

O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E A PROVA NO PROCESSO PENAL

Nara Borgo Cypriano Machado¹

SUMÁRIO: 1. Noções históricas do princípio do *nemo tenetur se detegere*. 2. O princípio do *nemo tenetur se detegere* no direito brasileiro. 2.1. A Constituição da República e o direito ao silêncio. 2.2. O princípio do *nemo tenetur se detegere* no Código de Processo Penal. 3. O *nemo tenetur se detegere* e o direito à prova. 3.1. Conceito de prova. 3.2. O princípio do *nemo tenetur se detegere* e a prova no Processo Penal. 3.3. O princípio do *nemo tenetur se detegere* e a prova no Processo Penal. 3.3.1. Provas que dependem da cooperação do acusado para serem produzidas no direito brasileiro: provas invasivas e não invasivas. 3.3.1.1. As provas ilícitas na Constituição da República e no Processo Penal Brasileiro. 3.3.2. A prova ilícita e o princípio do *nemo tenetur se detegere*. 4. Conclusão. Referências.

RESUMO: O estudo do *nemo tenetur se detegere* é de grande importância para o processo penal brasileiro pois, apesar de inserido no ordenamento jurídico pátrio como direito fundamental do acusado de não produzir prova contra si mesmo, encontra resistência nos operadores do direito e em algumas regras do próprio Código de Processo Penal para sua completa aplicação.

No processo penal a busca pela verdade real é almejada tanto pelas partes como pelo magistrado, mas o Estado não pode buscar essa verdade a qualquer preço, tampouco exigir que o acusado se auto-incrimine para que a prova seja produzida.

Para que seja melhor entendido, será feito um breve estudo sobre a evolução histórica do *nemo tenetur se detegere* desde a Antiguidade até a sua inclusão no nosso ordenamento jurídico como direito fundamental.

Sendo o direito ao silêncio uma das principais manifestações do princípio do *nemo tenetur se detegere*, será analisada sua aplicação no interrogatório. Não poderíamos deixar de tratar da utilização do princípio nas demais formas de produção de provas, principalmente aquelas que dependem da colaboração do acusado. Aqui serão examinadas as provas invasivas e as não invasivas.

As provas ilícitas são tratadas no presente trabalho no último capítulo. Uma prova produzida através da violação do princípio *nemo tenetur se detegere* não pode ser utilizada pelo magistrado em sua decisão final por ferir uma norma constitucional, logo, é prova ilícita, sendo certo que a Constituição da República proíbe a produção de tais provas.

Através dessas considerações a respeito do *princípio do nemo tenetur se detegere*, sem a intenção de exaurir a matéria, de tão grande relevância no âmbito do direito processual penal, a aspiração é apresentar um breve estudo e fornecer ao leitor algumas idéias gerais sobre o tema.

Palavras-chave: Princípio do *nemo tenetur se detegere*; Provas; Processo Penal.

ABSTRACT: The study of *nemo tenetur se detegere* are of great importance for the Brazilian criminal proceeding therefore, although inserted in the native legal system as right basic of the defendant not to produce test against itself exactly, it finds resistance in the operators of the right and some rules of the proper Code of criminal procedure for its complete application. In the criminal proceeding the search for the real truth is longed for in such a way by the parts as for the magistrate, but the State cannot search this truth whatever the cost, neither to demand that the defendant if auto-incriminates so that the test is produced. So that better it is understood, a briefing will be made study on the historical evolution of *nemo tenetur se detegere* since the Antiquity until its inclusion in our basic legal system as right. Being the right to silence one of the main manifestations of the principle of *nemo tenetur se detegere*, will be analyzed its application in the

¹ Mestranda em Políticas Públicas e Processo pela FDC. Professora da FDV.

interrogation. We could not leave to deal with the use of the principle in the too much forms of production of tests, mainly those that depend on the contribution of the defendant. Here the tests invasive and the not invasive ones will be examined. The illicit tests are treated in the present work in the last chapter. One proves produced through the breaking of the principle *nemo tenetur* if *detegere* cannot be used by the magistrate in its final decision for wounding a constitutional rules, then, is illicit test, being certain that the Constitution of the Republic proíbe the production of such tests. Through these considerações regarding the principle of *nemo tenetur* if *detegere*, without the intention of exaurir the substance, so great relevance in the scope of the criminal procedural law, the aspiration is to present a briefing study and to supply to the reader some general ideas on the subject

Keywords: Principle of *nemo tenetur* if *detegere*; Tests; Criminal proceeding.

1. Noções históricas do princípio do *nemo tenetur se detegere*

Para alguns doutrinadores é impossível identificar a origem do princípio do *nemo tenetur se detegere*, pois consideram que ele está inserido nas regras gerais de direito².

Mas, buscando identificar na história a origem de tal princípio, verifica-se que foi no período Iluminista que ganhou força e se mostrou como uma garantia relativa do acusado no interrogatório.³ Aliás, o princípio está intimamente relacionado com o interrogatório do acusado, apesar de, como será visto posteriormente, não ser o único momento em que o acusado pode se utilizar do direito de não produzir prova contra si mesmo.

O Iluminismo combatia o uso da tortura e o juramento imposto ao acusado no interrogatório⁴, diferente do que foi feito por alguns povos da Antiguidade, como por exemplo, através de regras impostas no Código de Hamurabi e nas Leis de Manu, em que o acusado deveria ser ouvido sob juramento⁵.

Na Idade Média o princípio desapareceu. Nesta época o interrogatório era visto como meio de prova e a tortura era amplamente utilizada para a obtenção da confissão do acusado. Nesta fase o acusado era visto como objeto de prova. Como nos ensina Geraldo Prado:

Da busca da “verdade real” renascem os tormentos pelas torturas, dispostas a “racionalmente” extraírem dos acusados a sua versão dos fatos e, na medida do possível, a confissão, fim do procedimento, preço da vitória e sanção representativa da penitência. (PRADO, 2006, p.83).

Mesmo no período Iluminista foi controvertida a construção teórica do *nemo tenuter se detegere* (QUEIJO, 2003, p. 9). A doutrinadora Queijo, citando Beccaria, explica que o autor:

(...) na medida em que sustenta que o dever de dizer a verdade, imposto ao acusado pelo juramento, é antinatural, mas entende que o acusado silente deve ser apenado gravemente, por constituir ofensa à Justiça.
Mas foi nesta época que o acusado passou a ser visto não tão só como objeto de prova e que, aos poucos, foi sendo afastada a obrigatoriedade de fornecer prova contra si mesmo. (QUEIJO, 2003, p. 9).

² QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saravia, 2003, p. 5.

³ QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. Cit. p. 8.

⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. Cit. p. 8.

⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. Cit. p. 8.

Na Idade Contemporânea alguns diplomas internacionais de direitos humanos passaram a mencionar expressamente ou não expressamente o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, não fez menção expressa ao princípio, apesar de ter se referido à presunção de inocência e estabelecido a não utilização da tortura. Em 22 de novembro de 1969, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, o princípio do *nemo tenetur se detegere* veio insculpido no artigo 8, parágrafo 2, “g”, que dispõe que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se declarar culpado. O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, que foi adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, entrou em vigor no dia 23 de março de 1976, estabelece que todo aquele que for acusado da prática de um crime não é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se confessar culpado, conforme artigo 14, n. 3, “g” (QUEIJO, 2003, p. 26).

Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Maurício Zanoide de Moraes (1994, p. 134) resumem muito bem a evolução do *nemo tenetur se detegere*:

A evolução do princípio consagrado na expressão *nemo tenetur se detegere* se insere na problemática crucial do processo penal, qual seja, o confronto entre a defesa social e os direitos fundamentais do imputado.

Assim é que, desde a época em que responder ao interrogatório era obrigação do acusado, até os dias de hoje, em que se lhe permite permanecer calado, sem que disso resulte prejuízo a ele ou à sua defesa, um longo caminho foi percorrido, passando inclusive, por período em que o direito ao silêncio foi equiparado à confissão tácita, carregando-se ao imputado um verdadeiro *onus probandi*.

Atualmente o princípio garante ao acusado, entre outros direitos, o direito de não produzir provas contra si mesmo, de permanecer em silêncio no interrogatório e de decidir se coopera ou não com investigações policiais e judiciais.

2. O princípio do *nemo tenetur se detegere* no direito brasileiro

2.1. A Constituição da República e o direito ao silêncio

O direito ao silêncio, uma das decorrências do *nemo tenetur se detegere*, está previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição da República, que dispõe que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

O princípio, por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Carta Magna, possui hierarquia constitucional, eis que incorporado no ordenamento jurídico pela norma acima, que dispõe que os direitos e garantias previstos na Constituição pátria não exclui outros que decorram do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais que o Brasil seja parte.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2005, p.), o princípio decorre da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência e ampla defesa. Conclui seu pensamento afirmando que se o indivíduo é inocente até que se prove sua culpa, possuindo direito de produzir amplamente prova em seu favor bem como de permanecer em silêncio sem que isso lhe traga prejuízo, é perfeitamente claro que não está obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Tucci (2004, p. 368), ao dispor sobre a caracterização do silêncio em sede penal leciona que:

Com efeito, essa opção concedida ao preso, investigado ou indiciado, já no início da persecução penal, ou a partir da instauração da *informatio delicti*, e ao acusado, após a formulação da proposição acusatória, representa, outrossim, por um lado, a preambular conformação da autodefesa, com ou sem a integração da

defesa técnica; e por outro, o reconhecimento de que ela resulta do exercício de um direito constitucionalmente estabelecido, encartado no de ampla defesa e particularizado no contraditório.

Luis Gustavo Grandinetti C. de Carvalho afirma que não é o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República, que proíbe que o silêncio possa ser usado contra o réu, mas sim os princípios da ampla defesa e da presunção de inocência. Segundo ele:

A consagração de um direito ao silêncio é decorrência da proibição de o acusado depor, contra si mesmo, já vista esparsamente nesta obra, e inculcado no artigo 8º, nº 2, letra g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. São todas regras integrantes dos princípios maiores da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. (CARVALHO, 2004, p.169).

O direito ao silêncio, segundo Queijo (2003, p. 55-56), é direito de primeira geração (direitos de liberdade), que significa direito de oposição ou de resistência perante o Estado. Além disso, o *nemo tenetur se detegere* está inserido na cláusula do devido processo legal, logo, é também de interesse público para o exercício correto da jurisdição, e também é uma garantia, garantia de autodeterminação do acusado (QUEIJO, p. 55-56).

Por fim, importante destacar que o direito ao silêncio, constitucionalmente assegurado, não é apenas direito daquele que está preso, mas também do acusado que se encontra em liberdade.

Neste sentido as palavras de Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Maurício Zanoide de Moraes (1994, p. 136):

Certo é, ainda, que, embora a Constituição em vigor tenha assegurado, no artigo 5º, inc. LXIII, o direito ao silêncio apenas ao preso, negar tal direito ao acusado que se encontra livre é ilógico, antijurídico e contrário ao nosso ordenamento.

2.2. O princípio do *nemo tenetur se detegere* no Código de Processo Penal

O direito de não produzir prova contra si mesmo tem grande repercussão no processo penal brasileiro.

Uma das decorrências do *nemo tenetur se detegere*, o direito ao silêncio, impõe limites ao artigo 6º, V, do Código de Processo Penal, e aos artigos 198 e 260, do mesmo diploma legal.

O preso tem o direito de se calar perante a autoridade judicial e perante a autoridade policial, eis que a Constituição da República lhe conferiu tal direito.

É incoerente não aceitar que o artigo 198⁶, do Código de Processo Penal, foi parcialmente revogado, pois uma vez reconhecido o direito do acusado de permanecer calado entre as garantias e direitos fundamentais, do silêncio não se pode extrair qualquer consequência que lhe seja prejudicial.

O mesmo se pode afirmar com relação ao artigo 260⁷, tendo em vista que o interrogatório é expressão de autodefesa do réu e esta pode ser renunciada, logo, o acusado não pode ser forçado, por meio de condução coercitiva, a comparecer à presença da autoridade.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Maurício Zanoide de Moraes (1994, p. 137) afirmam que:

⁶ Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

⁷ Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

Sem dúvida, o direito em tela integra a autodefesa do incriminado, consubstanciada no direito de audiência: tem ele o direito de fornecer subsídios à defesa técnica, mas, como é dispensável e renunciável, pode, também, como forma de defesa, preferir o silêncio.

Mas regras referentes ao interrogatório do acusado que não consagravam o silêncio como direito do réu foram alteradas, embora tardiamente, em dezembro de 2003 pela Lei nº 10.792.

Assim, o artigo 186 versa que o acusado deverá ser informado de seu direito de permanecer calado e de não responder às perguntas que lhe forem formuladas, bem como de que seu silêncio não será interpretado em prejuízo de sua defesa e nem importará em confissão.

O interrogatório do acusado é visto por muitos doutrinadores como meio de prova. Frederico Marques (2003, p. 386) diz que “o interrogatório do acusado é, atualmente, meio probatório, pois que, entre as provas, o arrolou o Código de Processo Penal”.

Diferente é a posição de Tourinho Filho (2005, p. 269), que entende que o interrogatório é meio de defesa. Ensina Tourinho que:

A despeito de sua posição topográfica – no capítulo das provas – , o interrogatório é meio de defesa. Para a doutrina tradicional, o interrogatório constitui o início da fase probatória e, ao mesmo tempo, um dos atos finais da fase postulatória. Geralmente, na fase postulatória destacam-se o instante da formulação do pedido, do juízo de admissibilidade da demanda e da defesa preliminar. Pois bem: o interrogatório integra esse segundo instante, sem embargo de estar situado no capítulo destinado à instrução. (TOURINHO FILHO, 2005, p. 269).

Ainda existem posições doutrinárias no sentido de que a natureza do interrogatório é mista, ou seja, meio de prova e de defesa. As lições de Fernando Capez (2005, p. 298)⁸ confirmam a afirmação:

Entretanto, a doutrina mais avisada, seguida pela jurisprudência mais sensível aos novos postulados ideológicos informativos do processo penal, tem reconhecido o interrogatório como *meio de defesa*, i.e., como ato de concretização de um dos momentos do direito de ampla defesa, constitucionalmente assegurado, qual seja, o direito de auto-defesa, na espécie direito de audiência. Desse modo, tem prevalecido a natureza mista do interrogatório, sendo aceito como meio de prova e de defesa.

Mais acertada a posição de Tourinho Filho acima transcrita, também defendida por Capez (2005, p. 298). O interrogatório é o momento em que o acusado pode se defender da acusação que lhe é dirigida. Podendo calar-se se assim preferir. Cabe ao acusado decidir o que falar perante a autoridade, sendo certo que de seu silêncio nada pode ser extraído em seu desfavor.

Segundo Alberto Binder (2003, p. 135), o direito de depor é uma manifestação privilegiada do direito de defesa, pois é:

(...) o direito de, validamente, introduzir no processo a informação que o acusado considera adequada. Portanto, somente se considerarmos o depoimento como uma das manifestações do direito de defesa do acusado se compreenderá que ninguém poderá ser obrigado a depor contra si mesmo.

⁸ O doutrinador considera que a natureza jurídica do interrogatório é meio de defesa do réu. (CAPEZ, 2005, p. 298).

O que se tem discutido atualmente é sobre a possibilidade do acusado se calar durante sua qualificação no interrogatório.

De acordo com o artigo 187, do Código de Processo Penal, o interrogatório deve ser constituído de duas partes, uma sobre a pessoa do acusado (qualificação) e outra sobre os fatos (interrogatório de mérito).

A doutrina encontra-se dividida sobre o tema. Segundo Queijo (2003, p. 200) o entendimento predominante é no sentido de que o direito ao silêncio apenas se aplica no interrogatório de mérito, logo, o acusado não pode se recusar a fornecer dados sobre sua identificação. Entretanto, esclarece que em algumas situações o fornecimento de informação sobre dados pessoais pode levar à auto-incriminação e cita a doutrina alemã, que entende que o princípio do *nemo tenetur se detegere* se aplica à totalidade do interrogatório. (QUEIJO, 2003, p.201).

Também Assis Moura e Zanoide de Moraes (1994, p. 138-139) entendem que o acusado não pode se recusar a se identificar no interrogatório. Para eles:

O direito ao silêncio não pode ser invocado pelo interrogado como motivo para deixar de responder 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.

Sendo o interrogatório meio de defesa e, portanto, ato de cooperação do acusado, cabe a ele fazer, se for de seu interesse, declarações apenas argumentativas, não cabendo alegações que possam, de qualquer modo, incriminá-lo, logo, não precisa responder ao interrogatório de qualificação.

Assim, sendo direito seu permanecer em silêncio no interrogatório e não produzir provas que possam gerar sua auto-incriminação, deveria ser facultado ao acusado comparecer ou não em seu interrogatório.

Deveria comparecer apenas se quisesse apresentar sua auto-defesa à autoridade policial ou judicial, caso contrário, entendendo que a utilização do silêncio lhe será favorável, poderia deixar de comparecer ao ato sem que isso pudesse lhe causar qualquer prejuízo. Esse o sentido do *nemo tenetur se detegere*.

3. O *nemo tenetur se detegere* e o direito à prova

3.1. Conceito de prova

Para que seja proferida uma decisão judicial justa e que garanta a eficácia da prestação jurisdicional é preciso que os fatos submetidos à apreciação do Poder Judiciário sejam reconstituídos da maneira mais exata possível.

Essa reconstituição é feita através da prova, que segundo “as Ordenações Filipinas, ‘é o farol que deve guiar o juiz na suas decisões’ (Livro III, Título 63) sobre as questões de fato” (GINOVER, 1999, p. 347).

Provar, segundo Chiovenda (2002, p.109), “significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevante no processo”. Para o professor Moacyr Amaral Santos (1976, p. 8) “provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa”.

Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 351) esclarece que há pelo menos três sentidos para o termo prova, a saber:

a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do

instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal);
c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

Professor Leonardo Greco, no artigo “A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil”⁹, afirma que:

É no campo das provas que o processo pode aproximar-se da realidade da vida, contribuindo para que a justiça consiga dar razão a quem tem direito e, mesmo quando não o fizer, para que a sociedade possa nela confiar, por ter feito o máximo possível para realizar esse ideal.

Fazendo um breve estudo a respeito das perspectivas sobre a prova, o professor Marcelo Abelha (2000, p. 295) nesse sentido, afirma que:

A prova, portanto, é um desses instrumentos, decisivos, eu diria, no alcance da paz social. Ora, se a *coisa julgada* é fenômeno político de pacificação social, fruto de uma verdade jurídica que, muitas vezes, não corresponde à realidade dos fatos, e às vezes por isso se diz que é fenômeno criador de direitos, não se pode negar que a prova no processo tem a força capital, qual seja a de único instrumento legitimador da coisa julgada.

O professor Moacyr Amaral (2000, p.329), após ensinar a respeito do sentido objetivo e subjetivo da prova¹⁰, conclui que “prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”.

Assim, claro está que é através da prova que o julgador poderá formar sua convicção a respeito da veracidade ou não das alegações feitas pelas partes no processo e proferir uma decisão justa.

3.3. O princípio do *nemo tenetur se detegere* e a prova no Processo Penal

No processo penal brasileiro vigora o princípio da verdade real e, em função de tal princípio, e da norma do artigo 156, do Código de Processo Penal, que dispõe que o juiz pode determinar diligências para dirimir dúvidas relevantes do processo, o acusado acaba sendo compelido a se submeter à produção de determinadas provas.

Hoje verificamos que, no processo penal brasileiro, o direito ao silêncio foi incorporado ao interrogatório, mas em outros momentos da produção probatória o acusado ainda não consegue exercer o direito fundamental de não se auto-incriminar, principalmente no que tange às provas que para serem produzidas dependem da sua colaboração.

Neste aspecto a doutrina é bastante controversa. Discute-se se o interesse individual pode se sobrepor ao interesse público na persecução criminal. Queijo (2003, p. 242), analisando os dois pontos controversos escreve que:

Se, em dado ordenamento, sobrepõe-se, de todas as formas, o interesse público na persecução penal, estabelece-se um direito à prova ilimitado por parte do Estado: não há vedações de meios probatórios, não há regras de admissibilidade

⁹ GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa; José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro; Pedro da Silva Dinamarco. (Org.). *Linhas mestras do Processo Civil*. São Paulo, 2004, p. 397-422.

¹⁰ No sentido objetivo, prova é aquilo que pode levar ao magistrado o conhecimento da verdade dos fatos alegados em juízo. Em sentido subjetivo, “é aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto à verdade desses fatos” (AMARAL, 2000, p.329).

e de exclusão de provas nem restrições à valoração destas. Não há, enfim, ilicitude da prova. Tudo se justifica em prol da busca da verdade, que é perseguida a qualquer preço (...).

No outro extremo, havendo prevalência absoluta do interesse individual, a persecução penal estaria fadada ao fracasso. Não se admitiria, nessa ótica, nenhuma limitação aos direitos fundamentais, inclusive, ao *nemo tenetur se detegere*.

É preciso lembrar que o acusado não pode mais ser visto como objeto de prova, que o Estado não tem direito ilimitado à prova e que há limites para a busca da verdade no processo.

O acusado não pode ser compelido a produzir provas, mesmo aquelas que dependem dele para serem produzidas.

O *nemo tenetur se detegere* visa garantir que as práticas do Estado com relação a produção de provas não violem, além do direito ao silêncio, outros direitos do acusado, tais como a dignidade humana, a intimidade e a intangibilidade corporal, como será visto no tópico posterior.

3.3.1. Provas que dependem da cooperação do acusado para serem produzidas no direito brasileiro: provas invasivas e não invasivas

Dentre as provas que para serem produzidas dependem da colaboração do acusado trataremos das provas invasivas e não invasivas.

As provas invasivas são aquelas que para serem produzidas necessitam de intervenções no organismo humano, como por exemplo, exame de sangue. As não invasivas não penetram no organismo do homem, mas são realizadas a partir de vestígios do corpo humano, tais como exames de DNA realizados a partir de fio de cabelo.

O nosso Código de Processo Penal não possui regras específicas sobre o dever de colaboração do acusado na produção de provas, logo, caso se recuse a colaborar com a produção de provas invasivas ou não invasivas não pode ter tal recusa interpretada em seu desfavor.

Como já mencionado, o acusado não é obrigado a contribuir para a formação da convicção do magistrado, pois não é objeto de prova. Em observância ao *nemo tenetur se detegere*, a prova deve ser produzida sem a sua cooperação.

Assim, por força do *nemo tenetur se detegere*:

(...) o que se pode exigir do acusado é a participação passiva nas provas, como no reconhecimento, a extração de sangue, entre outras. Nessa ótica, o acusado deverá tolerar a produção da prova, desde que não haja ofensa à vida ou à saúde. Mas não se pode exigir, em contrapartida, que ele participe ativamente na produção das provas (como ocorre na reconstituição do fato, no exame grafotécnico ou no etilômetro). Somente neste último caso haveria ofensa ao *nemo tenetur se detegere*, se o acusado fosse compelido a colaborar na produção da prova (QUEIJO, 2003, p. 316).

Analisando o direito de não produzir prova contra si mesmo, o professor Carvalho (2003, p.169) aduz que “o que se proíbe é a coação para que o acusado forneça provas contra si, não a colaboração, nem as intervenções corporais.” Em estudo sobre intervenções corporais, o citado doutrinador (2003, p. 69) ensina que os exames de sangue ou extração de parte não destacada do corpo humano para exame de DNA, como o cabelo, não pode ser imposta a ninguém, pois viola a dignidade humana e o princípio que proíbe a auto incriminação. Continua o autor:

Entretanto, para controle do uso do álcool na direção de veículos, o exame é legítimo e há dever de deixar-se examinar, desde que não coercitivamente. E a legitimidade decorre não só do poder de polícia da administração pública que

visa a segurança da coletividade, em uma atividade de intenso risco, que é condução de veículos, como também da concordância tácita que o motorista concede à autoridade, quando se candidata a uma habilitação para dirigir.

Por fim, Carvalho (2003, p. 70) leciona que coletar material na superfície do corpo humano pode ser equiparado à busca pessoal e deve ser tratada com as regras do artigo 240, § 2º e artigo 244 do Código de Processo Penal, bem como os materiais deixados pelo homem podem ser apreendidos e sujeitos a exame.

3.3.1.1. As provas ilícitas na Constituição da República e no Processo Penal Brasileiro

A Constituição da República, no artigo 5º, inciso LVI, proibiu a produção de provas ilícitas. É certo que no direito constitucional anterior não havia dispositivo tão abrangente sobre o assunto, sendo que a Constituição de 1988 deu grande passo com relação a tal proibição.

O Código de Processo penal, no artigo 233, dispõe ser inadmissível a utilização de cartas particulares obtidas por meios criminosos, salvo utilização pelo destinatário em seu benefício. A Constituição da República, entretanto, proíbe a utilização de qualquer meio de prova que seja ilícito.

Importante esclarecer a distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas. A prova ilícita, *lato sensu*, compreende a prova ilícita em sentido estrito e a prova ilegítima.

Provas ilícitas, no contexto da Constituição da República, significam aquelas que violam direitos fundamentais, especialmente direitos da personalidade. O professor Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2004, p. 96), na obra *Processo Penal e (em face) da Constituição*, citando Celso Ribeiro Bastos, leciona que:

O dispositivo constitucional referido está inserido no Título II, da Constituição, que tutela os direitos e garantias fundamentais, ou seja, aqueles direitos concernentes às liberdades públicas e que correspondem a uma limitação de atividade do Estado na esfera jurídica do cidadão. (...) Nesse sentido, é forçoso concluir, portanto, que a Constituição deles cuidou, quis protegê-los, não cogitando, nessa parte, de formalidades processuais, o que justifica a exclusão de provas ilegítimas da proteção constitucional.

Prova ilegítima é aquela que viola normas processuais, ou seja, é produzida sem observar a forma estabelecida pela lei processual.

Com a vedação constitucional da utilização das provas obtidas ilicitamente surgiram várias manifestações na doutrina e jurisprudência sobre a produção de provas ilícitas.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira (2003, p. 109) manifestam-se a respeito do tema duas teses radicais:

De acordo com a primeira, deve prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtrai à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz; a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda, o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.

O professor citado (2003, p. 110) entende ser mais sensato conceder ao juiz liberdade para avaliar cada caso concreto e verificar qual dos males seria o menor. Menciona o princípio da proporcionalidade, que segundo ele:

Há que verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites por aquela determinados; ouse, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, e a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo.

Sobre o tema, assim se manifesta Guilherme Peña de Moraes (2004, p.118):

Advirta-se que as provas obtidas por meios ilícitos podem ser admitidas no processo, desde que a infração produza prejuízo inferior ao benefício trazido à instrução do processo, a critério da autoridade judiciária competente para a ponderação entre direitos fundamentais em jogo.

Ao contrário, o professor Leonardo Greco (2004, p.), no texto A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil, afirma que a utilização do princípio da proporcionalidade para a admissão ou não das provas ilícitas não é um critério totalmente seguro em virtude da falta de uma hierarquia clara entre os direitos fundamentais, salvo a vida, a integridade física, tidos como mais relevantes.

Apesar das divergências acima abordadas a Constituição da República resolveu o problema ao proibir, de maneira absoluta, a produção de provas ilícitas. Entre a intimidade e os demais direitos fundamentais e a obtenção de um resultado processual mais próximo da verdade dos fatos, prevaleceu a proteção daqueles bens. Desta maneira, “a Constituição assume que o Estado prefere não punir do que punir violando a personalidade das pessoas”.¹¹

Vittorio Denti, citado pelo professor Leonardo Greco¹², diz que “o problema das provas ilícitas não pode ser analisado no plano meramente processual, mas como garantia de respeito a direitos fundamentais protegidos por normas constitucionais.”

O professor Carvalho (2004, p. 98) admite a utilização da prova ilícita quando “a opção do constituinte demonstrar-se extremamente desarrazoada, a ponto de pôr em risco aqueles mesmos valores que a regra buscava proteger”. Segundo ele, pode ser admitida a prova ilícita se sua produção vier a resguardar valores constitucionais, como a liberdade de um réu.

Com relação ao uso de provas ilícitas em favor do réu, a doutrina nacional tem se mostrado receptiva. Segundo Mirabette (2004, p 280), é admissível a prova ilícita em favor do réu se for a única possível e, citando Antonio Scarance Fernandes, conclui:

Por isso já se começa a admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou da ponderação quanto á admissibilidade da prova ilícita. Se a prova foi obtida para resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado, não há que se falar em ilicitude e, portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova.

Nesse sentido são as lições de Fernando Capez (2005, p. 281):

A aceitação do princípio da proporcionalidade *por reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, a qual se apresenta como único meio de comprovar a

¹¹CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castnho. *Processo Penal e (em face) da Constituição: Princípios Constitucionais do Processo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 97 98.

¹²GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa; José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro; Pedro da Silva Dinamarco. (Org.). *Linhas mestras do Processo Civil*. São Paulo, 2004, p. 397-422.

inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem qualquer responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.

Por fim, ainda sobre a utilização de provas ilícitas pelo réu, importante citar o parágrafo único do artigo 233, do Código de Processo Penal, que versa sobre cartas obtidas ilicitamente. A legislação processual penal permite a utilização dessas cartas pelo réu em sua defesa. Outro argumento utilizado pela doutrina encontra fundamento nos artigos 24 e 25 do Estatuto Repressivo, pois o réu, ao utilizar tal prova, estaria acobertado pelo estado de necessidade ou legítima defesa, logo, não há que se falar em ilicitude, o que torna a prova admissível.

Percebe-se que a utilização das provas ilícitas deve ocorrer apenas em casos de extrema necessidade e em situações de emergência, desde que em favor do réu. A regra da inadmissibilidade só pode ser afastada para resolver adequadamente colisão de valores, fora isso, não há possibilidade de ser utilizada.

3.3.2. A prova ilícita e o princípio do *nemo tenetur se detegere*

Tendo em vista que é ilícita toda prova colhida mediante infringência de normas de direito material e processual as violações ao *nemo tenetur se detegere* conduzem a ilicitude da prova colhida sem sua observância.

Desta forma, a falta de advertência ao acusado quanto ao seu direito ao silêncio, a falta de informação ao acusado de que o exercício desse direito não pode gerar conseqüências negativas para sua defesa, a utilização de *lie detector*, tortura, e outras práticas que visem à colaboração do acusado, de maneira coercitiva, para auto-incriminar-se, conduzirão à ilicitude da prova.

Se o acusado é coagido para reconstituir os fatos criminosos, se se submete ao exame de sangue para coleta de DNA sob coação etc, essas provas deverão ser consideradas ilícitas e não poderão servir de elemento para formação do convencimento do juiz.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* também será violado se no momento em que o acusado estiver prestando depoimento ou sendo interrogado forem utilizadas técnicas capciosas para se extrair dele a confissão. Neste sentido, Binder (2003, p. 136) afirma que:

Não podem ser empregados, tampouco, perguntas capciosas ou sugestivas, nem ameaçar o acusado com que poderá lhe suceder, caso não confesse. Esses e outros procedimentos similares resultam atentatórios contra a garantia de que ninguém pode ser obrigado a depor contra si mesmo.

Entretanto, não é isso que tem ocorrido em nosso país. Frequentemente acompanhamos pelos meios de comunicação acusados que são submetidos no interrogatório a procedimentos que visam sugerir a prática do delito, bem como serem ironizados em seus depoimentos e comparados a marginais por estarem utilizando o direito constitucional ao silêncio.

Professo Geraldo Prado¹³, sobre o assunto, leciona que:

¹³ Prado, Geraldo. O Direito ao silêncio. Disponível em www.direitosfundamentais.com.br/html/artigo_odireitosilencio.asp. Acesso em: 29 de abril de 2006.

É que a prática do foro tem revelado, mediante o emprego de técnicas de dissimulação às inconscientes, que aquilo que a Constituição quis impedir de forma direta, tal seja, a coação da pessoa investigada de sorte a dela extrair a confissão, em muitos aspectos ainda esperada ansiedade, acaba invalidando o processo de modo sutil, sinuoso, esvaziando no plano prático indiscutível proteção constitucional.

A proibição da utilização da prova ilícita pela nossa Constituição foi um grande avanço para o direito pátrio e significa maior tutela a direitos fundamentais e outras normas materiais e processuais, garantindo ao cidadão que a prova não será obtida no processo a qualquer preço, bem como não poderá ser condenado se as provas que fundamentam a decisão judicial são ilícitas ou se derivaram desta prova.

4. Conclusão

É inegável a importância do estudo do princípio do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico nacional, pois após ser erigido como direito fundamental do acusado de não produzir prova contra si mesmo, tem gerado muitas controvérsias na doutrina com relação ao âmbito de sua incidência.

Percebe-se pelo breve relato histórico que desde a Antiguidade até os dias atuais por vários momentos da história o princípio deixou de ser observado, sendo certo que por vezes ele simplesmente desapareceu, como ocorreu na Idade Média.

No Iluminismo ganhou força e na Idade Contemporânea pode ser encontrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que apesar de não fazer menção expressa ao princípio, se referiu à presunção de inocência e estabeleceu não utilização da tortura. Foi na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, que o princípio do *nemo tenetur se detegere* veio insculpido no artigo 8, parágrafo 2, “g”, que dispõe que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se declarar culpado. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1776, estabelece que todo aquele que for acusado da prática de um crime não é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se confessar culpado, conforme artigo 14, n. 3, “g”.

No Brasil foi com a Constituição da República que o direito ao silêncio, uma das decorrências do *nemo tenetur se detegere*, se inseriu como direito fundamental do acusado. Está previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição da República, que dispõe que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

O princípio, por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Carta Magna, possui hierarquia constitucional, eis que incorporado no ordenamento jurídico pela norma acima, que dispõe que os direitos e garantias previstos na Constituição pátria não exclui outros que decorram do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais que o Brasil seja parte.

Atualmente temos algumas normas do código de processo penal referentes ao interrogatório do acusado que foram alteradas para garantir que seu silêncio não pode ser usado em prejuízo de sua defesa, mas ainda existem regras que expressamente violam o *nemo tenetur se detegere*, como por exemplo os artigos 198 e 260, todos do código de processo penal.

Discute-se se o réu tem o direito de se calar no interrogatório de qualificação. Não obstante parte da doutrina nacional defender que o direito ao silêncio só prevalecerá no interrogatório de mérito, melhor posição é a que defende que o direito deve ser exercido plenamente, tanto no interrogatório de mérito quanto no de qualificação. Aliás, o interrogatório deveria ser ato processual facultativo para a defesa, cabendo ao réu decidir se quer ou não comparecer a juízo para prestar declarações sobre a acusação que lhe estiver sendo feita.

Por fim, foi feito estudo sobre o direito à prova no processo penal e o princípio do *nemo teneur se detegere*, ficando claro que as provas produzidas com violação do princípio referido, sendo elas invasivas ou não invasivas, dependendo ou não da colaboração do réu para sua realização, serão consideradas ilícitas, não podendo ser valoradas pelo magistrado para formar seu convencimento.

São ilícitas também as provas obtidas através de técnicas de interrogatório que visam extrair do réu sua confissão, pois a Constituição da República garante seu direito ao silêncio e nada pode ser feito para que preste declarações contra sua vontade, sendo certo que do silêncio do acusado nada pode ser extraído para incriminá-lo.

É preciso lembrar que o acusado não pode mais ser visto como objeto de prova, que o Estado não tem direito ilimitado à produção da prova e que há limites para a busca da verdade no processo, sendo certo que o *nemo tenetur se detegere* visa garantir que as práticas do Estado com relação a produção de provas não violem, além do direito ao silêncio, outros direitos do acusado, tais como a dignidade humana, a intimidade e a intangibilidade corporal.

Referências

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL, *Constituição da República Federativa; Código Civil e Código de Processo Civil*. Coleção Mini Códigos. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL, *Código de Processo Penal*. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt; Lívia Céspedes, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castnho. *Processo Penal e (em face) da Constituição: Princípios Constitucionais do Processo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. Campinas: Bookseller, 2002, 3v.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, 3v.

GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa; José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro; Pedro da Silva Dinamarco. (Org.). *Linhas mestras do Processo Civil*. São Paulo, 2004, v, p. 397-422.

_____. *O conceito de prova*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goitacases, v. 4 e 5, p. 213-270, 2005.

_____. *Garantias Fundamentais do processo: O Processo Justo*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, ano 7, n 6, p. 4 - 49, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2 tiragem. São Paulo: Millenium. 2003, 2v.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Guilherme Peña. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as Provas Ilicitamente obtidas*. 6 série. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. O Direito ao silêncio. Disponível em www.direitosfundamentais.com.br/html/artigo_odireitosilencio.asp. Acesso em: 29 de abril de 2006.

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

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 1976. 4v.

_____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 21 ed. São Paulo: Saraiva. 2000. 2v.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.