar seus interesses, alegando fatos que possam influenciar o juízo e propor provas que achar pertinentes.

É por essa ideia que Guilherme Souza Nucci afiança que o réu merece “um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal”¹⁰. É um princípio que implica na obrigação de uma

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 50.

⁹ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2016, p. 201.

¹⁰ NUCCI, Guilherme Souza. Manual de processo penal e execução penal. 2 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



ISSN 2595-5519

defesa que seja eficiente, dando ao réu, ao que lhe parecer proveitoso pelo exercício da ampla defesa, todas as maneiras e meios, inclusive se utilizar do silêncio.

1.4 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E O CONTRADITÓRIO

Também assegurado pelo artigo 5 e inciso LV da Constituição Federal, consigna à parte o poder desta se manifestar no processo, mas de forma efetiva, ao passo que busca a paridade de armas e a igualdade processual. Sua incidência terá efeito em qualquer procedimento ou processo, seja ele judicial, extrajudicial ou administrativo.

Sobre o assunto, diz Fernando da Costa Taurinho Filho:

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Assim, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Ambas estão situadas no mesmo plano, em igualdade de condições, e, acima delas, o órgão jurisdicional, como órgão “superpartes” para, depois de ouvir as alegações das partes e de apreciar as provas, “dar a cada um o que é seu”¹¹.

Portanto, reverbera-se a ideia de possibilitar a versão oposta, ou seja, a defesa de forma livre pode se utilizar de seus elementos de defesa sem ter esta sua condição minorada, mas em oposto, tendo a liberdade necessária para que leve à isonomia ao embate. O que leva a toda manifestação da parte, ter que ser posta à prova, ao alvedrio da parte contrária para que possa ter a oportunidade de se manifestar sobre o que lhe interessa. Ao passo que, sendo proibido a produção de certas provas, ensejaria aversão ao próprio contraditório, caso esta vedação não esteja fundamentada em direitos fundamentais. O que leva a crer que a não

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25. Ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2005. V. 1, p. 45.



ISSN 2595-5519

autoincriminação pode ser instrumento de uso no rito do contraditório, para trabalhar em favor do réu.

1.5 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Incipientemente, pode se mencionar historicamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos como mecanismo expoente na positivação de instrumento político de relevante afirmação da dignidade da pessoa humana. Apesar da importância, seu poder não cogente, ou seja, apenas recomendatório não foi suficiente para retirar sua posição de marco para a humanidade.

Quanto aos apontamentos já levantados àquela época, criou-se parâmetros para conferir uma ideia de dignidade. É o que aponta Sérgio Ricardo de Souza¹², quando contrasta este princípio com o da não autoincriminação. Para ele, qualquer norma que implica na imposição para que o indivíduo contribua, sem sua vontade, com informações que dão facilidade ao Estado para erigir provas contra ele, na condição de investigado, e por conta da prática de determinada infração, agride à dignidade da pessoa humana.

2. RELEITURA: PONDERAÇÕES DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO QUANDO EM CONFLITO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS

Referindo-se especificamente ao direito à não autoincriminação, Joel Tovil alude que este princípio “(...) não pode ser tido como direito absoluto. Muitas vezes, haverá de ser

¹² SOUZA, Sérgio Ricardo. Manual da Prova Penal Constitucional: pós-reforma de 2008. Curitiba: Juruá, 2008, p. 156



ISSN 2595-5519

atenuado, via ponderação de valores, se e quando entram em conflito com outros bens jurídicos igualmente relevantes, tais como (...) os direitos à liberdade e à vida¹³”. O que significa que sua aplicação também pode ser ponderada em determinados casos.

Aqui vale invocar a ideia de princípio, exposta alhures, quando aponta o caráter harmônico e de equilíbrio quando posto frente a outros princípios. Nesta perspectiva, direitos fundamentais é uma categoria da qual o direito à não autoincriminação faz parte, pois tem construída sua existência em sede constitucional, e por isso, reflete-se pelo comando do princípio da proporcionalidade. Isto é, à medida que se apresenta em aparente conflito com outros direitos fundamentais, pode ser minorado haja vista não ser absoluto, como se pode conhecer pela própria jurisprudência do STF, que afirma não serem eles absolutos¹⁴.

Sobre esse assunto do princípio da proporcionalidade, Robert Alexy¹⁵ traz importante discussão, pondo em voga o aspecto do sopesamento dos princípios, pois segundo ele a aplicação dos princípios que se amoldam a determinadas situações, tendo a colisão deles, deve-se requisitar a máxima da proporcionalidade, visto que pelo crivo principiológico se chega a aplicação válida dos direitos fundamentais.

Diante disso, é preciso refletir e indagar para saber até que ponto o direito/princípio da não autoincriminação pode ser invocado, sob o crivo da proporcionalidade, como garantia válida, ou se tem servido para albergar, em contradição ao próprio papel do Estado, a impunidade como bem maior, em detrimento da coletividade social.

Sobre esse aspecto, Marcelo Schirmer Albuquerque, discorre um posicionamento crítico e pertinente, dizendo que:

¹³ TOVIL, Joel. A proteção contra a autoacusação compulsória aplicada à persecução penal. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, n. 22, p. 86-114, 2008, p. 86.

¹⁴ STF – HC n. 96.250/MS, rel. Min. Ellen Gracie.

¹⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 117-118.



ISSN 2595-5519

(...) se ao invés de assegurar os direitos fundamentais do acusado, preexistentes a prática do delito, o objetivo da garantia de não autoincriminação fosse permitir que simplesmente ele se recusasse a qualquer contribuição na produção de provas que lhe possam ser desfavoráveis, buscando-se esquivar-se da ação da justiça e dificultar o *persecutio*, estar-se-ia aceitando uma verdadeira autossabotagem do Estado, em prejuízo da sociedade que o constitui. Seria uma irônica e incompreensível contradição que o Estado, no exercício de seu mister de combate ao crime, criasse e aparelhasse órgãos de persecução, para depois reconhecer entraves intransponíveis ao seu trabalho, sem que houvesse por trás de tais empecilhos, uma justificativa plausível, materializada num verdadeiro direito fundamental a ser defendido¹⁶.

O que leva, então, a crer-se na premente necessidade de sopesar os valores, para que o direito a não incriminação, na sua modalidade ampla, seja ponderado com outros direitos fundamentais, no caso concreto, para se auferir a sua necessária proteção. Seria avaliar se sua incidência teria ou não o condão de dar equilíbrio ao processo, ao passo que sendo para limitar a persecução penal, com objetivo de impunidade, ficaria sob os efeitos de uma aplicação proporcional, cedendo lugar a possibilidades de o imputado ser compelido a participar da produção de provas no processo, com o intuito de chegar à verdade real. Isso sem afastar a sua aplicação de uma decisão judicial fundamentada, conforme o caso concreto.

2.1 DIREITO AO SILÊNCIO E O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Com fulcro no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição da República Federativa do Brasil, o direito ao silêncio se torna um importante instrumento de garantia. Partindo do princípio em que o Estado possui inúmeros meios e ferramentas para produzir provas contra o acusado, é este direito que se apresenta como escudo, para provocar um equilíbrio no sistema processual, isto é, traz a ideia “de limitação do poder de punir do Estado, importando, sob

¹⁶ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 51.



ISSN 2595-5519

esse enfoque, em caracterização de uma certa desigualdade processual penal¹⁷”, que passa a sofrer um contrapeso na busca pela paridade na relação processual.

Por isso, é de todo saudável ao sistema acusatório que seja facultado “ao imputado ocultar as informações de que se valerá em sua defesa¹⁸”, pois, estará a acusação obrigada a diligenciar e perquirir tudo o que queira em desfavor daquele usar. Nesta esteira, o direito ao silêncio exsurge da sua própria finalidade que acaba tendo consagração no poder da proibição de obrigar a declarar contra si mesmo, dando a robustez desejada para a autodefesa do imputado.

Ademais, o direito ao silêncio deve se limitar a não declaração e, ao momento em que é interrogado ou interpelado. Isso ocorre visto que é instrumento que se refere apenas ao silêncio do preso ou indiciado, pois somente este possui proteção superior e núcleo indestrutível. Seu valor é conservado com *status* absoluto, como salienta o ministro Celso de Mello em julgamento de Habeas Corpus n. 68.742/DF¹⁹, podendo este ser usado contra o próprio Estado e conseqüentemente os agentes públicos, limitando o processo persecutório estatal.

Essa posição tida pelo imputado, é uma leitura que se faz sob o efeito do sistema constitucional em releitura, que se contrapõe àquilo que se produziu em sede doutrinária e jurisprudencial nacionalmente, em posição majoritária, com relação à extensão desmedida desse direito, para além da sua área de incidência.

Em essência é o que se teria (não autoincriminação em sentido amplo de caráter relativo, e dentro desta forma maior o direito ao silêncio com caráter absoluto) se não fosse explorado contornos que deturparam a posição constitucional, avançando além, e invocando

¹⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 9ª ed. revista, ampliada e atualizada. Editora: JUSPOVM. Salvador, 2014. p. 84.

¹⁸ BATISTA, Franciso das Neves. O mito da verdade real na dogmática do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 174.

¹⁹ STF - HC n. 68.742/DF, rel. Min. Octavio Gallotti.



ISSN 2595-5519

outros princípios que não deveriam em momento algum servir de escudo para se permitir o alargamento do direito/princípio da não autoincriminação, levando à impunidade, em detrimento da prova legítima. Ademais, não podendo admitir uma interpretação exata daquilo que a Constituição apresenta.

Para Moro, no direito brasileiro:

Deve ser afastado como óbice a velha máxima latina de que ‘ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo’. Como foi demonstrado, não existe base normativa para um direito genérico da espécie, resguardando a Constituição e a lei apenas o direito ao silêncio. Não há, como também demonstrado, argumentos jurídicos, históricos, morais e mesmo de Direito Comparado que autorizem a ampliação do direito ao silêncio para um direito genérico de não produzir prova contra si mesmo. A invocação de pretensão de direito da espécie pela doutrina e jurisprudência brasileiras é mais fruto do poder de um *slogan* do que de uma robusta argumentação jurídica²⁰.

O direito/princípio em questão não significa mais que o ato de permanecer silente, fora os casos concretos em que se terá necessidade de o imputado ser posto sob a égide desse direito, para dar equilíbrio ao processo. Tanto é que não há óbice legal permitindo outra conduta a não ser o exercício absoluto do silêncio como defesa.

Ademais, com relação a isso, foi promulgada a Lei n. 10.792/2003 que tornou expresso a previsão em que afirma que o silêncio nunca poderá ser interpretado em desfavor do acusado. Dispositivo que alterou profundamente o texto do artigo 186 do Código de Processo Penal²¹. Diante disso, resta saber que qualquer ato contrário ao pleno exercício desse direito é ilegal, arbitrário e nulo.

É um direito com emprego estrito, não permitindo seu alargamento em favor do imputado, quando ensejar detrimento da coletividade. Quando o direito ao silêncio foi erigido,

²⁰ MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 853, p. 429-441, nov. 2006, p. 440-441.

²¹ MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 853, p. 429-441, nov. 2006, p. 806.



ISSN 2595-5519

não se pensou em albergar impunidades ou dar uma espécie de salvo conduto para tudo fazer e nada contribuir para a produção de provas. Há certas situações ou casos que, é imprescindível a contribuição do imputado, para além de contribuir com a verdade real, buscar o exercício de sua ampla defesa, caso seja relevante para a própria defesa.

Neste sentido, Souza diz, portanto, que:

[...] tem sido dada uma incabível elasticidade à norma constitucional sobre o direito de permanecer calado, no sentido de que ela isentaria o réu de colaborar para a formação de prova contra si. Ficaria, assim, a seu alvedrio fornecer para fins de exames padrões gráficos ou vocais, amostras de sangue ou saliva, impressões digitais, etc. Dar uma soprada no etilômetro, também só se quiser. Tem-se, para tanto, invocado o aforismo *nemo se detegere tenetur* (isto é, ninguém é obrigado a revelar-se). Mas dito postulado só é agasalhado pela Constituição naquele mencionado aspecto de direito ao silêncio, que foi e é uma necessidade para coibir uma tendência de arrancar confissões, que se extorquiam até de inocentes. Prejudicar a obtenção de provas, porém, sem ferir direitos fundamentais, só servirá para favorecer a impunidade.²²

Nesta perspectiva, o imputado deve estar em livre condições para a sua autodeterminação, podendo escolher diante e somente de um interrogatório, se confessa/declara ou permanece inerte. Assim, o invocar desse direito para tutelar outras condutas, a pretexto de exercício do direito/princípio da não autoincriminação, seria estender o verdadeiro objetivo do texto constitucional, que foi e tão somente albergar o imputado das confissões forçadas, para se evitar que por meios abusivos se extraísse a sua confissão, ferindo a dignidade da pessoa humana.

²² SOUZA, José Barcelos. “Bafômetro”, intervenções corporais e direitos fundamentais: parte II. *Jornal O Tempo*, Belo Horizonte, 29 mar. 2005. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_amanhecidas.aspx?cod=13201>. Acesso em: 6 jun. 2012.



ISSN 2595-5519

Para Moro, ao refletir sobre o assunto:

Não se pode do nada exigir que alguém assuma a condição de seu próprio acusador. Apenas se ressalva desses princípios a possibilidade pontual de exigir que o acusado colabore na produção probatória, inclusive produzindo prova não comunicativa contra si mesmo, quando o concurso de sua ação se faz necessário, ou seja, quando a alternativa seria a não produção da prova relevante. Assim, por exemplo, apenas o acusado pode fornecer amostras de seu sangue ou material grafotécnico. Em hipóteses semelhantes, exige-se o concurso da ação do acusado, podendo ele ser compelido, pela ameaça ou aplicação de sanções legais, para colaborar, sem que haja comprometimento, como no caso das confissões, da qualidade da prova. Isso está longe de caracterizar uma inversão total dos princípios do sistema acusatório.²³

São posições importantes que revogam o atual escopo do direito/princípio da não autoincriminação, reduzindo a ideia de super direito, realinhando este com outros direitos fundamentais, sem deixar de respaldar o núcleo do direito ao silêncio, positivado constitucionalmente.

Por conseguinte, aquilo que dessa ideia ultrapassar, ferindo a liberdade do silêncio, desvia do permitido, adentrando na esfera da autodefesa da pessoa, que poderá ser prejudicada quando o exercício desse direito for restringido. Tal aspecto possui enorme valor pois é nos momentos cruciais o instante de usufruto adequado para a autodefesa, que poderá acarretar desvios no resultado do processo, podendo causar danos ao acusado, pois diferente da defesa técnica, a autodefesa é renunciável, haja vista a proibição quanto à possibilidade de se compelir o acusado a usufruir de seu direito ao interrogatório²⁴.

Assim, sendo tal declaração no interrogatório inválida pela sua forma ilegal, tem-se que seu teor não poderá ser usado no processo em nenhuma hipótese. Por outro lado, esclarece-se que há uma exceção quanto ao uso de declarações realizadas pelo acusado. Tal hipótese compreende-se de que o privilégio do silêncio diante do interrogatório ou indagação

²³ MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 853, p. 429-441, nov. 2006, p. 437.

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p.355-356.



ISSN 2595-5519

policial, não torna nula as declarações voluntárias. Em suas próprias palavras, os autores asseveram entendimento de que o privilégio:

(...) não impede confissões espontâneas, sem que a autoridade policial ou judiciária tenham tido tempo para alertar o indiciado ou réu de seus direitos. Do mesmo modo, o dever de advertir sobre o privilégio é apenas de agentes públicos e não de outras pessoas que são sejam primariamente responsáveis pela investigação, como investigadores particulares e psiquiatras forenses.²⁵

Isso significa que o arbítrio do acusado pode ser usado, neste caso, em seu desfavor, contanto que quem possui o dever de informar o imputado antes de suas declarações recaia apenas sobre servidores públicos. Esse raciocínio adveio das decisões tidas em sucessivos acórdãos nos tribunais dos Estados Unidos da América, que foram assimilados e absolvidos pelo Supremo Tribunal federal em seus julgados, conforme sustenta o autor. Não se esquecendo de que o direito ao silêncio não opera para além desta finalidade.

2.2 NECESSIDADE DO CONSENTIMENTO DO ACUSADO PARA A TOMADA DE SUAS DECLARAÇÕES

Interessante este questionamento, pois o direito em comento dirige-se para a esfera da decisão do particular. Como discorrido alhures, a autorização do imputado deve ser prévia e com necessidade de comunica-lo sobre a escolha voluntária, para que a validade das declarações possa existir.

Conforme Canotilho, J. J; et al., esse foi um tema discutido pelo STF, em que houve posicionamento diferente em diferentes momentos. Ele relata que “A inobservância da

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SA RLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.807.



ISSN 2595-5519

advertência quanto ao direito ao silêncio inicialmente foi considerada, pelo Supremo Tribunal Federal, uma nulidade relativa, mas, depois, passou a ser considerada nulidade absoluta²⁶”. Entendimento que consagra a necessidade de consentimento do acusado na produção de provas, cujo ponto se debruça sobre às declarações e informações recebidas deste.

2.3 DIREITO À MENTIRA COMO ELEMENTO DE EXERCÍCIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Há de se ter certa cautela nesta abordagem. Em primeiro passo tem-se, pela doutrina dominante, a ampla abrangência da não autoincriminação, cujo resultado se presta a permitir que o imputado se utilize do poder de não contribuir com a produção de prova contra si mesmo, como já visto alhures.

Sobre esse assunto, “O Supremo Tribunal Federal também assentou que o direito ao silêncio tem a natureza jurídica de um direito público subjetivo. Como direito, não pode ser interpretado de modo prejudicial ao réu, seja para efeito de agravamento da pena ou do regime de seu cumprimento²⁷”. O que significa estender esse direito sempre que ele beneficie o acusado.

Embora isso, tal prescrição recebe contornos mais específicos, que expressamente perfazem limites que vão além do conceito abstrato supramencionado. Portanto, em que pese se tenha essa amplitude abarcada pela Suprema Corte brasileira, encontra-se facilmente no ordenamento jurídico nacional, dispositivos que rechaçam veementemente o uso da mentira como meio de exercício do direito/princípio à não autoincriminação.

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SA RLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

²⁷ *Ibid*, p. 807.



ISSN 2595-5519

Prova disso é que em determinadas situações o réu pode ser processado por mentir. Isso se dá pelo artigo 341 do Código Penal, em que traz punição para quem for condenado por causa do delito de autoacusação falsa ou praticada por terceiro. Também quando for enquadrado no crime de denúncia caluniosa, disposto no artigo 339 do CP; bem como a prática do crime de calúnia, ou seja, acusar outra pessoa do consentimento de crime que não tenha esta cometido (artigo 138 CP).

São fragmentos que não definem ao certo sobre a vênia para mentir, em que pese ter um amplo discurso doutrinário no sentido de que pode o imputado utilizar-se da mentira. Sobre a imprecisão normativa, que deixa muitos pontos vagos, e ainda que não disciplina a incidência do direito/princípio da não autoincriminação, Haddad menciona:

Para a completa definição do conteúdo e dos contornos do princípio contra a autoincriminação, muitas perguntas devem ser respondidas, considerando ser lacunosa a disciplina legal, escassos os estudos doutrinários em âmbito nacional e a jurisprudência, apegada ao julgamento do caso concreto, incapaz de preencher integralmente os vácuos existentes²⁸.

Essa inexatidão, todavia, não fere o questionar do vasto plexo normativo em busca de extrair clareza e produzir eficiência na aplicação das normas. São pontos ainda obscuros por que antes de uma ação legislativa, pode-se trazer apontamentos que holisticamente observados, atestam eficácia e harmonia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de desconstruir a máxima de que ninguém pode produzir provas contra si mesmo, o estudo discorreu primeiramente sobre princípios que ajudam a

²⁸ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação. Campinas: Bookseller, 2005, p. 22.



ISSN 2595-5519

fundamentar o princípio da não autoincriminação, objeto de estudo neste trabalho, o qual é todo projetado para a proteção do indivíduo, um contrassenso. O que, por outro lado, em segundo momento, o estudo enfrentou releitura constitucional por intermédio de autores que questionam essa amplitude do direito a não autoincriminação, que em síntese, seria forma dilatada do próprio direito ao silêncio.

Malgrado, o estudo se finda com relevante entendimento no sentido de acompanhar aquilo que foi levantado na hipótese lançada de início. A pesar de verificar forte doutrina e jurisprudência, que de forma pacífica, anuncia o direito/princípio da não autoincriminação (presumido da construção expandida do direito ao silêncio), positivado na Constituição Federal de 1988, podendo ser invocado, em regra, para qualquer momento em que se tenha a possibilidade de gerar provas contra si, para a própria proteção frente ao poder persecutório do Estado; não parece a posição mais plausível para o ordenamento jurídico brasileiro, que se desequilibra pela forte proteção ao indivíduo, desfavorecendo a segurança da coletividade, que por vezes sofre com a impunidade de crimes que não são desvendados por falta de provas.

Neste sentido, quando se observa o grau de possibilidades e meios que esta superproteção oferece, para bloquear e esvaziar as ferramentas do Estado, ensejando impunidade para certos casos, dando perda total a sua força na persecução penal; não se demonstra salutar o direito ao silêncio ser expandido para vetar a produção de provas que dependa da participação do imputado ou réu. O que faz com que se repense a verdadeira função do direito ao silêncio, conferindo o que disse realmente a Constituição da República Federativa do Brasil, quando erigiu este direito.

Portanto, calcado nesta ideia, alude-se que não está o direito/princípio da não autoincriminação a serviço de retirar todos os meios do Estado, no seu papel de exercício da persecução penal no sistema processual, quando este dependa unicamente do próprio imputado para a produção de provas. Há uma coletividade que deve ser posta em consideração, pois os princípios são postos a trabalhar em harmonia, sopesando a incidência



ISSN 2595-5519

um do outro, adentrando-se ao crivo da proporcionalidade, para se extrair, com essa ponderação de valores, o peso concreto do direito à não autoincriminação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BATISTA, Franciso das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e Contornos do princípio contra a autoincriminação**. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: JusPODIVM, 2014.

_____. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

MORO, Sérgio Fernando. **Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais**. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 853, p. 429-441, nov. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.



ISSN 2595-5519

NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Manual da Prova Penal Constitucional: pós-reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, José Barcelos. **“Bafômetro”, intervenções corporais e direitos fundamentais: parte II**. Jornal O Tempo, Belo Horizonte, 29 mar. 2005. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_amanhecidas.aspx?cod=13201>. Acesso em: 6 jun. 2012.

STF – **HC n. 96.250/MS**, rel. Min. Ellen Gracie.

STF – **HC n. 68.742/DF**, rel. Min. Octavio Gallotti.

TOVIL, Joel. **A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à perseguição penal**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, n. 22, p. 86-114, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9ª ed. revista, ampliada e atualizada. Editora: JUSPOVM. Salvador, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. Ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2005. V. 1, P. 45.

TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. **Direito à não auto-incriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Art. 14. 3, G>. Acesso em: 01 set.2018

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 03 set.2018

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 03 set.2018.

Disponível em: <corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf>. Acesso em: 05 set.2018.