



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO PÚBLICO

WAGNER MARTELETO FILHO

O PRINCÍPIO E A REGRA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO:
OS LIMITES DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Uberlândia – MG
2011

WAGNER MARTELETO FILHO

O PRINCÍPIO E A REGRA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO:
OS LIMITES DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Guedes de Paula Machado.

Uberlândia – MG
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

O PRINCÍPIO E A REGRA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO:
OS LIMITES DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

WAGNER MARTELETO FILHO

Orientador: Prof. Dr. Fábio Guedes de Paula Machado
Universidade Federal de Uberlândia

Prof. Dr. Maurício Zanoide de Moraes
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Renato de Mello Jorge Silveira
Universidade de São Paulo

Uberlândia, 04 de Agosto de 2011.

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação à minha esposa, Juliana, e à minha filha, Carolina, pelo amor incondicional, mesmo nos tempos mais difíceis. Nada seria possível sem vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu prezado Orientador, Dr. Fábio Guedes de Paula Machado, pelos preciosos conselhos, correções de rota e, especialmente, pelo auxílio na escolha do tema, há alguns anos, em uma conversa informal e despretensiosa no gabinete.

Agradeço à minha querida amiga, Fernanda Sabrinni Pereira, pelo inestimável auxílio na revisão metodológica, pelas ricas trocas de idéias e pelo alegre convívio durante toda a elaboração desta dissertação.

Agradeço aos colegas do Ministério Público que colaboraram com a realização do mestrado, especialmente ao Dr. Breno Linhares Lintz, pelas substituições.

“Um pacto segundo o qual alguém se acusa a si mesmo, sem garantia de perdão, é igualmente inválido. Pois na condição de natureza, em que todo homem é juiz, não há lugar para a acusação, e na república civil a acusação é seguida pelo castigo; como este é força, ninguém é obrigado a não lhe resistir.”

Thomas Hobbes - Leviatã

Resumo

A dissertação investiga a evolução histórica e a situação da garantia contra a autoincriminação na contemporaneidade, nos ordenamentos jurídicos alienígenas e brasileiro. Aponta-se que o objetivo principal da criação da garantia consistiu na tutela da dignidade pessoal do acusado, resguardando-se sua liberdade de comunicação, em oposição aos métodos inquisitoriais, comprometidos com a obtenção da confissão a qualquer custo. Sustenta-se que o *nemo tenetur* somente se efetivou no final do século XVIII, com a prevalência do sistema adversarial e com a garantia do direito de defesa por advogado, no *common law*, bem como com a superação do sistema inquisitório, no *civil law*, sob a influência da filosofia iluminista. Investiga-se, sob um enfoque positivista, a estrutura normativa da garantia, na qual se encontram amalgamadas as espécies normativas de princípio e de regra. Propõe-se que o plano principiológico, ou de proteção *prima facie*, identifica-se com o direito de não cooperar com a produção da prova, nível em que a garantia comporta restrições. Tais restrições compreendem a cooperação passiva (obtida através de reconhecimentos pessoais, registros, inspeções e intervenções corporais coercitivas) e inconsciente (obtida com o emprego de meios enganosos), que se revelam necessárias para a tutela de outros direitos fundamentais envolvidos no processo. Sustenta-se que, no nível da regra, situam-se o direito ao silêncio, por ocasião dos interrogatórios formais, e o direito a não realização de conduta ativa que introduza informação ao processo. Neste plano, defende-se que não se admitem quaisquer restrições, sob pena de violação do conteúdo essencial da garantia. Observa-se, ainda, que as restrições à garantia demandam previsão legal e obediência estrita ao princípio da proporcionalidade, sob pena de se transmudarem em verdadeiras violações, causadoras da ilicitude da prova produzida. Sustenta-se, enfim, que a garantia contra a autoincriminação é uma pedra de toque do processo penal democrático, impedindo a coisificação do acusado e preservando sua autonomia ética. Nada obstante, argumenta-se que o *nemo tenetur* é passível de limites em seu plano principiológico, que surgem em virtude das inevitáveis colisões entre direitos fundamentais no Estado Social e Democrático de Direito, desafiando a decotação de seus aspectos hipertróficos, no escopo de se estabelecer a almejada zona de equilíbrio entre os legítimos interesses em jogo no palco do processo.

Résumé

La thèse s'intéresse à l'évolution historique et à la situation de garantie contre l'auto-incrimination, dans les jugements juridiques concernant les étrangers dans le monde contemporain et au Brésil. Ce travail souligne que le principal objectif de la création de la garantie consiste en la protection de la dignité personnelle de l'accusé, en défendant sa liberté de communication, par opposition aux méthodes inquisitoriales, qui s'engagent à obtenir les aveux à tout prix. Il a été montré que le *nemo tenetur* ne s'est concrétisé qu'à la fin du XVIIIe siècle, avec la prévalence du système accusatoire et la garantie du droit de défense par un avocat en *common law*, mais aussi avec la vancue du système inquisitoire, en *civil law*, sous l'influence de la philosophie des Lumières. L'on a étudié, selon une approche positiviste, le cadre normatif de garantie, dans lequel sont fusionnées les espèces normatives du principe et de l'État. Il est proposé que le plan de principe ou de protection *prima facie* s'identifie comme le droit de ne pas coopérer avec la production de la preuve, niveau dans lequel la garantie comporte des restrictions. Ces restrictions incluent une coopération passive (obtenue grâce aux reconnaissances personnelles, enregistrements, inspections et aux interventions corporelles coercitives) et de l'inconscient (obtenue avec l'utilisation de moyens trompeurs), qui sont nécessaires à la protection d'autres droits fondamentaux mis en cause. Il fait valoir que, au niveau de la règle, se trouvent le droit au silence, à l'occasion de l'interrogatoire formel, et le droit de ne pas procéder à une conduite active incorporant l'information au processus. Dans ce sens, il est démontré qu'aucune restriction n'est admise, sous peine de violation du contenu essentiel de la garantie. De même, l'on observe que les restrictions à la garantie impliquent préalablement une prévision légale et le strict respect du principe de proportionnalité, sans quoi elles se convertiraient en violations majeures, annulant la licéité de la preuve produite. Finalement, l'on peut dire que la garantie contre l'auto-incrimination est une pierre angulaire de la procédure pénale démocratique, empêchant la déshumanisation de l'accusé et préservant son autonomie éthique. Néanmoins, il est soutenu que le *nemo tenetur* est soumis à des limites sur le plan de principe, qui surgissent en vertu de collisions inévitables entre les droits fondamentaux dans le domaine social et démocratique de l'État de Droit, en contestant la décotation de ses aspects hypertrophiques, c'est-à-dire l'établissement de la zone d'équilibre désirée entre les intérêts légitimes en jeu dans le stade du processus.

SUMARIO

INTRODUÇÃO	1
1 APONTAMENTOS HISTÓRICOS: AS ORIGENS DO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>.....	7
1.1 As fontes remotas do <i>Nemo Tenetur se Detegere</i> no <i>Jus Commune</i> ..	8
1.1.1 <i>Nemo Tenetur Punitur sine Acusatore</i>	9
1.1.2 <i>Nemo Tenetur Detegere Turpitudinem Suam</i>	11
1.1.3 Os argumentos contrários ao <i>nemo tenetur</i>	12
1.2 O Sistema Inquisitorial na Europa Continental	13
1.3 O Sistema Processual do <i>Common Law</i> na idade média e no início da idade moderna: o berço do <i>privilege against self-incrimination</i>.....	19
1.3.1 Ordálias, Batalhas, Compurgação e <i>Trial Jury</i>	19
1.3.2 As Cortes Eclesiásticas e o Juramento de Ofício	23
1.3.2.1 <i>High Comission Court</i> versus Cortes do <i>common law</i> : o direito ao silêncio em debate.....	28
1.3.3 O desenvolvimento do <i>privilege</i> nas Cortes do <i>common law</i> : <i>Confession Rule</i> , <i>Disqualification for Interest</i> e <i>Witness Privilege</i>	30
1.3.4 O desenvolvimento do <i>Privilege</i> nos Estados Unidos (período colonial e pósindependência)	35
1.4 A Consolidação da Garantia	37
1.5 A Evolução da Garantia Contra a Autoincriminação no Brasil	40

2 A GARANTIA FUNDAMENTAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO NA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ESTRUTURA NORMATIVA, CONTEÚDO ESSENCIAL E LIMITES.....	46
2.1 Conceitos Juspositivo de Direitos Fundamentais	47
2.2 Limites Imanentes ou Restrições dos Direitos Fundamentais: as Teorias Interna (Coerentista) e Externa (Conflitivista)	54
2.3 Estrutura das Normas Jusfundamentais: Princípios e Regras	58
2.3.1 Intervenções Legislativas: as restrições e violações dos direitos fundamentais.....	62
2.4 O Princípio e a Regra da Não Autoincriminação.....	65
2.5 A Regra da Não Autoincriminação: o Direito ao Silêncio e à Não Realização de Conduta Ativa que Introduza Informação ao Processo	66
2.5.1 O direito de permanecer calado.....	66
2.5.1.1 Métodos Proibidos de Interrogatório	70
2.5.1.2 Os Deveres de Advertência.....	72
2.5.1.3 Extensão Subjetiva do Direito ao Silêncio.....	75
2.5.1.3.1 O Direito ao Silêncio da Testemunha.....	75
2.5.1.3.2 O Direito ao Silêncio do Acusado sobre Fato de Terceiro.....	77
2.5.3.1.3 A Extensão da Garantia para as Pessoas Jurídicas.....	79
2.5.2 O Direito a Não Realizar Conduta Ativa que Introduza Informação ao Processo	84
2.5.2.1 Os Testes de Alcoolemia.....	85

2.5.2.2 A participação na reconstituição do crime e o fornecimento de padrões gráficos	88
2.6 O Princípio da Não Autoincriminação: O Direito de Não Cooperar ..	89
2.6.1 A Cooperação Passiva	90
2.6.2 A Cooperação Inconsciente	92
2.7 O Princípio da Proporcionalidade como Limite às Restrições de Direitos Fundamentais: aplicações no âmbito do <i>nemo tenetur</i>	93
2.7.1 O Subprincípio da Idoneidade	95
2.7.2 O Subprincípio da Necessidade	98
2.7.3 O Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito	100
2.8 Os Deveres de Proteção e a Legitimidade de Imposição de Restrições à Garantia Contra a Autoincriminação para a Salvaguarda de Direitos Fundamentais	102
3 AS RESTRIÇÕES DA GARANTIA FUNDAMENTAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO: A COOPERAÇÃO PASSIVA E A COOPERAÇÃO INCONSCIENTE	105
3.1 A Cooperação Passiva: O Acusado como Objeto de Prova	106
3.1.1 Buscas, Registros, Inspeções e Reconhecimentos Pessoais	107
3.1.2 As Intervenções Corporais <i>Strictu Sensu</i>	110
3.1.2.1 Direitos Fundamentais Afetados pelas Intervenções Corporais	114
3.1.2.1.1 O Direito à Intimidade	115
3.1.2.1.3 Direito à Integridade Física e Moral	121
3.1.2.1.4 Direito à Liberdade	124

3.1.2.1.5 Direito à Não Autoincriminação.....	126
3.1.2.2 Sujeito Passivo das Intervenções Corporais	128
3.1.2.2.1 Possibilidade de Coerção diante da Recusa do Sujeito Passivo: Opções Legislativas Distintas	129
3.1.2.2.1 a) Na Europa: Alemanha, Espanha, Portugal e Itália	131
3.1.2.2.1 b) Na América do Sul: Argentina, Chile, Colômbia, Equador, Uruguai e Peru.....	138
3.1.2.2.1 c) As Intervenções Corporais Coercitivas no Sistema do <i>Common Law</i> : Inglaterra e Estados Unidos.....	141
3.1.2.3 Requisitos Objetivos.....	144
3.1.2.3.1 Autorização Judicial como Regra.....	144
3.1.2.3.2 Existência de Indícios Suficientes: a observância do subprincípio da idoneidade	147
3.1.2.3.3 Gravidade da Infração e Indispensabilidade da Medida: a observância dos subprincípios da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito	149
3.1.2.3.4 A Ausência de Riscos para a Saúde	152
3.1.3 A Investigação Genética: Aplicação Forense, Métodos e Valoração dos Resultados	153
3.1.3.1 Breves Notas sobre as Origens do Exame de DNA.....	153
3.1.3.2 Aplicação Forense e Métodos de Exame.....	155
3.1.3.3 Confiabilidade e Valoração do Exame de DNA	157
3.1.4 As Intervenções Corporais Coercitivas e os Exames de DNA no Sistema Processual Brasileiro.....	159

3.2 A Autoincriminação Inconsciente: os meios enganosos	165
3.2.1 O Combate ao Crime Organizado e a Preservação dos Direitos Fundamentais: a busca por uma zona de equilíbrio.....	166
3.2.2 Uma Advertência Prévia: Necessidade de Observância do Princípio da Proporcionalidade	171
3.2.3 Os Homens de Confiança.....	172
3.2.3.1 Conceito e Subespécies	173
3.2.3.2 Disciplina Legal e Atos Executáveis pelos Homens de Confiança...	174
3.2.3.3 A Legitimidade das Provas Colhidas pelos Homens de Confiança à Luz da Garantia Contra a Autoincriminação (e de outros Direitos Fundamentais).....	178
3.2.4 As Interceptações Ambientais e Telefônicas, as Gravações Clandestinas e o <i>Nemo Tenetur</i>	184
3.2.4.1 As Interceptações Ambientais.....	185
3.2.4.2 As Gravações Clandestinas	191
3.2.4.3 As Interceptações Telefônicas.....	193
3.2.4.4 Os meios enganosos e o <i>Nemo Tenetur</i> : síntese crítica	196
4 CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO: AS PROVAS ILÍCITAS E O <i>NEMO TENETUR</i>...	201
4.1 Provas Ilícitas e Ilegítimas: conceitos preliminares.....	202
4.1.1 Violações da Garantia no Plano da Regra	204
4.1.2 Violações da Garantia no Plano do Princípio.....	206
4.2 Provas Ilícitas por Derivação: a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e sua relação com o <i>Nemo Tenetur</i>.....	207

4.3 O Tratamento Jurisprudencial da Prova Ilícita em Matéria do <i>Nemo Tenetur</i>: perspectivas do <i>civil law</i> e do <i>common law</i>	211
4.3.1 As Decisões da Suprema Corte Estadunidense e o <i>Nemo Tenetur</i>	213
4.3.2 Decisões das Cortes Europeias, do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o <i>Nemo Tenetur</i>	216
4.3.2.1 Alemanha	216
4.3.2.2 Espanha	222
4.3.2.3 Brasil.....	224
4.3.2.4 Tribunal Europeu de Direitos Humanos	226
4.3.2.5 Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	230
CONCLUSÃO	232
BIBLIOGRAFIA.....	237
ÍNDICE.....	249

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo investigar as origens históricas, os objetivos, a estrutura normativa, o conteúdo essencial, e os limites da garantia contra a autoincriminação, realizando-se uma revisão crítica de sua situação no sistema processual penal brasileiro.

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* garante, na contemporaneidade, que qualquer contribuição do arguido, que resulte em desfavor de sua posição processual, seja uma afirmação livre, de um verdadeiro sujeito processual. Tem o significado de uma pedra de toque, extremando os modelos processuais acusatório e inquisitivo.

Pode-se mesmo afirmar que a história do *nemo tenetur se detegere* se confunde com a história do processo penal, porquanto se situa no âmago de suas categorias fundantes, como a presunção de inocência, a ampla defesa e a distribuição do ônus da prova.

Assim, a compreensão da garantia e de seus limites exige o estudo de sua evolução secular, atravessando modelos de Estado (Absolutista/Liberal/Social) e processo (inquisitivo/acusatório) absolutamente distintos, nos quais as relações políticas se transformaram intensamente, desde o medievo até a contemporaneidade.

Com efeito, da relação súdito/soberano do Estado Absolutista, reproduzida no sistema inquisitorial, até a relação cidadão/Estado, reproduzida no sistema acusatório, a posição do arguido se modificou substancial e gradativamente. De mero objeto de prova, o acusado passa a assumir a condição de verdadeiro sujeito processual, do qual não se pode exigir um contributo ativo para o acerto do caso penal.

É certo que a garantia contra a autoincriminação, consubstanciada, particularmente, no direito ao silêncio e sedimentada na presunção de inocência, apresenta-se como uma das principais notas do sistema acusatório e do processo penal democrático, encontrando-se prevista na Constituição Federal (art.5º, LXIII) e nos principais Tratados Internacionais, possuindo a natureza jurídica de um verdadeiro direito/garantia fundamental de primeira dimensão ou de defesa.

Na verdade, verifica-se que o reconhecimento da garantia contra a autoincriminação não é mais um problema dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, senão o é a definição de seu conteúdo essencial e de seus limites.

Nesta seara, a revisão crítica da doutrina e da jurisprudência brasileiras indica que os contornos do *nemo tenetur* não se encontram, por aqui, bem delineados, tendendo-se para uma hipertrofia sem paralelo nos ordenamentos alienígenas pesquisados.

Com efeito, no Brasil, a doutrina amplamente majoritária sustenta que a proteção contra a autoincriminação permite que o acusado se recuse a cooperar com a produção da prova, seja produzindo manifestações intelectuais ou de conteúdo testemunhal (direito ao silêncio), seja praticando conduta ativa (tal como o fornecimento de padrões gráficos para exame grafotécnico, de sopro em etilômetro, etc), seja através de conduta meramente passiva (como o fornecimento de sangue ou material genético para exame de DNA ou teste de alcoolemia).

Há, portanto, uma inegável e indevida hipertrofia da garantia. Indevida porque, como todo direito ou garantia fundamental, não pode, a proteção contra a autoincriminação, ser absolutizada, sob pena de se desgarnecerem outros direitos fundamentais em jogo no processo.

Como é cediço, em um Estado Social e Democrático de Direito, nenhuma garantia individual há de ser tratada como absoluta, devendo ser fixados limites aos direitos fundamentais de cada indivíduo, compatibilizando-os com os direitos dos demais e viabilizando-se a convivência em sociedade.

Se a busca pela verdade histórica, no processo democrático e garantista, não pode ser realizada a qualquer preço, também não deve ser cerceada por uma concepção superdimensionada do *nemo tenetur*, descompassada com a evolução científica, com os ordenamentos jurídicos internacionais e com os princípios comunitários do Estado Social e Democrático de Direito.

Não se deve, nesse sentido, engessar a atividade probatória, prendendo-se o processo penal contemporâneo a meios de prova obsoletos,

que somente incrementam as margens de erro judiciário, como, *verbi gratia*, a prova testemunhal.

Uma vez admitida a necessidade de fixação de limites à garantia contra a autoincriminação, faz-se imperiosa a análise de sua estrutura normativa, no sentido de se identificar seu conteúdo essencial – ou plano da regra, que não pode ser atingido -, e seu plano principiológico, ou de proteção *prima facie*, que admite restrições.

No plano do princípio, a garantia outorga um direito, *prima facie*, de não cooperação com a produção da prova, seja ativa ou passivamente.

No plano da regra, tem-se que o acusado não pode ser compelido a prestar declarações por ocasião de interrogatórios formais, atuando como testemunha contra si mesmo; não pode, outrossim, ser constrangido a praticar conduta ativa que introduza informação ao processo. Neste nível, não há espaço para restrições, sob pena de violação do conteúdo essencial.

Porém, no plano principiológico, verifica-se, nos ordenamentos alienígenas pesquisados, a tendência de imposição de limites ao *privilege against self-incrimination*, permitindo-se que o acusado seja, a um só tempo, sujeito processual e objeto de prova.

Sustenta-se que o réu possui deveres de cooperação passiva no tocante à produção de provas, legitimando-se, por conseguinte, a realização de *inspeções, buscas pessoais, registros, reconhecimentos pessoais* e mesmo das *intervenções corporais coercitivas*, no sentido de se colher material genético para a realização de exames de DNA e de outras perícias.

É o que se constata, *verbi gratia*, na Alemanha, na Espanha, na Itália, na Inglaterra, em Portugal e nos Estados Unidos, bem como em vários países sul-americanos, como a Argentina, o Chile, o Peru e a Colômbia, com as particularidades de cada ordenamento.

Ainda em relação aos possíveis limites da garantia, há que se examinar, criticamente, a utilização dos *meios enganosos*, a saber, dos homens de confiança, bem como das gravações ambientais e interceptações telefônicas, que redundam em cooperação inconsciente ou involuntária do acusado com a produção da prova, afetando-se a proteção contra a autoincriminação em seu plano de proteção *prima facie*.

Nesse ponto específico, nota-se que as restrições impostas pelos meios enganosos não têm recebido a atenção devida no Brasil, debilitando-se o *nemo tenetur*, que deve ser reabilitado e alocado no tabuleiro sempre que se examine a legitimidade de tais meios de prova. É dizer, neste âmbito, verifica-se uma *atrofia* da garantia no Brasil.

Uma vez examinadas as questões do conteúdo e dos limites impositivos ao *nemo tenetur*, será enfrentada, por fim, a questão da ilicitude da prova decorrente da violação da garantia, passando-se pelas temáticas das proibições probatórias (*Beweisverbote*), das regras de exclusão (*exclusionary rules*), da teoria dos frutos da árvore envenenada (prova ilícita por derivação) e das suas respectivas limitações.

Quanto à metodologia, a pesquisa será eminentemente teórico-bibliográfica e documental, com a utilização dos métodos histórico e comparativo.

A opção pelo método histórico se deve à necessidade de se identificar as causas que provocaram a criação e o desenvolvimento da garantia contra a autoincriminação, bem como os objetivos que esta visava, originalmente, alcançar.

A opção pelo método comparativo se dá porque a doutrina e jurisprudência alienígenas, principalmente dos países europeus como Espanha, Itália, Portugal e Alemanha, enfrentaram, de forma dogmaticamente profunda, a temática do *nemo tenetur*, sendo certo que seu estudo pode contribuir para o desenvolvimento do tema no Brasil.

A dissertação encontra-se estruturada em quatro capítulos.

No capítulo 1, cuidar-se-á do desenvolvimento histórico da garantia, com o estudo dos ordenamentos continentais e do *common law* (Inglaterra e Estados Unidos) entre os séculos XII e XIX.

Primeiramente, realizar-se-á uma incursão no *jus commune* medieval, onde o princípio encontra suas origens mais remotas. Em sequência, serão examinados os sistemas do *common law*, passando-se pelos conflitos entre as jurisdições seculares e eclesiásticas, ocorridos entre os séculos XVI e XVIII, na Inglaterra; pela efetivação do *privilege against self-incrimination* nas Cortes do *common law*, no século XIX; pelo desenvolvimento da garantia nas

colônias britânicas e pela sua inserção na Constituição Federal Americana, através da 5ª Emenda, em 1791.

Ainda no âmbito do escorço histórico, examinar-se-á, paralelamente, o desenvolvimento da garantia no *civil law*. Será estudado o sistema inquisitorial, que imperou na Europa Continental entre os séculos XII e XVIII, no qual inexistia qualquer proteção contra a autoincriminação, ao menos até a eclosão da Revolução Iluminista, em 1789.

Por derradeiro, serão feitos apontamentos sobre a consolidação da garantia no século XIX, com a supremacia do sistema acusatório, bem como sobre seu desenvolvimento e consolidação no ordenamento jurídico brasileiro.

O resgate histórico objetiva desvelar que o *privilege against self compelled incrimination* (na expressão anglossaxônica) desenvolveu-se, fundamentalmente, para proteger a liberdade de manifestação testemunhal do acusado, apresentando-se como um escudo contra o emprego de métodos destinados a extorquir-lhe a confissão, típicos do sistema inquisitorial.

No capítulo 2 examinar-se-á a dogmática dos direitos fundamentais, com atenção destacada para o conceito juspositivo de tais direitos, para sua estrutura normativa e seus limites no Estado Social de Direito. Analisar-se-ão, outrossim, as distinções entre princípios e regras, no escopo de se sustentar que a garantia contra a autoincriminação possui uma estrutura complexa, englobando as duas espécies normativas. Tal abordagem visa identificar o conteúdo essencial do *nemo tenetur* e aferir a possibilidade de imposição de restrições ao seu plano princiológico, em harmonia com a dogmática dos demais direitos fundamentais.

No capítulo 3, serão apontadas as regulamentações dos meios de prova limitadores do *nemo tenetur* nos ordenamentos jurídicos europeus, sul-americanos e estadunidense, especificamente daqueles que implicam em cooperação passiva e inconsciente. Realizar-se-á, ainda, um estudo, reconhecidamente tímido, da doutrina e da jurisprudência da Alemanha, Itália, França, Inglaterra, Espanha, Estados Unidos e Argentina concernentes à problemática dos limites do *nemo tenetur*.

No capítulo 4, será enfrentado o tema da ilicitude da prova decorrente da violação do *nemo tenetur*, seja no plano da regra, seja no plano do princípio, com a indicação e abordagem crítica de decisões de Tribunais Internacionais (Corte Européia de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos) e alienígenas (Tribunal Constitucional Alemão, Supremo Tribunal Alemão, Tribunal Constitucional Espanhol e Suprema Corte Estadunidense), bem assim do Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

Para se atingir tais objetivos, será realizada revisão bibliográfica, com emprego do método dedutivo, estudando-se os principais autores que escreveram sobre o tema no direito brasileiro e alienígena. Serão, outrossim, investigadas as fontes documentais (jurisprudência e legislação), com aplicação do método indutivo.

Parte-se de um referencial teórico positivista e funcional-garantista, no qual os direitos fundamentais são sempre tomados em uma dupla perspectiva - individual e coletiva - sem se descuidar dos direitos e garantias individuais e, a um só tempo, sem se abrir mão da eficiência na proteção dos bens jurídicos sociais mais relevantes, pela viabilização da atuação legítima do *jus puniendi*.

Por fim, objetiva-se que o princípio do equilíbrio na tutela dos direitos individuais e coletivos seja o marco ideológico da presente pesquisa, que não pretende, por óbvio, ser neutra, e que se desenvolve em uma realidade histórica concreta, no solo de um Estado Social e Democrático de Direito.

1 APONTAMENTOS HISTÓRICOS: AS ORIGENS DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

A abordagem do histórico do *nemo tenetur* tem por escopo a obtenção de um conhecimento mais amplo sobre o conteúdo essencial da garantia, seja pela via da apreciação de seus objetivos originais, seja pela observação de suas dilatações e contrações identificáveis em sua vida secular.

Em obséquio à epistemologia clássica das ciências sociais, acentua-se que não há como compreender a extensão e os objetivos contemporâneos da garantia sem lançar os olhos para seu passado.

De início, pode-se anotar que a garantia contra a autoincriminação deita suas remotas raízes no *jus commune*¹ medieval, tendo acento no direito canônico através da fórmula *nemo tenetur se ipsum prodere* (ninguém é obrigado a acusar a si mesmo).

Há, no entanto, um intenso e caloroso debate doutrinário acerca das verdadeiras origens da garantia, sustentando, alguns estudiosos, que esta, sob a fórmula anglossaxônica do *privilege against self-incrimination*, foi um produto das disputas travadas entre as Cortes do *common law* e as Cortes Eclesiásticas, ocorridas notadamente entre os séculos XVI e XVII, na Inglaterra². Outros situam o berço da garantia nos séculos XVIII e XIX, com a permissão do exercício da defesa por meio dos advogados, até então vedada nas Cortes do *common Law*, e com a superação do sistema conhecido como *accused speaks*³.

Na presente busca pelas fontes históricas da garantia, serão abordados os seguintes tópicos: **1.** as fontes remotas do *nemo tenetur* no *jus commune*; **2.** o sistema inquisitorial na Europa Continental; **3.** o emprego do

¹ O *jus commune* representa a combinação entre as leis romanas e canônicas, que foi o produto do ressurgimento da ciência jurídica no século XII. Anteriormente à Codificação, o *jus commune* era aplicado nas Cortes Continentais, sempre que não houvesse um regulamento ou costume em sentido contrário, e nas Cortes Eclesiásticas Inglesas. Cf. HELMHOLZ, R.H. Introduction. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self incrimination: Its origins and development*. Chicago: University of Chicago Press, 1997, p.7.

² WIGMORE, John H. The privilege against self-incrimination: its history. *Harvard Law Review*, Cambridge, The Harvard Law Review Association, v.16, 1902, p.633-637.

³ LANGBEIN, John H. The privilege and common law criminal procedure: The sixteenth to the eighteenth centuries. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*. Chicago: University of Chicago Press, 1997, p.84.

juramento de ofício (*oath de veritate dicenda*) nas Cortes Eclesiásticas; **4.** as disputas entre as Jurisdições Eclesiástica e Secular, ocorridas entre os séculos XV a XVII, na Inglaterra; **5.** o desenvolvimento da garantia nas Cortes do *common law*, nos séculos XVIII e XIX **6.** o desenvolvimento do *privilege* nos Estados Unidos **7.** a consolidação da garantia no século XIX. **8.** por fim, a evolução histórica da garantia no sistema jurídico brasileiro

Face às profundas diferenças entre os sistemas do *common law* (predominantemente acusatório) e de direito continental (inquisitivo), recomenda-se estudá-los separadamente.

Antes da separação, analisar-se-ão, previamente, as fontes mais remotas do *nemo tenetur*, no seio do *jus commune*, porquanto influenciaram, de algum modo e ainda que com distinta intensidade, tanto o direito comum como o continental.

1.1 As fontes remotas do *Nemo Tenetur se Detegere* no *Jus Commune*

Conforme já se destacou, a máxima latina *nemo prodere se ipsum* originou-se no *jus commune* europeu, no período medieval. Suas origens são incertas, destacando-se que a máxima era desconhecida na lei romana clássica⁴.

As leis canônicas medievais, que compunham a metade eclesiástica do *jus commune*, continham a regra de que *no person ist to be compelled to accuse himself*, tendo, os canonistas, feito uso do latim para estabelecer o princípio⁵.

Aponta-se que uma das mais antigas referências à máxima encontra-se em um decreto de Graciano, um monge italiano que compilou, em 1151, o direito canônico. O decreto consistia na seguinte assertiva: “*eu não lhe digo que se incrimine a si mesmo publicamente, nem se acuse a si mesmo em*

⁴ ALSCHULER, Albert W. A peculiar privilege in historical perspective. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*. Chicago: University of Chicago Press, 1997, p.185.

⁵ HELMHOLZ, R.H. The privilege and the *jus commune*: The middle ages to the seventeenth century. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*, 1997, p.17.

frente aos outros” ⁶.

Durante a idade média, o *nemo tenetur* havia se tornado um lugar comum, tendo sido objeto de comentários em um dos mais importantes manuais de procedimentos do medievo, a saber, o *Speculum iudiciale*, de William Durantis, compilado em 1296 ⁷.

Impende ressaltar que, como era usual no *jus commune*, as regras estabelecidas possuíam exceções, extensões e restrições, o que muitas vezes as enfraqueciam e as tornavam controvertidas.

Assim, insta direcionar o olhar para a alta idade média, no sentido de se verificar quais eram os argumentos que sustentavam o *nemo tenetur*, bem como quais eram as limitações e exceções impostas a ele.

Esclareça-se que, durante o medievo, os conflitos envolvendo o direito de não se autoincriminar não foram tão intensos, especialmente porque, de início, as Cortes Eclesiásticas não impunham castigos corporais nem penas privativas de liberdade, e porque - sustentava-se então - o objetivo destas não era tanto punir, senão “melhorar” a pessoa do acusado, possuindo um “caráter medicinal” ⁸.

De qualquer modo, interessa, agora, investigar os argumentos favoráveis e contrários ao *nemo tenetur* extraídos do *jus commune*, aos quais se fará referência por ocasião dos vindouros debates ocorridos na Inglaterra e no continente, nos séculos XVI, XVII, XVIII e XIX.

1.1.1 *Nemo Tenetur Punitur sine Acusatore*

A máxima latina *nemo tenetur punitur sine acusatore* estabelecia que nenhum juiz poderia instaurar, por sua própria iniciativa, um procedimento contra alguém, sendo necessária a existência de uma acusação formal.

Cuidava-se de evitar, assim, as denominadas *fishing expeditions*,

⁶ LEVY, Leonard W. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee, 1999, p.21.

⁷ HELMHOLZ, R.H. The privilege and the *jus commune*: The middle ages to the seventeenth century. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*, 1997, p.17.

⁸ Idem, op. cit., p.30.

destinadas a descobrir evidências de ilícitos através do próprio acusado, submetendo-o ao juramento de ofício ⁹.

Havia inúmeros fundamentos que sustentavam a regra, sendo o principal deles extraído das Sagradas Escrituras.

Tomava-se por precedente a passagem bíblica na qual Jesus absolve a mulher adúltera, em virtude da inexistência de um acusador. Em referida passagem, Jesus indaga à mulher onde estão seus acusadores, bem como se alguém a condenou. Diante da resposta da mulher, dando conta da inexistência de acusadores e de condenação, Jesus declara “então eu também não a condeno”.

Esse era, de fato, um argumento de autoridade, na medida em que postulava que o procedimento de ofício, sem um acusador legitimado, violava a lei divina.

O segundo argumento era o de que o processo de ofício pervertia uma regra fundamental da Justiça, qual seja, a imparcialidade do juiz.

Sem a existência de um acusador, a objetividade e a imparcialidade do julgador seriam extremamente afetadas, violando-se uma regra de justiça natural.

O terceiro argumento sustentava que o procedimento *ex officio* violava leis positivas da igreja e normas do direito canônico.

Partia-se, como era usual no *jus commune*, de uma regra excepcional para se chegar à regra geral. O raciocínio desenvolvido era o seguinte: para que pudesse ocupar um cargo eclesiástico, os superiores do pretendente deveriam instaurar, *ex officio*, uma investigação acerca da vida do clérigo, no sentido de averiguar suas possíveis faltas. Nesta investigação, prescindia-se de uma acusação formal e o pretendente era submetido ao juramento de *veritate dicenda*. Portanto, uma vez que o procedimento de ofício só seria admissível excepcionalmente, em tal situação, não seria legítimo adotá-lo de forma generalizada ¹⁰.

⁹ HELMHOLZ, R.H. The Privilege and the *jus commune*: The middle ages to the seventeenth century. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*, 1997, p. 20.

¹⁰ Idem, op. cit., p.22.

1.1.2 *Nemo Tenetur Detegere Turpitudinem Suam*

Além dos ataques ao procedimento de ofício e ao juramento de *veritate dicenda*, podem ser encontrados, no *jus commune*, argumentos para a recusa em responder às perguntas incriminatórias, mesmo nos casos em que o acusado tenha se submetido ao juramento.

A máxima latina *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, também originada do direito canônico, estabelece que ninguém deve ser obrigado a se tornar testemunha contra si mesmo, porque ninguém deve ser obrigado a revelar sua própria vergonha ¹¹.

A idéia central consiste em que o homem é obrigado a revelar suas faltas somente perante Deus, não possuindo o dever de confessar seus próprios pecados a outros homens, expondo-se ao risco de ser processado criminalmente.

Neste sentido, Tedesco¹² aponta, como uma das mais remotas fontes do *privilege*, a afirmação de São Crisóstomo, em seu comentário à Epístola de São Paulo aos hebreus, com o seguinte teor: “não te digo que descubras isso – seu pecado – ante o público como uma condecoração, nem que te acuses diante dos outros”.

Reforçando as bases do argumento, os autores sustentavam que todos estão sujeitos à faltas e a crimes de alguma espécie. Assim, permitir que acusadores oficiais forçassem os homens a revelar seus próprios crimes colocaria a todos em eminente perigo, o que causaria a destruição da ordem social.

Sustentava-se, outrossim, que algumas partes da vida privada somente poderiam ser ventiladas no confessionário, para fins estritamente penitenciais, restando excluídas do objeto do fórum externo.

Ainda que não se tivesse consciência, no medievo, de um verdadeiro direito subjetivo à privacidade, ao menos nos contornos da

¹¹ ALSCHULER, Albert W. A peculiar privilege in historical perspective. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*, 1997, p.185.

¹² TEDESCO, Ignacio F. La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado. In: HENDLER, Edmundo S. *Las garantías penales y proesales. Enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, p.34.

contemporaneidade, já se construam importantes bases teóricas para a proteção de uma esfera da vida privada, imunizando-a contra a ingerência do estado e da igreja.

Por derradeiro, os comentadores medievais sustentavam que obrigar alguém a se submeter ao juramento de *veritate dicenda* acabava por estimular a prática do perjúrio. Mesmo que se garantisse ao acusado que não seria ele processado pelo perjúrio, este deveria enfrentar as conseqüências do pecado em seu julgamento final, perante Deus, no qual não seria poupado, pois a divindade não levaria em conta tais sutilezas¹³.

1.1.3 Os argumentos contrários ao *nemo tenetur*

É preciso acentuar que o *jus commune* também estabelecia exceções às regras do *nemo tenetur se ipsum accusare* e do *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*.

A existência da *fama publica*, ou seja, do conhecimento generalizado acerca do crime e da autoria, legitimava a instauração do procedimento *ex officio mero*¹⁴, bem como autorizava o emprego do juramento de *veritate dicenda*¹⁵.

Os próprios comentadores do *jus commune* não defendiam a existência do direito a não se autoincriminar como sendo um “direito individual” (cuja concepção jurídica, por evidente, sequer existia no referido momento histórico), mas tão somente procuravam estabelecer limites à intromissão dos acusadores públicos nas esferas da vida privada.

Além disso, os defensores do juramento de dizer a verdade argumentavam que o objetivo das Cortes Eclesiásticas não era a punição do

¹³ HELMHOLZ, R.H. The privilege and the jus commune: The middle ages to the seventeenth century. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*, 1997, p.28.

¹⁴ WIGMORE, John H. The Privilege against self-incrimination, *Harvard Law Review*, v.16, 1902, p.617.

¹⁵ HELMHOLZ, R.H. The privilege and the jus commune: The middle ages to the seventeenth century. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*, 1997, p.23.

acusado, mas sim sua melhora ou aprimoramento pessoal¹⁶, o que tornaria sem sentido a proteção contra perguntas incriminatórias.

Fato é que as bases em que foi estabelecido, no *jus commune*, o direito a não se autoincriminar eram extremamente porosas, permitindo o contra-ataque dos defensores do juramento de *veritate dicenda* através de argumentos também extraídos do próprio *jus commune*, especialmente de seu braço canônico.

Isso possibilitou que o *jus commune* fosse uma inesgotável fonte de argumentos, os quais se fizeram notar nas disputas seculares entre os sistemas inquisitorial e acusatório, ocorridas a partir do século XVII. É o que se verá em seguida.

1.2 O Sistema Inquisitorial na Europa Continental

Com a queda do Império Romano, as necessidades da Igreja, em combater a heresia, e da Monarquia, em centralizar o poder diante dos senhores feudais, culminaram com a adoção generalizada, na Europa Continental, do sistema inquisitorial ¹⁷.

A vida urbana, o mercado e a expansão comercial acarretam um expressivo aumento dos crimes, tornando-se insuficiente a acusação privada e exigindo-se automatismo persecutório. As fontes romanas, então recuperadas, fornecem o arcabouço normativo; o aristotelismo convida a um estilo científico-experimental. A heresia conspurca o poder da Igreja. A revolução inquisitiva atende exigências comuns aos dois mundos: do eclesiástico, assombrado pela heresia, e do civil, atormentado pelo crescimento da criminalidade¹⁸.

¹⁶ HELMHOLZ, R.H. The privilege and the jus commune: The middle ages to the seventeenth century. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*, 1997, p.30.

¹⁷ BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2005, p.57.

¹⁸ CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2006, p.17-19.

Em 1215 - no mesmo ano da assinatura da Magna Carta, na Inglaterra - acontecia, no continente, o IV Concílio de Latrão, realizado em Roma, e que redundou no estabelecimento do sistema inquisitorial no continente.

Um dos cânones do Concílio proíbe as purgações canônica (*juramentos*) e vulgares (*duelos* e *ordálias*), exigindo-se a retomada de um procedimento técnico, baseado na cultura jurídica romana¹⁹.

O Concílio de Latrão, em seus 70 cânones, representa a síntese do projeto papal de Reforma Eclesiástica, fundamentando-se no combate à heresia, na moralização dos costumes, na hierarquização do clero e na catolicização da sociedade.

Sob a liderança de Inocêncio III, foram explicitadas as atitudes da Igreja perante os hereges, impondo-se obrigações às autoridades seculares no sentido de se exterminar a heresia, bem como a adoção de um procedimento criminal de caráter inquisitorial²⁰.

Devido às conotações religiosas do inquérito, identificam-se a infração à lei e a falta religiosa. A lesão ao soberano e o cometimento do pecado são conceitos que se reúnem e se confundem²¹. Conveniente ressaltar a completa submissão dos monarcas europeus ao Papa, notadamente na Espanha, em Portugal e na França.

A Inquisição foi efetivamente criada em 1216, por Inocêncio III, com a finalidade de combater a heresia Cátara²², passando a jogar um papel crucial na consolidação do poder absoluto do rei, que a utiliza para a perseguição aos dissidentes²³.

Aponta-se que as origens do sistema inquisitivo se encontram na

¹⁹ CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2006, p.17.

²⁰ LEVY, Leonard W. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*, 1999, p.20.

²¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed, Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005, p.74.

²² O termo catarismo provém do grego “katharos” que significa puros. Foi uma seita cristã estabelecida no final do século XII, que rejeitava os sacramentos católicos e a hierarquia. Foi considerada perigosa e herética pela Igreja, que a combateu através da “cruzada albigense”.

²³ COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo, RT, 2004, p.41.

*cognitio extra ordinem*²⁴ do Direito Romano²⁵, cujas regras foram apropriadas pelo direito canônico e se infiltraram na justiça secular, sobretudo em razão da ausência de separação entre delito e pecado²⁶.

Inocêncio III considerava a heresia como sendo um crime de *lesa-majestade*, uma alta traição contra Deus²⁷, exigindo, das autoridades seculares, empenho no extermínio dos hereges²⁸.

Adotava-se, então, de forma indiscriminada, o procedimento inquisitorial, marcado pelas seguintes características essenciais: **1** o inquisidor reúne todos os papéis, sendo, a um só tempo, o acusador e o juiz²⁹; **2** os atos do procedimento são secretos³⁰; **3** há imposição do juramento de *veritate dicenda* (*reus tenetur se detegere*)³¹; **4** adoção do sistema da prova legal ou tarifada, dependendo, *verbi gratia*, a condenação da existência de duas testemunhas presenciais ou da confissão³², a rainha das provas (*regina probatio*); **5** possibilidade de utilização da tortura para a obtenção da confissão, até mesmo porque o que estava em jogo era a alma do réu³³; **6** inexistência de um acusador e de uma acusação definidos, não se informando ao acusado quem é o autor da acusação, nem tampouco sobre o conteúdo desta.

Convém ressaltar, com amparo na doutrina de Luigi Ferrajoli³⁴, que a construção teórica dos dois modelos (inquisitivo e acusatório) e a decisão sobre o que é neles essencial ou contingente, são “amplamente

²⁴A *cognitio extra ordinem* se desenvolve a partir da crise da República, no advento do Império Romano. Trata-se dos juízos extraordinários, instituídos para a incriminação de fatos que não eram previstos como criminosos, mas que, em razão das necessidades do novo regime, passam a ser considerados merecedores de reprimenda penal. Cf. HADDAD, Carlos Henrique Borlido, *Conteúdo e contornos da garantia contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005, p.97. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.453.

²⁵PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.77.

²⁶THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.202.

²⁷LEVY, Leonard W. *Origens of the fifth amendment*, 1999, p.21.

²⁸THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*, 2006, p.219.

²⁹BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*, 2005, p.57.

³⁰FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, 2002, p.252.

³¹CORDERO, Franco. *Procedura penale*, 8 ed., 2006, p.24.

³²LEVY, Leonard W. *Origens of the fifth amendment*, 1999, p.27.

³³THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais*, 2006, p. 203.

³⁴*Direito e razão*, 2002, p.452.

convencionais, sendo vinculadas apenas à tendente presença dos elementos assumidos como constitutivos nas respectivas tradições históricas e sobretudo à sua compatibilidade lógica”.

De todo modo, é possível apontar quais são as características fundantes do sistema inquisitorial, bem como seu perfil eficientista e autoritário de “distribuição da justiça”.

Do sistema inquisitorial se valeram, *verbi gratia*, as justiças laicas da Itália (processos *per denuntiationem et per inquisitionem*, no século XIV), da Espanha (*Las Siete Partidas*, no reinado de D. Afonso, em 1263), da Alemanha (*Constitutio Criminalis Carolina*) e da França (*Ordenance sur la Procédure Criminelle*, no reinado de Luiz XIV, 1670)³⁵.

No sistema inquisitivo, o princípio da presunção de inocência é totalmente aniquilado ou invertido³⁶, na medida em que é o acusado quem deve provar sua inocência (*reus tenetur se detegere*), inclusive pela superação das torturas infligidas, caso em que era finalmente liberado³⁷. A taciturnidade é considerada um sintoma diabólico, um escárnio ao inquisidor³⁸.

Estabelece-se, para o Juiz Inquisidor, e na sugestiva expressão de Franco Cordero³⁹, um “quadro mental paranóico” (*quadri mentali paranoid*), em razão da primazia da hipótese sobre o fato (*primato dell’ipotesi sui fatti*), porquanto a prova servia para demonstrar a correção da imputação (hipótese) formulada por ele próprio, não submetida ao contraditório.

A busca incessante pela confissão, no sistema inquisitorial, e a submissão do acusado ao juramento de *veritate dicenda* conduziam, inexoravelmente, à autoincriminação. Conforme dispunha o artigo 7, do título 24, da *Ordenance Criminelle*, codificada por Luiz XIV, o imputado jura e responde “*par sa bouche, sans le ministère de conseil*”⁴⁰.

³⁵HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, 2005, p.104.

³⁶ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *Processo criminal brasileiro*, 4ª ed., v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p.228.

³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.67.

³⁸ CORDERO, Franco. *Procedura penale*, 2006, p.24.

³⁹ *Guida alla procedura penale*. Torino, Utet, 1986, p.51.

⁴⁰ CORDERO, Franco. *Procedura penale*, 2006, p.30.

No mais das vezes, era mesmo preferível para o acusado confessar o delito, ainda que passível este de punição com a morte, a submeter-se às torturas desumanas das quais se valiam os inquisidores.

A confissão trazia, ainda, a vantagem de evitar, em alguns casos, o confisco dos bens, favorecendo a família do condenado.

No tocante às torturas, o engenho humano revelou-se realmente pródigo no medievo. Os acusados tinham seus ossos e juntas esmagados e, então, eram colocados em uma roda de carroça, até que falecessem⁴¹; eram pendurados pelos pés até que todo o corpo se deslocasse; eram obrigados a ingerir enormes quantidades de água e, em seguida, tinham as bocas costuradas, até que a água irrompesse em grande quantidade⁴². Tudo no escopo de se alcançar a almejada confissão, necessária para a confirmação da hipótese acusatória.

Nesse sentido, em 1252, Inocêncio IV instituiu a Bula *ad extirpanda*, que regulamentava o emprego das torturas no procedimento⁴³.

Dentre tais regramentos, destacava-se a proibição de emprego da mesma tortura por mais de uma vez, bem como a exigência de confirmação da confissão obtida durante a tortura após o término desta. No tocante à assinalada restrição, burlava-se a regra pela manutenção do corpo do acusado na roda (*rack*), alternando-se os outros métodos de tortura.

Não há notícias de absolvições no âmbito do procedimento inquisitorial. As chances do réu eram resumidas pela máxima “abandone as esperanças, aquele que entrar aqui”⁴⁴.

Fato é que o sistema inquisitorial passou a ser utilizado regularmente em toda a Europa Continental, seja nas Cortes Seculares ou Eclesiásticas, baseando-se no juramento de *veritate dicenda*, no emprego da tortura e na reunião de todas as funções (acusação e julgamento) na pessoa do inquisidor⁴⁵.

⁴¹ QUELJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir provas contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 218.

⁴² LEVY, Leonard W. *Origens of the fifth amendment*, 1999, p.33.

⁴³ COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.44.

⁴⁴ LEVY, Leonard W. *Origens of the fifth amendment*, 1999, p.28.

⁴⁵ CORDERO, Franco. *Procedura penale*, 2006, p.20.

Em termos estratégicos, o confisco de bens dos condenados e o combate à dissidência político-religiosa fortaleceram a Igreja Católica e as Monarquias Absolutistas Europeias, revelando-se, o inquérito, um importantíssimo instrumento de controle social, como argutamente observa Foucault⁴⁶.

Contudo, o desenvolvimento do mercantilismo e a ascensão da burguesia, nos séculos XVI e XVII, modificaram, profundamente, as relações políticas, impondo limites ao poder do Monarca.

O movimento filosófico da ilustração, representado, dentre outros, por Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, 1764), Pietro Verri (*Osservazioni sulla tortura*, 1776), Pico de La Mirandola, Hugo Grócio, John Milton, Filangieri e Rousseau (*Contract Social*, 1764), consiste no estopim da derrocada do *Ancien Regimen*⁴⁷ e, por conseguinte, do próprio sistema inquisitorial.

As críticas dos filósofos iluministas tinham por alvo principal a irracionalidade do sistema e a desumanidade da tortura⁴⁸, sendo resumidas no libelo *Dos Delitos e das Penas*, no qual Cesare de Bonesana⁴⁹ (o Marquês de Beccaria) realiza uma intransigente defesa da dignidade da pessoa humana, assinalando que “a tortura é frequentemente o meio certo de condenar o inocente débil e absolver o criminoso forte”.

Diante deste panorama histórico, é lícito concluir que o direito contra a autoincriminação inexistiu no procedimento inquisitorial, que dominou a Europa Continental durante o obscuro período dos séculos XII a XVIII.

Somente no século XVIII, com a Revolução Iluminista e a conseqüente derrocada do *Ancien Regimen*⁵⁰, supera-se o procedimento inquisitorial, permitindo-se o desenvolvimento do *nemo tenetur* nos países do *civil law*.

Ressalte-se, nesse passo, que embora a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não se refira explicitamente ao *nemo tenetur*, lhe conferiu as bases de sustentação primordiais, consistentes

⁴⁶ A verdade e as formas jurídicas, 2005, p. 74-75.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.39-40.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, 2002, p.454.

⁴⁹ *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2009, p.37-41.

⁵⁰ THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*, 2006, p.207.

na presunção de inocência, explicitada no artigo 9º da Declaração, e na proibição da tortura.

De todo modo, não há dúvidas de que a adoção do sistema acusatório⁵¹, em que o acusado ocupa a posição de sujeito de direitos e tem sua dignidade pessoal respeitada⁵², é que irá possibilitar a efetivação da garantia contra a autoincriminação nos ordenamentos da Europa Continental, nos séculos XIX e XX.

1.3 O Sistema Processual do *Common Law* na idade média e no início da idade moderna: o berço do *privilege against self-incrimination*

É possível asseverar que a garantia contra a autoincriminação, sob a fórmula anglossaxônica do *privilege against self compelled incrimination*⁵³, se desenvolveu mais cedo na Inglaterra e em suas colônias - notadamente nos Estados Unidos - do que na Europa Continental, onde, como já visto, predominou o sistema inquisitorial até o final do século XVIII.

Mister, pois, na busca pela compreensão histórica da garantia, estudar o sistema anglossaxão, com especial atenção para a Inglaterra e os Estados Unidos, inclusive para os conflitos político-religiosos ocorridos nestes dois países.

1.3.1 Ordálias, Batalhas, Compurgação e *Trial Jury*

Conforme foi sublinhado, enquanto na Europa Continental os Estados Nacionais estavam ainda em formação, na Inglaterra os nobres já impunham limites ao poder do monarca, compelindo-o à assinatura da Magna Carta,

⁵¹ Anote-se que na França, o *Code d'instruction Criminelle*, de 1808, adota o denominado *sistema misto*, no qual a investigação é atribuída a um Juiz instrutor, embora a ação penal seja de titularidade do Ministério Público. Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* também acolhe o denominado sistema misto. Cf. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, 2006, p.93-94.

⁵² THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*, 2006, p. 232.

⁵³ Nada obstante o *nemo tenetur* – de origem bem mais remota e de maior alcance – não se confunda com o *privilege against self compelled incrimination*, foi através deste último que a garantia contra a autoincriminação se consolidou no *common law*, especialmente sob a vertente do direito ao silêncio.

em 1215⁵⁴. O documento, nada obstante o seu reconhecido caráter estamental⁵⁵, estabelecia que nenhum homem poderia ser punido exceto pela “*law of the land*”, em julgamento realizado por seus pares⁵⁶.

Nesse passo, insta anotar que a Inquisição jamais se consolidou na Inglaterra, certamente porque a Igreja Católica nunca predominou na ilha, desenvolvendo-se, no seio do *common law*, um procedimento criminal fundado no julgamento pelo Júri (*Trial Jury*).

Com efeito, na Inglaterra, já se fixavam, na segunda metade do século XII, as bases do sistema do julgamento pelo Júri (*Trial Jury*), com adoção do modelo acusatório pelas Cortes do *common law*⁵⁷.

No período da conquista normanda, as cortes comunitárias inglesas ainda empregavam um sistema processual baseado na compurgação, nas ordálias e nas batalhas⁵⁸.

Na *compurgação* (*compurgation*) o acusado se valia de testemunhas que juravam por sua inocência (as *oath helpers*), conduzindo, assim, à absolvição⁵⁹. O problema, aqui, não era a veracidade dos depoimentos, mas o peso social do acusado, que podia reunir testemunhas em seu favor⁶⁰.

As *ordálias*, de origem germânica⁶¹, eram reservadas para delitos mais graves e consistiam em provas físicas, as quais, se superadas pelo acusado, também resultavam na absolvição. Tratava-se de um método consagrado pela igreja, que possuía um forte apelo religioso. Suas principais formas eram os testes da água fria, da água fervente e do ferro quente, elementos aos quais o acusado era fisicamente submetido. O juiz, que era um clérigo,

⁵⁴ COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.63.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2009, p.41. No mesmo sentido, observa J. J. Canotilho, que a *Magna Charta Libertatum* de 1215 “não se tratava, porém, de uma manifestação da ideia de direitos fundamentais inatos, mas da afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face do seu suserano”. A finalidade do documento era, pois, “o estabelecimento de um *modus vivendi* entre o rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei, em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas cartas de franquia”. In: *Direito Constitucional*, 1993, p.502.

⁵⁶ COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.63.

⁵⁷ LEVY, Leonard W. *Origins of the fifth amendment*, 1999, p.5.

⁵⁸ Idem, op. cit., p.6.

⁵⁹ COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.48.

⁶⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, 2003, p.59.

⁶¹ BOVINO, Alberto. *Principios políticos de procedimiento penal*, 2005, p.55.

apreciava o resultado produzido pelas ordálias no corpo do réu e proferia o julgamento de inocência ou culpa⁶².

As *batalhas* foram introduzidas pelos normandos, também possuindo caráter sagrado. O acusado possuía o direito de optar pela batalha, acreditando-se que Deus proporcionaria a vitória ao combatente justo.

Seja pela via da purgação, das ordálias ou das batalhas, fato é que prevalecia o modelo acusatório, na medida em que: 1 havia sempre um acusador conhecido; 2 os procedimentos eram públicos; 3 os juízes não exerciam qualquer papel relevante na produção do veredicto, decidindo conforme o resultado do método empregado⁶³.

Com as invasões normandas, introduziram-se, na Inglaterra, as *inquests*, antecedentes do futuro, e atual, modelo do júri anglossaxão.

Através das *inquests* – termo derivado de *inquisitio* – um corpo de jurados de uma dada vizinhança era intimado por um oficial, sob a autoridade da Coroa, a responder, mediante juramento, acerca das indagações a eles endereçadas. Com isso, os oficiais descobriam quais eram os sonegadores de impostos, os suspeitos de crimes, e os que possuíam má-conduta⁶⁴.

Obviamente, o sistema permitia uma intensificação do controle do Rei sobre os súditos, notadamente acerca das riquezas disponíveis no reino, as quais eram muitas vezes confiscadas daqueles indivíduos condenados por delitos.

De início, o método era empregado de forma excepcional. Porém, no reinado de Henrique II, passou a ser utilizado ordinária e sistematicamente, o que ampliou o poder da jurisdição real. De fato, Henrique II passou a tratar os delitos de maior gravidade como delitos de *lesa-majestade*, os quais deveriam ser julgados pelas Cortes do rei, através do sistema da *inquisitio*, e não privadamente, por meio do antigo sistema de provas, tido como corrupto e irracional.

⁶²LEVY, Leonard W. *Origins of the fifth amendment*, 1999, p.6.

⁶³Idem, op. cit. p.8.

⁶⁴Idem, op. cit. p.9.

As batalhas e as ordálias eram consideradas extremamente perigosas, e a purgação era tida como um método suspeito e parcial, que poderia ensejar julgamentos injustos e inadequados⁶⁵.

No início do século XIII, mais precisamente em 1215, o IV Concílio de Latrão proibiu as ordálias⁶⁶, o que levou à extinção deste método de prova, destino também compartilhado pelas batalhas.

Na Europa Continental, como já se observou, houve, nesse momento histórico, uma franca guinada para o sistema inquisitorial, de prova tarifada e altamente dependente da confissão. Já na Inglaterra, generalizou-se e desenvolveu-se o emprego das *inquests*.

De início, o corpo de jurados apenas afirmava a existência de indícios ou suspeitas contra o acusado, ao que se sucedia o julgamento por um juiz.

O sistema se aperfeiçoou, separando-se o grande júri (*Grand Jury*), responsável pelo indiciamento e composto por 24 jurados, do pequeno júri (*Petty Jury*), formado por 12 jurados⁶⁷, ao qual competia o veredicto, caso o réu não confessasse (*guilty plea*)⁶⁸.

Oportuno destacar que o acusado devia se submeter voluntariamente ao julgamento pelo júri, para que este fosse tido como legítimo⁶⁹. No entanto, caso houvesse recusa, o acusado era aprisionado e submetido a tratamento desumano, até que anuísse com o julgamento, aplicando-se um método denominado *peine forte et dure*⁷⁰. A tortura aplicada, porém, não tinha por escopo extorquir a confissão ou determinar a culpa, mas sim obter a anuência do acusado em submeter-se ao julgamento⁷¹.

O sistema de julgamento pelo júri foi sendo aperfeiçoado no decorrer dos séculos XIII, XIV e XV. As provas passaram a serem produzidas durante o julgamento, perante os jurados. Ainda que fosse negado ao acusado o

⁶⁵LEVY, Leonard W. *Origins of the fifth amendment*, 1999, p.9.

⁶⁶HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, 2005, p.107.

⁶⁷LAFAVE, Wayne R. et al. *Criminal procedure*, 5ª ed. St. Paul: West Publishing Co., 2009, p.437.

⁶⁸PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, 2006, p.89.

⁶⁹LEVY, Leonard W. *The origins of the fifth amendment*, 1999, p.17.

⁷⁰COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.64.

⁷¹TEDESCO, Ignacio F. La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado. In: HENDLER, Edmundo S. *Las garantías penales y proesales. Enfoque histórico-comparado*, 2001, p.37.

direito de apresentar testemunhas, este poderia confrontar diretamente (*cross-examination*) aquelas apresentadas pelo representante da Coroa. O Juiz assumia um papel de controlador da regularidade do procedimento, competindo aos jurados proferir o julgamento ao final.

A publicidade dos julgamentos, a imparcialidade do Juiz e o direito conferido ao acusado de se manifestar e de refutar as provas apresentadas confirmam o formato acusatório do sistema *trial jury* aplicado na Inglaterra. Tal sistema, no qual o acusado exercia, pessoalmente, a própria defesa, prevaleceu até meados do século XVIII, sendo sugestivamente denominado de *accused speaks*⁷².

Certo é que, sendo vedada a defesa por intermédio de advogado até o final do século XVIII, e embora não houvesse o emprego de tortura nem do juramento de ofício, o exercício do direito ao silêncio, pelo acusado, implicaria em inquestionável renúncia à defesa, verdadeiro “suicídio processual”⁷³.

Paralelamente ao sistema acusatório em desenvolvimento nas Cortes do *common law*, as Cortes Eclesiásticas, representantes do Poder Real, aplicavam um procedimento tipicamente inquisitorial, fundamentado no juramento de *veritate dicenda* e na busca incessante pela confissão.

Nesse contexto político-religioso, os conflitos ocorridos entre as Cortes Eclesiásticas de prerrogativas e as Cortes do *common law* influenciaram, sensivelmente, o desenvolvimento do *privilege*, que se tornaria efetivo no século XIX, com a atuação dos advogados. Só por isto, já se apresenta necessário o exame deste relevante tema, em tópico apartado.

1.3.2 As Cortes Eclesiásticas e o Juramento de Ofício

A pesquisa do desenvolvimento da garantia contra a autoincriminação

⁷² LANGBEIN, John H. The privilege and common law criminal procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*, 1997, p.84.

⁷³ ANGBEIN, John H. The privilege and common law criminal procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*, 1997, p.83.

exige o estudo do funcionamento das Cortes Eclesiásticas, entre os séculos XIII e XVII, na Inglaterra, especialmente no que toca ao emprego do juramento de ofício (*jusjurandum de veritate dicenda*) e aos conflitos ocorridos entre aquelas e as Cortes de *common law*.

No tocante aos limites jurisdicionais das Cortes Eclesiásticas, tem-se que, até o século XII, os bispos podiam atuar como juízes perante as cortes populares, promovendo, amplamente, suas acusações.

A competência das Cortes Eclesiásticas era, então, extremamente vasta, incluindo casos de ofensas religiosas, como heresia, ateísmo, sacrilégio, bruxaria e perjúrio; pecados da carne, como adultério e fornicção; além de crimes de menor gravidade, como bebedeira, desordem, usura e difamação⁷⁴.

Porém, ainda antes de 1.100, William, *The Conqueror* (O Conquistador), pôs fim à ausência de limites, estabelecendo que os bispos deveriam julgar, apenas, as causas envolvendo as leis canônicas, separando, assim, as jurisdições civil e eclesiástica⁷⁵.

Nesse sentido, o estatuto *De Articulus Cleri*, estabelecido por Henrique III, circunscreveu a jurisdição eclesiástica, em relação aos civis⁷⁶, exclusivamente às causas matrimoniais e testamentárias⁷⁷, autorizando o emprego do juramento de *veritate dicenda* em tais processos.

Quanto ao funcionamento das Cortes Eclesiásticas, é relevante anotar que o direito canônico passou a ser aplicado no século XII, tendo sido significativamente desenvolvido por dois líderes eclesiásticos, sendo eles o Arcebispo Bonifácio e o Cardeal Otho.

A precariedade do método da compurgação e a elevada possibilidade de manipulação foram suas ruínas, abrindo-se caminho para o emprego do sistema inquisitorial e da utilização do próprio acusado, por meio do juramento de ofício (*ex officio oath*), como fonte principal de prova.

⁷⁴ LEVY, Leonard W. *The origins of the fifth amendment*, 1999, p.44.

⁷⁵ WIGMORE, John H. The privilege against self-incrimination, *Harvard Law Review*. v. 16, 1902, p.611.

⁷⁶ Idem, op. cit., p.611.

⁷⁷ LEVY, Leonard W. *The origins of the fifth amendment*, 1999, p.49.

Os primeiros usos do juramento *ex officio* ocorreram no início do século XIII, com a reforma da lei canônica pelo Papa Inocêncio III⁷⁸. Tais reformas foram aceitas e incorporadas pelo IV Concílio de Latrão, em 1215 e, no ano de 1236, o juramento de ofício foi aplicado nas Cortes Eclesiásticas inglesas pelo cardeal Otho⁷⁹.

Como já se destacou, o estatuto *De Articulus Cleri* não proibia o emprego do juramento *ex officio* pelas Cortes Eclesiásticas, desde que isto se realizasse tão somente no âmbito de causas matrimoniais ou testamentárias⁸⁰.

O primeiro registro do uso do juramento *ex officio* se deu em 1246, ocasião em que o bispo de Lincoln, Robert Grosseteste, dirigiu uma investigação sobre imoralidade. A recusa ao juramento de ofício, então, implicava em admissão de culpa⁸¹.

Uma vez realizada a confissão, os demais atos do procedimento inquisitorial tinham por escopo apenas reforçar, racionalmente, a admissão de culpa, permitindo ao Juiz proferir, com segurança e convicção, a condenação.

Assim, enquanto se realizava e desenvolvia, nas Cortes de *common law*, o julgamento pelo júri, nas Cortes Eclesiásticas prevalecia, paralelamente, o sistema inquisitorial, com amplo emprego do juramento *ex officio*.

Importante ressaltar que havia requisitos para o emprego do juramento de ofício, o que acabou dando origem a intensas disputas teóricas acerca do tema.

Conforme noticia John H. Wigmore⁸², para alguns, a submissão do acusado ao juramento dependia da constatação da fama pública (*per famam vicinae*) ou de ter o fato sido presenciado por duas testemunhas. Para

⁷⁸ WIGMORE, John H. The privilege against self-incrimination, *Harvard Law Review*, v. 16, 1902, p.611.

⁷⁹ TRAINOR, Scott. A. Um análisis comparativo del derecho de una corporación contra la auto incriminación. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, LexisNexis, n. 1, v.1, jan, 2007, p.9.

⁸⁰ WIGMORE, John H. The privilege against self-incrimination, *Harvard Law Review*, v.16 1902, p.613.

⁸¹ TRAINOR, Scott. A. Un análisis comparativo del derecho de una corporación contra la auto incriminación. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.1, v.1, 2007, p.9.

⁸² WIGMORE, John H. The privilege against self-incrimination. *Harvard Law Review*, v.16, 1902, p.616.

outros, o Juiz poderia submeter o acusado ao juramento de ofício, no escopo de tentar extrair a confissão. Em se tratando de julgamentos por heresia, prevalecia o sistema inquisitorial, com amplo emprego do juramento de ofício⁸³.

Ocorre que os requisitos se degeneraram, dando causa a vários abusos e protestos dos súditos, o que levou Henrique III, após várias insubordinações do bispo Grosseteste, a proibir o emprego do juramento de *veritate dicenda*⁸⁴.

Porém, em 1272, Bonifácio, o Arcebispo de Canterbury, revitalizou o juramento, determinando seu emprego pelas Cortes Eclesiásticas⁸⁵, ao modo do que ocorria na Europa Continental, por força das deliberações do IV Concílio de Latrão.

Sob o reinado de Eduardo II, o Parlamento inglês proibiu, pela primeira vez, o juramento de ofício, no ano de 1326⁸⁶.

Já no século XIV, o Conselho do Rei (*king's Council*) - que originaria, posteriormente, a temida *Star Chamber* - passou a utilizar-se do procedimento inquisitorial, com emprego do *ex officio oath*, e com o acesoramento de advogados especializados na lei canônica

No início do século XV, iniciou-se uma intensa e violenta perseguição religiosa, motivada pela denominada “Revolta dos *Lollardos*”⁸⁷ (1401), introduzindo-se, ainda que tardiamente, a Inquisição na Inglaterra⁸⁸.

Neste momento histórico, a Inglaterra era devotada à Igreja Católica, havendo uma estreita pareceria entre a Monarquia e a Igreja no sentido de se “proteger” as almas dos súditos contra a heresia. Assim é que, ameaçando as almas de todos os crentes, a Igreja acabou obtendo apoio do Parlamento e

⁸³ WIGMORE, John H. The privilege against self-incrimination. *Harvard Law Review*, v.16, 1902, p.616.

⁸⁴ LEVY, Leonard W. *The origins of the fifth amendment*, 1999, p.48.

⁸⁵ Idem, op. cit., p.48.

⁸⁶ Idem, op. cit., p. 48.

⁸⁷ Idem, op. cit. p.54. Os *Lollardos* eram os seguidores de John Wycliffe, principal precursor da Reforma Protestante, pronunciado como herege pelo Papa Gregório em 1378.

⁸⁸ Ibidem, op. cit. p.60.

da Monarquia (sob o reinado de Henrique IV), logrando sancionar o estatuto *De Haeretico Comburendo*, que permitia queimar os hereges⁸⁹.

Com o apoio do poder temporal para a aplicação dos castigos corporais e das privações da liberdade, o poder da Igreja, exercido nos procedimentos inquisitoriais de combate à heresia, se intensificou⁹⁰.

No início do século XV, vários seguidores de John Wycliffe foram ilegalmente submetidos ao *oath ex officio*, excomungados e aprisionados⁹¹.

O estatuto *De Haeretico Comburendo* teve vigência de 1401 a 1534. Nesse período, destacou-se a atuação do bispo John Longland, que aplicava, impiedosamente, o procedimento inquisitorial, submetendo os investigados ao juramento de ofício e obrigando-os a delatar outros hereges⁹².

Muitas vezes, a delação consistia em acusar parentes próximos, compelindo-se esposas a delatar maridos, e filhos a acusar os próprios pais. O alvo eram as condutas não ortodoxas, tais como a leitura dos evangelhos em inglês, as críticas à adoração de santos ou a mera realização de reuniões para a discussão de religião, todas consideradas comportamentos heréticos.

Nos anos de 1518 a 1521, o bispo Longland submeteu centenas de indivíduos à inquisição, tendo sido aprisionadas dezenas de pessoas e algumas queimadas como hereges. Noticia-se que, em um caso, os filhos foram obrigados a atear fogo nos próprios pais⁹³.

Ninguém ousava recusar-se ao *ex officio oath*. Antes, todos juravam e confessavam, face à brutalidade dos procedimentos.

Digno de nota, em 1532, foi o caso de John Lambert, como sendo o primeiro registro de recusa ao juramento de ofício, com fundamento no princípio de que ninguém pode ser compelido a se autoincriminar⁹⁴.

Em 1534, após veementes ataques aos procedimentos inquisitoriais, realizados por influentes escritores, como Willian Tyndale (primeiro a traduzir o Novo Testamento do grego para o inglês) e Christopher St.

⁸⁹ TRAINOR, Scott. A. Um análisis comparativo del derecho de una corporación contra la auto incriminación. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. n.1, v.1, 2007, p.11.

⁹⁰ LEVY, Leonard W. *The origins of the fifth amendment*, 1999, p.59.

⁹¹ Idem, op. cit. p.56.

⁹² Idem, op cit., p.61.

⁹³ Idem, op. cit., p.61.

⁹⁴ Idem, op. cit. p.62.

Germain (um dos mais importantes advogados do *common law*), Henrique VIII derogou o estatuto *De Haerectio Comburendo*⁹⁵.

Com efeito, no século XVI, sob o reinado de Henrique VIII, a dominação papal foi sensivelmente reduzida, tendo sido proibida a aplicação dos cânones contrários aos costumes, às leis, e aos estatutos do reino⁹⁶.

Os conflitos novamente se intensificaram no século XVI, com a instituição das Cortes Reais de prerrogativas *High Comission* e *Star Chamber* - criadas para combater o dissenso religioso -, nas quais era aplicado o procedimento canônico, de índole inquisitorial, submetendo-se os acusados ao juramento de *veritate dicenda*.

Ao procedimento inquisitório adotado por referidas Cortes se opuseram os juízes das Cortes de *common law*, o que conduziu a inúmeros conflitos interjurisdicionais, bem como trouxe à baila, ainda que como mero pano de fundo, discussões embrionárias sobre o *privilege against self-incrimination*.

1.3.2.1 *High Comission Court* versus Cortes do *common law*: o direito ao silêncio em debate

A Corte *High Comission* foi estabelecida, primeiramente, pela rainha Mary I, da dinastia Tudor, para o combate e perseguição ao vício, durante a restauração da Igreja Católica na Inglaterra. Tal período, no qual foram queimados centenas de “hereges”, ficou conhecido como a “Inquisição de Maria”⁹⁷, cuja perseguição sangrenta foi alcunhada de “*Bloody Mary*”.

A Comissão foi encarregada de castigar severamente os hereges, sendo a ela outorgada total discricionariiedade para determinar seus procedimentos, inclusive utilizar-se do juramento *ex officio*. Os acusados que se recusavam a realizar o juramento eram bestialmente punidos pela Comissão.

⁹⁵ TRAINOR, Scott. A. Um análisis comparativo del derecho de una corporación contra la auto incriminación. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. n.1, v.1, 2007, p.11.

⁹⁶ WIGMORE, John H. The privilege against self-incrimination, *Harvard Law Review*. v.16, 1902, p.612.

⁹⁷ TRAINOR, Scott. A. Um análisis comparativo del derecho de una corporación contra la auto incriminación. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. n.1, v.1, 2007, p.13.

Em meados do século XVI, ao ascender ao trono, Elizabeth I restabeleceu o protestantismo e procurou fortalecer o mando da Coroa sobre a Igreja.

De pronto, a rainha criou sua própria *High Comission Court* para investigar os católicos desleais, nos mesmos moldes e com os mesmos poderes da anterior, instituída pela rainha Maria. A *High Comission* atuava intensamente, empregando, com regularidade, o juramento de ofício.

Foi exatamente a intensa atuação da *Court of High Comission* e da *Star Chamber* que provocou, no século XVII, o início do desenvolvimento do *privilege against self compelled incrimination*, ainda que seu emprego permanecesse restrito às Cortes Eclesiásticas.

Como já se viu, até o começo do século XVI, a resistência ao juramento de ofício, empregado pelas Cortes Eclesiásticas, praticamente inexistiu.

Contudo, em 1606, Sir Edward Coke se torna *Chief of Justice of Common Pleas*, e a mudança de cenário começa, então, a acontecer⁹⁸.

Nesse período, a Corte *Star Chamber* atuava com poucos limites, levando a cabo investigações de causas penais, e aplicando, reiteradamente, o juramento de ofício.

Os conflitos entre as Jurisdições Eclesiástica e da *common law* se manifestavam através da expedição, pelas últimas, dos *writs* de proibição e dos *habeas corpus*⁹⁹. Os *writs* visavam impedir o juramento de ofício ou, principalmente, a própria submissão ao julgamento pelas Cortes Eclesiásticas. Os *habeas corpus* tinham por alvo a ilegalidade das privações de liberdade impostas pela *High Comission*¹⁰⁰.

Valendo-se de sua posição, Sir Edward Coke opôs-se, em nível oficial, ao poder da *High Comission*, emitindo vários *writs* de proibição e

⁹⁸ WIGMORE, John H., The privilege against self-incrimination, *Harvard Law Review*. v.16, 1902, p.622.

⁹⁹ GRAY, Charles M. Self-incrimination in interjurisdictional law: The sixteenth and seventeenth centuries. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p.48.

¹⁰⁰ HELMHOLZ, R.H. The privilege and the jus commune: the middle ages to the seventeenth century. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*, 1997, p.19.

determinando, às Cortes Eclesiásticas, que não se utilizassem do juramento *ex officio*¹⁰¹.

Aponta-se que o julgamento que precipitou a mais importante crise entre as jurisdições foi o de John Lilburn (*Freeborn John*), um conhecido oponente político dos Stuarts¹⁰².

John Lilburn foi levado à prisão pelo Conselho da *Star Chamber*, em virtude de ter imprimido ou importado livros heréticos ou sediciosos. Enquanto esteve preso, o acusado recusou-se a responder aos interrogatórios, apelando para as leis divina e da terra¹⁰³. Ao apreciar o caso, a Câmara dos Comuns, em 1641, decidiu que a sentença da *Star Chamber* era ilegal e contrária à liberdade da pessoa. A Câmara dos Lordes, em 1645, anulou a sentença, afirmando-a contrária à Magna Carta¹⁰⁴.

Após intensas disputas sobre os limites das jurisdições, e no palco da Revolução Gloriosa, as Cortes *Star Chamber* e *High Commission* foram finalmente extintas, em 1641, pondo-se fim ao emprego do *oath de veritate dicenda* e abrindo-se o caminho para o desenvolvimento do *privilege against self-incrimination* nas Cortes do *common law*, nos séculos vindouros.

1.3.3 O desenvolvimento do *privilege* nas Cortes do *common law*: *Confession Rule*, *Disqualification for Interest* e *Witness Privilege*

Nada obstante a extinção das Cortes Eclesiásticas, fato é que, até a edição do *Treason Act*, em 1696, a assistência de advogado ainda continuava sendo vedada nas Cortes de *common law*.

Conforme já se indicou, até o final do século XVII, não havia possibilidade alguma de representação do acusado por advogados nas Cortes do *common law*, o que tornava totalmente inócuo o direito ao silêncio, uma

¹⁰¹ TRAINOR, Scott. A. Un análisis comparativo del derecho de una corporación contra la auto incriminación. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.1, v.1, 2007, p.15.

¹⁰² WIGMORE, John H. The privilege against self-incrimination, *Harvard Law Review*. v.16, 1902, p.624.

¹⁰³ TEDESCO, Ignacio F. La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado. In: HENDLER, Edmundo S. *Las garantías penales y proesales. Enfoque histórico-comparado*, 2001, p.38.

¹⁰⁴ Idem, op. cit., p.38.

vez que o réu não possuía outra alternativa senão falar em sua própria defesa, no sistema denominado *accused speaks*¹⁰⁵.

Considerava-se, então, que o acusado inocente poderia exercer, com efetividade, sua defesa no que tange à matéria fática, até mesmo melhor do que um advogado. Por outro lado, se culpado fosse, o advogado somente contribuiria para a ocultação da verdade¹⁰⁶.

Para agravar a situação, compelindo-se o acusado a falar em sua defesa, vedava-se a possibilidade de intimação de testemunhas de defesa e, quando estas se apresentavam de forma espontânea, não se admitia que depusessem mediante juramento¹⁰⁷.

Por último, observa-se que o *standard* probatório do *beyond-reasonable-doubt* (além de qualquer dúvida razoável) não havia, ainda, sido estabelecido, impondo-se, ao acusado, o ônus de demonstrar sua inocência ao Júri, o que também o compelia a falar durante o julgamento¹⁰⁸.

Além de todas estas restrições, é digno de nota que o julgamento pelo Júri já era dividido entre o *pretrial* e *trial*, sendo, a primeira fase, de cunho essencialmente inquisitivo¹⁰⁹, onde os juízes de paz (*justices of the peace*) recolhiam as provas para o futuro julgamento, e o acusado, embora não submetido à tortura, era pressionado a se manifestar em seu interrogatório¹¹⁰.

O *Treason Act* passou a admitir a representação do acusado por advogado bem como a intimação de testemunhas de defesa¹¹¹, porém apenas no tocante aos processos por traição (*felonie*), nos quais se considerava que

¹⁰⁵HELMHOLZ, R.H. The Privilege and the jus commune: The middle ages to the seventeenth century, 1997, p.14. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*, 1997, p.86.

¹⁰⁶ LANGBEIN, John H. The privilege and common law criminal procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*, 1997, p.86.

¹⁰⁷ Idem, op. cit., p.88.

¹⁰⁸ Idem, op. cit., p.89.

¹⁰⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si Mesmo*, 2003, p.17.

¹¹⁰ LEVY, Leonard W. *Origins of the fifth amendment*, 1999, p.325.

¹¹¹ LANGBEIN, John H. The privilege and common law criminal procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: ts Origins and Development*, 1997,p.88.

os Juízes – que tinham a função de instruir os réus - descuravam-se dos direitos do acusado, pendendo para o lado da Coroa¹¹².

Por volta de 1730, os juízes das Cortes do *common law* passaram a permitir a defesa por advogado também em relação aos crimes comuns, o que se consolidou a partir de 1780¹¹³. Ainda nesse período, todavia, o defensor não podia dirigir-se ao júri, o que compelia o acusado a realizar sua autodefesa.

Na segunda metade do século XVIII e no decorrer do século XIX, nota-se uma modificação substancial do sistema processual inglês, passando-se, gradativamente, do *accused speaks* para o *testing the prosecution* - que viria a se tornar o atual sistema adversarial¹¹⁴. Durante tais transformações, e até meados do século XIX, o *privilege* ainda não possuía seus contornos atuais.

No início do século XIX, o *privilege* se manifestava, de forma restrita e indireta, por intermédio de três regras procedimentais, a saber: o *witness privilege*, a *disqualification for interest* e a *confession rule*.

O *witness privilege* conferia, à testemunha, o direito de recusar-se a depor sobre qualquer questão que pudesse incriminá-la ou causar-lhe prejuízos à reputação. A regra aplicava-se tanto a processos civis como criminais, mas se restringia à testemunha, não alcançando, assim, o acusado¹¹⁵. Caso decidisse se manifestar, a testemunha renunciava ao *privilege*, passando a assumir o dever de dizer a verdade e podendo ser processada pelos fatos incriminatórios declarados. Além disso, a violação do *witness privilege* não era sancionada com a regra de exclusão, o que permitia fossem as declarações utilizadas contra a testemunha em outro processo instaurado contra si¹¹⁶.

Por seu turno, o *disqualification for interest* - também de aplicação tanto nos processos criminais como civis -, impedia o testemunho do

¹¹² LANGBEIN, John H. The privilege and common law criminal procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*, 1997, p.96.

¹¹³ Idem, op. cit., p.97.

¹¹⁴ Idem, op. cit., p.96.

¹¹⁵ SMITH, Henry E.. The modern privilege: its nineteenth-century origins. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p.146.

¹¹⁶ Idem, op. cit., p.157.

acusado, ainda que este desejasse prestá-lo sob juramento. Na verdade, em razão de seu manifesto interesse, o acusado era proibido de prestar depoimento, o que, obliquamente, assegurava não fosse ele compelido a fornecer prova contra si mesmo¹¹⁷.

Complementando tais regramentos, previa-se, ainda, a *confession rule*, que implicava na exclusão de toda a confissão extorquida por compulsão (*compulsion*), aplicando-se exclusivamente ao acusado. Note-se a sensível diferença entre a *confession rule* e o atual direito ao silêncio, na medida em que a primeira consubstancia verdadeira regra de exclusão, tendo por objeto a invalidação de uma confissão ilicitamente extorquida. Já o *privilege*, em sua feição atual, tem por escopo evitar qualquer declaração não voluntária, assegurando-se a liberdade de manifestação intelectual do réu, e não simplesmente excluir aquela obtida ilegalmente¹¹⁸.

Portanto, em que pese tenham impulsionado o desenvolvimento do *privilege* e com eles se relacionassem, tais regras estavam longe de consubstanciá-lo em sua versão contemporânea.

A proibição trazida pelo *disqualification for interest* não outorgava ao réu um verdadeiro direito ao silêncio, na medida em que não era ele livre para, querendo, prestar declarações. A *confession rule*, de seu lado, não alcançava a testemunha, a qual poderia ser processada pelos fatos declarados (caso renunciasse ao *witness privilege*), não restando suficientemente protegida contra a autoincriminação. O *witness privilege* se restringia às testemunhas, não podendo ser argüido pelo acusado, e sua violação acabava por ser inóqua, desprotegendo a testemunha em um futuro processo.

Assim, havia a necessidade, para a efetivação do *privilege*: a) de se permitir a defesa integral do réu, inclusive com a possibilidade de manifestação do defensor perante o Júri; b) de se combinarem as regras da *confession rule* e do *witness privilege*, conferindo-se uma proteção integral

¹¹⁷ SMITH, Henry E.. The modern privilege: its nineteenth-century origins. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p.149.

¹¹⁸ Idem, op. cit., p.161.

contra a autoincriminação e c) de se abolir o *disqualification for interest*, assegurando-se a liberdade de prestar, ou não, declarações, ao acusado.

Em 1836, garante-se, ao réu, o integral direito à Defesa, permitindo-se que o defensor se dirija diretamente ao Júri, pondo-se fim ao modelo do *accused speaks*, e viabilizando-se o direito ao silêncio¹¹⁹.

Nesse período, precisamente em 1847, ocorre o julgamento do caso *R. v. Garbett*¹²⁰, considerado o principal precedente que implicou no completo desenvolvimento do *privilege*. No julgamento, decidiu-se que a regra de exclusão (*confession rule*) se estendia à testemunha, sancionando-se a violação do *witness privilege*. Isto acabou conferindo uma ampla extensão do direito ao silêncio¹²¹, assegurando-se a voluntariedade de qualquer manifestação, inclusive daquela prestada pela testemunha em processo de terceiro.

Outra regra daquele período, de suma relevância para o desenvolvimento do *privilege*, consistiu no estatuto “*Jervis’s Act*”, de 1848. Este previa que o acusado, no *pretrial*, devia ser advertido de que não precisava dizer nada, mas que qualquer coisa que dissesse poderia ser utilizada como evidência¹²².

Por derradeiro, em 1898, o *disqualification for interest* foi abolido pelo parlamento Britânico¹²³, conferindo-se, ao acusado, o direito de decidir sobre declarar ou manter-se em silêncio.

Convém anotar, à guiza de fechamento, que, nos atuais sistemas anglossaxônicos/adversariais, o acusado pode se recusar a depôr, exercendo o direito ao silêncio. Porém, caso opte por prestar declarações, o faz na qualidade de testemunha, devendo prestar o juramento de dizer a verdade e

¹¹⁹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, 2005, p.112.

¹²⁰ No processo, o acusado alegou suas declarações, prestadas sob a condição de testemunha em outro processo, estavam sendo indevidamente utilizadas no processo criminal, violando-se o *witness privilege* e a *confession rule*.

¹²¹ QUELJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, 2003, p.25.

¹²² SMITH, Henry E. The modern privilege: its nineteenth-century origins. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*, 1997, p.169.

¹²³ ALSCHULER, Albert W. A peculiar privilege in historical perspective. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*, 1997, p.181.

podendo ser punido por perjúrio¹²⁴. Daí a origem etimológica do termo, na medida em que outorga ao acusado o “privilégio” de não ser ouvido como testemunha.

1.3.4 O desenvolvimento do *Privilege* nos Estados Unidos (período colonial e pósindependência)

As fontes do período colonial americano são escassas, o que dificulta a análise do sistema processual operante nos séculos XVII e XVIII. Obviamente, não se pretende, face aos limites da pesquisa, realizar uma abordagem aprofundada do tema, mas sim, e tão somente, enfocá-lo no que for de interesse para o estudo do desenvolvimento do *privilege against self-incrimination*.

De toda forma, é possível asseverar que o procedimento criminal adotado na Inglaterra era aplicado nas colônias britânicas, em sua forma estrutural. Até meados do século XVIII, adotava-se o sistema do *accused speaks*, sendo o acusado privado da assistência de defensor, o que inviabilizava, por completo, o exercício do direito ao silêncio¹²⁵.

Em virtude de distintas condições demográficas, econômicas e políticas, observa-se que a tendência, nas colônias, era a simplificação dos procedimentos e o debilitamento da posição do acusado. Ainda assim, as torturas físicas ou espirituais foram, desde cedo, repugnadas enquanto métodos de obtenção de prova¹²⁶.

No plano político, os colonos postulavam os mesmos direitos dos ingleses, com ênfase para a liberdade, a segurança e a propriedade, bem como para a submissão do Governo à lei, ou seja, ao *common law* inglês. Prestigiava-se intensamente o Júri, face à sua representatividade em relação

¹²⁴ TEDESCO, Ignacio F. La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado. In: HENDLER, Edmundo S. *Las garantías penales y proesales. Enfoque histórico-comparado*, 2001, p.56-57.

¹²⁵ MOGLEN, Eben. The privilege in British North America: The colonial period to the fifth amendment. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p.116.

¹²⁶ Idem, op. cit., p.122.

à comunidade local, o que também reduzia o poder do império perante as colônias.

Tal cenário acabou direcionando a atenção para as instituições legais consagradoras das liberdades individuais, como o direito ao julgamento pelo júri.

O apego ao *common law*, por seu turno, indicava a preocupação com possíveis inovações tirânicas do parlamento, supressoras da liberdade individual¹²⁷, fomentando a produção das *bills of rights* do final do século XVIII.

Nesse contexto se proclama, em 12 de junho de 1776, na Filadélfia, a *Declaração de Direitos de Virgínia*, na qual George Mason, na seção 8^a, apresenta o modelo constitucional de julgamento pelo júri. Nesta importante seção são assegurados, ao acusado, os direitos ao *cross-examination*, à produção de provas e a não fornecer evidência contra si mesmo (*nor be compelled to give evidence against himself*). É a primeira positivação do *privilege* na América. Destaque-se que a regra se direcionava, literalmente, apenas ao acusado, mas, na opinião de Leonard W. Levy¹²⁸, alcançava também a testemunha, tratando-se de um mero erro de redação.

Em setembro de 1776, se produz a *Declaração de Direitos da Pensilvânia* que assegura, na seção 9^a, o direito do acusado a ser ouvido, bem como a ser representado por defensor (o que, já se viu alhures, é algo indispensável para a efetivação do direito ao silêncio)¹²⁹.

Com a subsequente *Declaração de Independência* e formação da República, nota-se a tendência de constitucionalização dos direitos individuais já proclamados nas antecedentes Declarações, com o nítido objetivo de se submeter o novo Governo Federal à lei. Neste sentido, são inseridas, pelos Estados, várias Emendas à Constituição Federal¹³⁰.

O *privilege* é, então, acrescentado à Constituição em 1791, por

¹²⁷ MOGLEN, Eben. The privilege in British North America: The colonial period to the fifth amendment. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*, 1997, p.129-133.

¹²⁸ *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*, 1999, p.406.

¹²⁹ MOGLEN, Eben. The privilege in British North America: the colonial period to the fifth amendment. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*, 1997, p.134.

¹³⁰ COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.76- 77.

intermédio da 5ª Emenda, proclamando-se, expressamente, que “*no person [...] shall be compelled in any criminal case to be witness against himself*”¹³¹.

Porém, a mera constitucionalização dos direitos não garantiu, de pronto, uma efetiva mudança de cenário no âmbito dos processos criminais da nova República. Foram, na verdade, a ampliação do direito de Defesa e a atuação dos advogados – que argüiam o *privilege* para invalidar confissões – que provocaram o real desenvolvimento da garantia contra a autoincriminação¹³², conferindo-lhe os contornos contemporâneos.

No século XX, a Suprema Corte Estadunidense vivifica a garantia, interpretando-a, reforçando-a (sobretudo com as *Miranda’s warnings*) e conferindo-lhe novos contornos, servindo de paradigma para várias Cortes Constitucionais. Todavia, por razões metodológicas, estes aspectos serão examinados mais adiante, em momento oportuno.

1.4 A Consolidação da Garantia

A garantia contra a autoincriminação se consolidou nos séculos XVIII e XIX, tanto na Europa Continental, em virtude da influência da Revolução Francesa e da filosofia da ilustração¹³³, como na Inglaterra e em suas colônias, notadamente nos Estados Unidos.

A superação do *Ancien Regimen* e do sistema inquisitivo, no Continente, e o desenvolvimento do sistema adversarial, com a possibilidade de representação por advogado - na Inglaterra e nas antigas colônias que se tornavam independentes - transformaram, profundamente, o sistema processual, elevando-se o acusado à condição de sujeito de direitos.

¹³¹ Nenhuma pessoa deve ser compelida em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesmo – tradução livre.

¹³² HELMHOLZ, R.H. Introduction. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*, 1997, p.14.

¹³³ COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.55.

O pensamento kantiano, preconizando a proibição de coisificação do homem, se entroniza no processo, tutelando-se a dignidade pessoal do acusado, que já não poderia mais ser utilizado como mero objeto de prova¹³⁴.

Neste novo solo fértil do Estado Liberal e sob o impacto da filosofia jusnaturalista, consolidou-se a garantia contra a autoincriminação, que se inseriu, explícita ou implicitamente, nas principais declarações de direitos dos séculos XVIII, XIX e XX.

Nos Estados Unidos, como se anotou alhures, o *privilege against self-incrimination* foi contemplado, primeiramente, pela Declaração de Virgínia, de 1776, em sua seção 8^a¹³⁵, e acrescentado à Constituição em 1791, com a 5^a Emenda.

A *Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen* (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), de 1789, em que pese não mencione, expressamente, o direito ao silêncio, consagra, em seu artigo 9º, a presunção de inocência, do qual a garantia decorre diretamente.

Já no século XX, o artigo 14, par. 3º, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, estabelece que toda a pessoa acusada de um crime tem o “direito a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

Há, ainda, menção expressa ao *privilege* no artigo 8º, par. 2º, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos, onde se lê que a pessoa tem o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada (*ne pas être forcé de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable*)”.

A garantia foi complementada pela paradigmática decisão da Suprema Corte Estadunidense, no *leading case* *Miranda v. Arizona* (384 US 436 - 1966), no qual foram explicitados os deveres de advertência ao investigado

¹³⁴ASCENCIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*. Lince (Peru): Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008, p.179.

¹³⁵DE LANGHE, Marcela. *Escuchas telefonicas: limites a intervención del Estado en la privacidad e intimidad de las personas* Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p.32.

sob custódia, acerca de seus direitos constitucionais, dentre os quais o de permanecer calado¹³⁶.

No processo penal democrático, a proteção contra a autoincriminação é, de fato, um consectário lógico do princípio da presunção ou estado de inocência, inerente ao modelo acusatório¹³⁷.

Com efeito, a presunção de inocência transfere toda a carga probatória para a acusação¹³⁸, presumindo-se a inocência do réu¹³⁹, que não pode ser obrigado a fornecer as provas de sua possível culpabilidade, como ocorria no sistema inquisitorial (*reus tenetur iudici respondere*)¹⁴⁰. Antes, possui, o acusado, o direito de não cooperar com a produção da prova, nada tendo a temer por não se revelar (*nemo tenetur se detegere*)¹⁴¹.

Tal qual o *nemo tenetur*, o princípio da presunção de inocência também se encontra inserido nos mais importantes tratados internacionais, destacando-se a Declaração Universal de Direitos do Homem, em seu artigo 11.1, a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais, em seu artigo 6.2, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14.2¹⁴². No Brasil, o princípio foi elencado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, além de ter ingressado no ordenamento pela ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos, que o consagra no artigo 8º.

Repise-se que, no *common law*, o *privilege* atualmente confere ao acusado o direito de não prestar declarações; porém, se decide fazê-lo, o acusado é tratado como uma verdadeira testemunha, prestando o juramento de dizer a verdade, sob pena de prática de perjúrio.

¹³⁶ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p.125.

¹³⁷DI GERONIMO, Paolo. *Il contributo dell'imputato all'acertamento del fatto*. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p.4.

¹³⁸BINDER, Alberto, *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.89-90.

¹³⁹HUERTAS-MARTÍN, M. I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Barcelona: J. Bosch, 1999, p.46-47.

¹⁴⁰FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, 2002, p.486.

¹⁴¹Idem, op. cit. p.486.

¹⁴²HUERTAS-MARTÍN, M. I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.43.

Nos países de tradição continental, ao contrário, o acusado deve se submeter ao interrogatório, resguardando-se o direito de permanecer calado e, inclusive, de prestar declarações mendazes, na medida em que não será classificado como testemunha¹⁴³.

Em síntese, todo o desenvolvimento histórico da garantia contra a autoincriminação indica que seu objetivo nuclear foi o de proteger a liberdade de manifestação intelectual do acusado, proibindo-se o emprego da tortura e de quaisquer métodos subreptícios para extorquir-lhe a confissão.

Ainda que assim seja - e que deva mesmo ser, em um processo garantista -, resta, porém, investigar quais são as restrições que podem ser impostas, legitimamente, ao *nemo tenetur*, o qual não deve ser considerado sob uma ótica hipertrofiada, como se seu escopo fosse o de auxiliar o acusado a “eximir-se” ou “esquivar-se” de uma condenação lícita.

Para fazê-lo, exige-se uma investigação acerca da estrutura normativa dos próprios direitos fundamentais enquanto categoria dogmática, situando-os em um plano histórico, aferindo-se seu conteúdo essencial e seus limites, bem ainda os deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais coletivos. Antes de se tratar de tais temas, cumpre redigir algumas linhas acerca da consolidação da garantia no sistema processual penal brasileiro.

1.5 A Evolução da Garantia Contra a Autoincriminação no Brasil

O sistema processual brasileiro possui tradição romano-canônica, e foi receptáculo das Ordenações Portuguesas (*Afonsinas* – século XV, *Manoelinas* – século XVI e *Filipinas* – século XVII) no período colonial, as quais adotavam o procedimento inquisitório¹⁴⁴. Dominava, destarte, o sistema da prova legal, sendo permitido o emprego da tortura para a obtenção da confissão (*regina probatio*), tal como se verificava na Europa Continental¹⁴⁵.

¹⁴³GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*, São Paulo: RT, 1997, p.111.

¹⁴⁴ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, vol. I, 1959, p.227.

¹⁴⁵HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, 2005, p.114-115.

Embora houvesse previsão esparsa, nas Ordenações, do direito a não declarar e a não prestar juramento, isso se revelava de todo ineficaz, na medida em que se admitia, expressamente, o emprego da tortura em determinados casos. É o que se encontra, *verbi gratia*, no Livro V, Título LXIV, das Ordenações Manuelinas, e no Livro V, Título CXXXIII, das Ordenações Filipinas¹⁴⁶.

No entanto, notadamente à época da formação do Império, o sistema processual foi fortemente influenciado pelo liberalismo inglês¹⁴⁷.

Assim, tem-se que a Constituição do Império, de 1824, aboliu, expressamente, a tortura, em seu artigo 179, §19, e o Código de Processo Criminal do Império, de 1832, adotou o julgamento pelo júri, nos mesmos moldes ingleses (com previsão do júri de acusação e de sentença, e com garantia do direito de defesa por advogado, sobretudo na segunda fase)¹⁴⁸.

O Código de Processo Criminal do Império disciplinava o interrogatório como sendo um meio de defesa, especialmente porque as perguntas relativas ao fato, elencadas no artigo 98, pediam ao acusado provas de sua inocência¹⁴⁹, sendo-lhe permitido permanecer em silêncio¹⁵⁰, ainda que não houvesse menção explícita a tal direito.

José Antonio Pimenta Bueno¹⁵¹, um dos principais comentadores do Código de Processo Criminal do Império, já postulava, então, que o interrogatório era um meio de defesa, não podendo, o réu, ser constrangido a dizer o que não quisesse.

¹⁴⁶ COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.103.

¹⁴⁷ Idem, op. cit., p.99.

¹⁴⁸ O processo se dividia em duas etapas, análogas ao juízo de formação da culpa e ao juízo de mérito do Júri atual. Na primeira etapa, o Júri de Acusação, composto por 23 jurados, era competente para decidir sobre a existência de elementos suficientes para a apresentação da acusação, conforme disciplinavam os artigos 244 e ss. do Código. O Júri de Sentença era composto por 12 jurados, competindo-lhe o julgamento da causa, na forma disciplinada pelos artigos 254 e ss. do Código. Em 1842, o Regulamento n.120 pôs fim ao Júri de Acusação, transferindo a competência para a pronúncia aos juizes municipais e aos juizes de direito. (cf. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. II, 1959, p.226).

¹⁴⁹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, vol.II, 1959, p.217.

¹⁵⁰ COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.105-106.

¹⁵¹ PIMENTA BUENO, José Antonio, *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1959, p.357.

Oportuno acentuar, com respaldo no magistério de Carlos Henrique Borlido Haddad¹⁵², que o Regulamento 737 - diploma processual civil – em seu artigo 208, facultou à parte silenciar caso houvesse risco de prestar depoimento de conteúdo incriminatório.

Conforme observa Maria Elizabeth Queijo¹⁵³, o Decreto 848, de 1890, que organizou a Justiça Federal, reforçou a tendência de se considerar o interrogatório como sendo um meio de defesa. Tanto assim é que, na exposição de motivos, o Ministro da Justiça, Campos Salles, esclarece que o acusado tem o direito de responder laconicamente, sim ou não, e o juiz tem o dever de respeitar seu laconismo.

A Constituição Republicana de 1891, consagrava, em seu artigo 72, §16, a plenitude de defesa, outorgando, ainda que de forma implícita, o direito ao silêncio¹⁵⁴.

Destaque-se que o citado texto constitucional adotou a pluralidade de competências legislativas, conferindo, aos Estados-Membros, competência para legislar sobre normas de direito processual. Em alguns códigos processuais estaduais (como o do Distrito Federal – art.139 -, do Rio Grande do Sul – art.286 -, e do Paraná – art.330) previa-se que o silêncio do réu poderia ser interpretado em seu prejuízo¹⁵⁵.

A Constituição de 1934 restabeleceu a unidade da legislação processual, outorgando competência legislativa exclusiva à União (art.5, XIX, a) o que desembocou com a edição do Dec.-lei 3.689, aos 03 de outubro de 1941, instituindo-se o Código de Processo Penal, vigente até os dias de hoje.

O Código de Processo Penal de 1941 consagrou, no artigo 186, o direito ao silêncio, prevendo-o de forma explícita pela primeira vez no ordenamento processual brasileiro¹⁵⁶. Porém, a norma relativizava o direito, na medida em que autorizava o Juiz a interpretar seu exercício em prejuízo da defesa do acusado, o que desvelava o espírito autoritário do diploma,

¹⁵²Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação, 2005, p.116.

¹⁵³QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*, 2003, p.101.

¹⁵⁴COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.105-108.

¹⁵⁵Idem, op. cit., p.109.

¹⁵⁶HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O conteúdo e os contornos do princípio contra a auto-incriminação*, 2005, p.118.

inspirado no Código de Processo Penal Italiano de 1930 (Código Rocco), de matriz fascista¹⁵⁷.

O referido dispositivo legal, em sua redação original, foi objeto de veementes críticas da doutrina, na medida em que restringia, seriamente, o exercício do direito¹⁵⁸, caracterizando o interrogatório como um ato tipicamente instrutório, nos moldes do modelo inquisitorial.

Parte da doutrina já sustentava, àquela época, que o interrogatório possui a natureza de ato essencialmente de defesa¹⁵⁹, ainda que também possa ser considerado fonte ou meio de prova¹⁶⁰, caso o acusado opte, livremente, por fornecer informações ou confessar¹⁶¹.

O problema nuclear, pré-Constituição Federal de 1988, consistia em saber se o silêncio poderia ser avaliado em prejuízo do réu.

Autores como José Frederico Marques¹⁶² e Eduardo Espínola Filho¹⁶³, sustentavam que, embora o mutismo não pudesse induzir em confissão, poderia ser avaliado negativamente pelo juiz.

Em sentido oposto, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Bento de Faria, defendia que do silêncio do réu não se poderia deduzir nenhum elemento probatório em seu prejuízo¹⁶⁴.

Encerrando a controvérsia, e suprimindo as omissões das Constituições de 1891, 1930, 1937 e 1967¹⁶⁵, a Constituição Federal de 1988 assegurou, de forma explícita, a garantia, dispondo, no artigo 5º, LXIII, (sede dos

¹⁵⁷CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*. 4ª ed. Torino: Utet, 2009, p.34.

¹⁵⁸GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no processo penal*, 1997, p.80.

¹⁵⁹GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.80. No mesmo sentido: FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 292. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*, 2003, p.107.

¹⁶⁰LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 2007, p.598.

¹⁶¹MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, Vol.III. Campinas: Bookseller, 1997, p.296.

¹⁶²Idem, op. cit., p.298.

¹⁶³ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*, Vol. III. Campinas: Bookseller, 2000, p.53.

¹⁶⁴FARIA, Bento. *Código de processo penal*, vol. I. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960, p.288.

¹⁶⁵HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O conteúdo e os contornos do princípio contra a auto-incriminação*, 2005, p.113-114.

direitos e garantias individuais) 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”.

Observe-se que a garantia tem aplicação não só ao acusado preso como àquele que está em liberdade¹⁶⁶, sendo certo que a Constituição faz referência ao preso no sentido de se reforçar sua proteção, face à sua posição mais desvantajosa¹⁶⁷.

A garantia se aplica, também, ao investigado, podendo se estender à testemunha, caso os fatos perquiridos possam resultar autoincriminatórios, conforme já se verificou em depoimentos prestados perante Comissões Parlamentares de Inquérito¹⁶⁸, havendo inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal neste sentido (cf., *verbi gratia*, MSMC 23.491/DF, HC 79.812/SP, HC 75.257/RJ).

Finalmente, com a reforma do Código de Processo Penal, por intermédio da Lei 10.792/2003, a redação do artigo 186 foi modificada, adaptando-se a norma ao regime constitucional¹⁶⁹, e estabelecendo-se que o silêncio não importará em confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Conclui-se, portanto, que no sistema jurídico brasileiro, do exercício do direito ao silêncio nenhum prejuízo pode sofrer o acusado em sua posição processual, nada tendo este a temer por não se descobrir (*nemo tenetur se detegere*).

Além do direito de permanecer calado, a garantia, no processo penal brasileiro, tem sido interpretada com um sentido demasiadamente amplo, conferindo, ao acusado, um direito quase que absoluto de não produzir provas contra si mesmo, seja através da realização de conduta ativa (fornecimento de padrões gráficos ou de voz, participação em reconstituição

¹⁶⁶GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, 1997, p.112. No mesmo sentido: TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.366.

¹⁶⁷GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 1997, p.80.

¹⁶⁸HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, 2005, p.131.

¹⁶⁹LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 2007, p.600.

do crime, etc), seja por meio de simples conduta passiva (como tolerar a extração de sangue ou outro material genético para exame pericial).

Ao mesmo tempo em que se confere uma interpretação hipertrófica à garantia, notadamente quanto à cooperação passiva, resta esta desguarnecida no que se refere à cooperação inconsciente, obtida através do emprego dos meios enganosos, que atingem o *nemo tenetur* em seu plano principiológico.

Neste sentido, há necessidade de uma ampla revisão crítica, para fins de que se possa aferir quais são as restrições legítimas que comporta o *nemo tenetur*, notadamente no ordenamento jurídico brasileiro. É disso que se cuidará nos capítulos subseqüentes.

2 A GARANTIA FUNDAMENTAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO NA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ESTRUTURA NORMATIVA, CONTEÚDO ESSENCIAL E LIMITES

A compreensão do conteúdo essencial e dos limites da garantia contra a autoincriminação demanda sua análise no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais, regime ao qual se encontra submetida.

Esclareça-se, nessa seara preliminar, que nada obstante o *nemo tenetur* possa ser classificado como um verdadeiro *direito fundamental* de primeira dimensão, (de defesa ou de resistência), será categorizado, nesta dissertação, como sendo uma *garantia fundamental*, ou um *princípio-garantia*, na medida em que assegura uma liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, enfeixada dentre as denominadas *garantias procedimentais*.

Canotilho¹⁷⁰, ao referir-se aos princípios-garantia, traz os exemplos do *nullum crimen sine lege* e *nulla pena sine lege*, do *non bis in idem*, do juiz natural e do *in dubio pro reo*, tratando-se, todos, de *garantias processuais* em um sentido amplo, da mesma natureza da garantia contra a autoincriminação.

Na concepção de Luigi Ferrajoli¹⁷¹, as *garantias* têm por função precípua condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva. Decorrem, estas, de uma das funções precípua do processo, consistente na tutela do inocente. Seriam espécies de garantias processuais, o contraditório (*nullum iudicio sine accusatione*), o direito de defesa (*nulla probatio sine defensione*) e a atribuição do ônus da prova à acusação (*nulla accusatio sine probatione*)¹⁷². O *nemo tenetur*, neste sentido, consistiria na primeira máxima do garantismo processual acusatório, informada pela presunção de inocência, e tendo por objetivos a tutela da pessoa do acusado, bem como a inviolabilidade de sua consciência¹⁷³.

¹⁷⁰COUCEIRO, João Claudio. *A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio*, 2004, p.168.

¹⁷¹*Direito e razão*, 2002, p.74.

¹⁷²Idem, op. cit., p.484.

¹⁷³Idem, op. cit., p.486.

Essencialmente, a garantia proíbe a coisificação do acusado e limita o poder de investigação do Estado, d'onde se extrai seu caráter instrumental e assecuratório de outros direitos fundamentais, tais como a integridade física, a liberdade individual e, especialmente, a dignidade da pessoa humana.

Nada disso, contudo, impede seja o *nemo tenetur* categorizado como um direito fundamental *em si*, no sentido de que as garantias procedimentais também são um *bem em si mesmo*, quando menos como valor ético do Estado Democrático de Direito.

O certo é que a garantia fundamental submete-se à mesma disciplina dogmático-normativa dos direitos fundamentais, que ora se passa a examinar.

Fixados tais conceitos preliminares, o objetivo deste capítulo é investigar, primeiramente, a estrutura normativa dos direitos fundamentais enquanto categoria jurídica, definindo-se o que vem a ser o plano principiológico, ou de proteção *prima facie*, e o plano da regra, ou o conteúdo essencial de tais direitos. Uma vez feito este delineamento, serão examinadas as teorias correlatas aos limites e restrições dos direitos fundamentais. Por fim, e com emprego desta mesma metodologia, será apreciada a estrutura normativa complexa da garantia contra a autoincriminação, dissecando-a em regra e princípio e aferindo-se suas possíveis restrições.

2.1 Conceitos Juspositivo de Direitos Fundamentais

Ainda que se deva destacar toda a importância da filosofia jusnaturalista¹⁷⁴ no desenvolvimento e na ulterior posituação dos direitos fundamentais¹⁷⁵, resta inevitável, atualmente, reconhecer o caráter histórico de tais direitos, que devem ser analisados e compreendidos no âmbito de uma sociedade concreta e de seu próprio ordenamento jurídico.

¹⁷⁴Em uma síntese muito apertada, observa-se que o jusnaturalismo postula a existência de um direito natural, apreensível pela razão e fundamentado na natureza humana. Os conceitos centrais da filosofia jusnaturalista, neste sentido, são o estado de natureza, a lei natural (que se coloca acima do ordenamento positivo) e o contrato social. Cf. BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico*. São Paulo: Icone, 2006, p.42.

¹⁷⁵FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão*, 2002, p.31.

Partindo deste referencial marcadamente positivista, não há direitos naturais ou absolutos, desvinculados do contexto histórico-social, do Estado e do Direito.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷⁶ define os direitos fundamentais como sendo o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se de direitos delimitados espacial e temporalmente. Aduz, o autor, que sua denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Na mesma trilha, e conforme adverte Canotilho¹⁷⁷, sem a positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, ideais, impulsos ou mera retórica, mas não direitos protegidos sob a forma de normas.

Como é sabido, a categoria da fundamentalidade indica a especial dignidade de proteção dos direitos em um sentido formal e material, no âmbito de um ordenamento jurídico concreto.

A fundamentalidade formal se identifica com a constitucionalização dos direitos fundamentais e, destacadamente, com os processos mais difíceis de revisão e modificação, bem assim com a vinculação dos poderes públicos a tais direitos. Já a fundamentalidade material revela, por sua vez, que o conteúdo de tais direitos se identifica com estruturas básicas do Estado e da Sociedade, permitindo uma abertura conceitual e a incorporação de outros direitos ainda não constitucionalizados¹⁷⁸.

Assim é que, em sua significação axiológico-objetiva, os direitos fundamentais representam o resultado do acordo entre diversas forças sociais, forjado a partir de tensões e esforços de cooperação no sentido de se alcançar um objetivo comum¹⁷⁹, o que revela, indubitavelmente, sua historicidade, no sentido hegeliano.

¹⁷⁶A *Eficácia dos direitos fundamentais*, 2009, p.31.

¹⁷⁷*Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1993, p.497.

¹⁷⁸*Idem*, op. cit., p.499.

¹⁷⁹PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*, 6ª ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1995, p.21.

Na contemporaneidade há uma franca prevalência do entendimento de que os direitos fundamentais possam ser regulados ou restringidos, desde que respeitado seu conteúdo essencial¹⁸⁰.

O desafio está em definir, a partir de uma determinada orientação jusfilosófica, o que vem a ser este conteúdo essencial, objeto de proteção da norma jusfundamental.

Para tanto, impõe-se analisar, sob um prisma zetético, as teorias correlatas aos fundamentos de tais direitos e a estrutura das normas jusfundamentais, sempre com o olhar voltado para os princípios fundantes do Estado Social e Democrático de Direito.

Além da adoção do referencial teórico positivista, deseja-se fixar, desde logo, que os direitos fundamentais serão considerados, na presente dissertação, sob a perspectiva de sua função social, rechaçando-se, nos dizeres de Peter Häberle¹⁸¹, uma visão unilateral dos direitos de liberdade, e uma concepção essencialmente individualista dos direitos fundamentais.

Pode-se mesmo sustentar, com Häberle¹⁸², que se o Direito é condição indispensável para a execução do plano de vida moral do indivíduo e para a união de forças a fim de se lograr fins comunitários, é possível evitar a existência de uma alternativa entre interesses públicos ou privados.

Posto de outro modo: dentre os extremos das teorias liberal e totalitária, acolhe-se, na presente pesquisa, a teoria institucional. Necessário justificar tal escolha.

Em um apertado resumo, a teoria liberal¹⁸³, desenvolvida, notadamente, no século XVIII, pela filosofia da ilustração, concebia - como não poderia ser diferente naquele convulsivo momento político, de ruptura com o *Ancien Regimen* - os direitos fundamentais (então ainda denominados

¹⁸⁰COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.123.

¹⁸¹*La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dynkinson, 2003, p.11.

¹⁸²Idem, op cit., p.26.

¹⁸³Não há espaço, na presente dissertação, para a análise profunda da teoria liberal e da filosofia jusnaturalista que a informou. Destacam-se, assim, seus elementos essenciais, verificados em importantes autores dela representativos, como Locke e Kant, tais como os conceitos *a priori* (direito natural, estado de natureza, liberdade, propriedade), derivados da razão.

direitos humanos) em sua perspectiva subjetiva, como sendo direitos de defesa exercidos contra o Estado¹⁸⁴.

O núcleo principal da teoria contratualista-liberal é, sabidamente, o direito de liberdade, em uma concepção essencialmente individualista e negativa¹⁸⁵, na qual o Direito é o instrumento de salvaguarda do indivíduo contra agressões do Estado¹⁸⁶.

A teoria liberal encontra suporte na filosofia jusnaturalista, especialmente no pensamento de importantes autores ocidentais como John Locke e Immanuel Kant.

Locke¹⁸⁷ funda o contrato social na necessidade de proteção da vida, da liberdade e da propriedade, direitos que, nada obstante existentes em sua forma bruta e absoluta no estado de natureza, encontravam-se periclitados neste, já que não havia quem os garantisse, tendo todos direito a tudo.

A necessidade de proteção da propriedade, no amplo sentido lockiano¹⁸⁸, é o que implica na reunião de vários indivíduos para a formação do contrato social e para a formação da sociedade civil¹⁸⁹. Assim, a legitimidade do poder político se funda na proteção de tais direitos, pré-existentes à formação do Estado, e que, por isto mesmo, deveriam ser por ele respeitados.

Por sua vez, Kant¹⁹⁰ aloca o indivíduo no centro do sistema social, conferindo, ao homem, a prerrogativa de fim em si mesmo.

O conceito de liberdade negativa, exercida contra o Estado, veio a se tornar a principal base filosófica da teoria liberal dos direitos fundamentais, e ainda influencia, intensamente, o pensamento jurídico ocidental¹⁹¹.

¹⁸⁴BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.260.

¹⁸⁵CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*, 1993, p.506.

¹⁸⁶ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.35.

¹⁸⁷*Dois tratados sobre o governo*, p.460-461.

¹⁸⁸Locke agrega, ao conceito de propriedade, os direitos à vida, liberdade e propriedade em sentido estrito.

¹⁸⁹LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.468.

¹⁹⁰*Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p.56.

¹⁹¹BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2007, p.263.

Nesse sentido, e ainda que em outro momento histórico, Carlos Bernal Pulido¹⁹² postula que a liberdade seja um atributo inerente ao indivíduo enquanto ser racional e autônomo, com capacidade para escolher suas próprias leis.

No extremo oposto, em uma teoria que se poderia denominar totalitária, verifica-se uma completa funcionalização dos direitos fundamentais, amesquinhando-se o indivíduo, que se desintegra ou é, até mesmo, absorvido pelo Estado. Neste caso, os direitos fundamentais não pertencem verdadeiramente ao indivíduo e, portanto, não podem, jamais, ser exercidos *contra* o Estado¹⁹³.

Tal concepção serviu de base de sustentação aos regimes políticos totalitários da primeira metade do século XX, designadamente dos regimes nazista na Alemanha, e fascista na Itália, influenciando, no Brasil, o regime ditatorial militar, em meio ao qual foi promulgado o Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente.

Por sua vez, a teoria institucionalista preconiza que os direitos fundamentais são institutos delimitados pelos preceitos normativos, daí decorrendo que a liberdade individual só existirá dentro do quadro da instituição, cujas regras definirão o conteúdo e os limites dos direitos¹⁹⁴.

Com efeito, a unidade em que se fundem os bens jurídicos regulados na Constituição, e as relações existentes entre eles, indicam que o conteúdo e os limites dos direitos fundamentais devem ser determinados, também, por uma visão de conjunto, e não em uma perspectiva isolada, do direito em si¹⁹⁵.

Considera-se que os direitos fundamentais possuem duas dimensões que se integram, a saber, a dimensão dos direitos público-subjetivos/individuais e a dimensão institucional/objetiva, a partir da qual

¹⁹²*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2007, p.262.

¹⁹³COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.121-122.

¹⁹⁴*Idem*, op. cit., p.119.

¹⁹⁵HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 2003, p.9.

seu conteúdo deve funcionalizar-se para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados¹⁹⁶.

As regulações objetivas definem e conformam os institutos eticamente, com uma intensa carga valorativa, como se verifica com o matrimônio, os contratos, a propriedade, etc. Deixam, elas, contudo, espaço para a intervenção criativa do indivíduo, o qual se encontra inserido na Comunidade, mas possui resguardadas sua autonomia e sua liberdade, ainda que nos limites dos institutos.

Peter Häberle¹⁹⁷ destaca que o objeto do pensamento institucional é “inserir o indivíduo e sua liberdade nas regulações e relações vitais objetivas e, ao mesmo tempo, levar a estas regulações a criatividade e o potencial criador dos indivíduos”.

Não se trata, portanto, de opor os direitos subjetivos/individuais ao Estado, mas antes de se integrar, no âmago do conceito de direito fundamental, a dimensão institucional ou supra-individual, sem que, com isto, se estabeleça uma relação de subordinação entre estes¹⁹⁸.

Os direitos fundamentais são, assim, círculos traçados na ordenação da vida comunitária. O titular dos direitos fundamentais entra, por meio de seu exercício, em tais círculos e os preenche com sua criatividade e atividade pessoal¹⁹⁹. Com a entrada nas relações vitais objetivas, isto é, nos direitos fundamentais como institutos, se põe um limite à liberdade individual, que é envolta nas mesmas.

Conforme corretamente adverte Carlos Bernal Pulido²⁰⁰ “sem a aceção de que os direitos fundamentais possam ser objeto de restrições proporcionais, se chegaria à defesa de um individualismo extremo” impossibilitando-se a harmonização do exercício de um mesmo direito fundamental por diversos titulares.

¹⁹⁶PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*, 1995, p.25.

¹⁹⁷*La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 2003, p.82, tradução livre.

¹⁹⁸Idem, op. cit. p.80.

¹⁹⁹Idem, op.cit. p. 100.

²⁰⁰*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2007, p.277.

A liberdade individual se manifesta, assim, como uma liberdade consignada, desde o primeiro momento, às relações vitais e aos valores comunitários.

Nessa perspectiva, revelam-se admissíveis limitações dos direitos fundamentais como direitos subjetivos individuais, no interesse dos direitos fundamentais como institutos, e vice-versa²⁰¹, desde que observado o princípio da proporcionalidade²⁰².

No plano normativo, o artigo 32.2, do Pacto de *San Jose da Costa Rica* (Convenção Americana de Direitos Humanos), de 1969, estabelece que “os direitos de cada pessoa estão limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”.

No mesmo rumo, o artigo 29, inciso II, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, dispõe que:

No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades, toda pessoa estará somente sujeita às limitações estabelecidas pela lei com o único fim de assegurar o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar geral em uma sociedade democrática.

Por fim, e no mesmo norte, o artigo XXVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, reza que “os direitos de cada homem estão limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem estar geral e do desenvolvimento democrático”.

No plano dogmático, a discussão sobre o conteúdo, as restrições e os limites dos direitos fundamentais remete às teorias externa e interna, que serão, por isto, abordadas em continuação.

²⁰¹HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 2003, p.101.

²⁰²BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2007, p.277. (Tradução livre).

2.2 Limites Imanentes ou Restrições dos Direitos Fundamentais: as Teorias Interna (Coerentista) e Externa (Conflitivista)

É amplamente reconhecido que, no que tange à disciplina dos direitos fundamentais, a Constituição protege bens vitais do indivíduo e da coletividade.

Daí o porquê de se exigir que todo e qualquer direito cumpra sua função social, recusando-se uma visão unilateral dos direitos individuais de liberdade e uma concepção liberal e individualista dos direitos fundamentais²⁰³.

A função social contribui para a determinação dos limites imanentes aos direitos subjetivos, por um lado e, por outro, vincula materialmente o legislador. É dizer, o legislador e o indivíduo se vêem, mutuamente, limitados pelo mesmo conceito: a função social dos direitos e liberdades²⁰⁴.

Na lição precisa de Peter Häberle²⁰⁵, entre os distintos bens jurídico-constitucionais existem relações de condicionamento recíproco, delas derivando que “os direitos fundamentais são bens jurídicos necessários para a existência da comunidade garantida pela Lei Fundamental, e que, ao revés, os direitos fundamentais são condicionados pela existência da comunidade.”

Os direitos fundamentais não são, destarte, absolutos, mas limitam-se reciprocamente pelo princípio da proporcionalidade²⁰⁶.

Fixadas tais premissas, faz-se necessário, agora, repercutir as teorias interna e externa, correlatas ao conteúdo dos direitos fundamentais.

Na concepção da teoria interna ou coerentista, defendida, dentre outros, por Peter Häberle²⁰⁷, os direitos fundamentais são limitados, “desde o princípio”, ou “internamente”, por outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos, de categoria superior. Em outras palavras, o

²⁰³BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2007, p.11.

²⁰⁴Idem, op. cit., p.12-13.

²⁰⁵HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 2003, p.15, tradução livre.

²⁰⁶ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*, 2007, p.43.

²⁰⁷*La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 2003, p.119.

legislador que concretiza, no âmbito dos direitos fundamentais, os limites conformes a sua essência, regula limites que existem desde o princípio²⁰⁸.

Não se trata, pois, de restrições que chegam “desde fora”, mas sim de fronteiras (*Grenzen*, na expressão germânica) ou limites imanentes aos próprios direitos fundamentais, decorrentes da ponderação de bens.

Para a teoria externa ou conflitivista, perfilhada, *verbi gratia*, por Robert Alexy²⁰⁹ e Gloria Patrícia Lopera Mesa, é possível conceber o direito em si, ilimitado e sem restrições, em seu estado absoluto. Porém, por força das necessidades do convívio social, admitem-se restrições aos direitos fundamentais, desde que sejam respeitadoras do conteúdo essencial e não violem o princípio da proporcionalidade, compatibilizando-se os direitos de uns com o dos outros.

Comparando-se criticamente as duas teorias, e nas palavras de Alexy²¹⁰, “alguém que defenda uma teoria individualista do Estado e da sociedade tenderá mais à teoria externa, enquanto alguém para o qual o importante é o papel de membro ou participante de uma comunidade tenderá mais para a teoria interna”.

A teoria interna, ao conceber a existência de limites imanentes aos direitos fundamentais - os quais só existem em seu modelo institucional, no seio de uma ordem jurídica concreta, e na qual o indivíduo cumpre uma função social²¹¹ - fornece uma importante contribuição na identificação da posição *prima facie* outorgada pela norma jusfundamental e, portanto, não deve ser descartada.

Contudo, não se refuta o principal postulado dogmático da teoria externa, no sentido de que as normas jusfundamentais possuem a estrutura complexa de princípios e regras, comportando, por isto, restrições obsequiosas ao princípio da proporcionalidade.

Com efeito, e na esteira, novamente, de Alexy²¹², no modelo de princípios, “o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela

²⁰⁸La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, 2003, p.15.

²⁰⁹Teoria dos direitos fundamentais, 2008, p. 277-278.

²¹⁰Idem. Op. cit., p. 278.

²¹¹PEREZ LUÑO, Antonio E. Los derechos fundamentales, 1995, p.78.

²¹²Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 280.

norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma”. Neste modelo é correto falar em restrições aos direitos fundamentais.

De qualquer modo, seja aceitando-se a existência de limites ou *fronteiras* internas dos direitos fundamentais, seja admitindo-se, nos moldes da teoria externa, a possibilidade de verdadeiras restrições²¹³, não há quem sustente, nos dias atuais, a possibilidade de absolutização daqueles direitos.

A concepção individualista, assinala Häberle²¹⁴, desconhece que o indivíduo e a comunidade possuem um valor intrínseco que se otimiza em sua relação recíproca; ignora que o indivíduo está sempre na comunidade e no direito, necessitando destes para o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Portanto, a própria dignidade da pessoa humana há de ser considerada a partir de um enfoque personalista, traduzindo-se como síntese de todos os direitos fundamentais e da necessidade de promoção dos valores comunitários dos vários cidadãos, o que exige a limitação de outros direitos fundamentais envolvidos nas situações de colisão²¹⁵.

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana, tomada em uma perspectiva *personalista* e não meramente *individual*, é reconhecida como guia na ponderação de interesses, nas hipóteses de conflitos de direitos fundamentais.

Não há, destarte, preponderância apriorística do individual sobre o coletivo, impondo, o valor intrínseco da pessoa humana, a harmonização do conflito mediante uma ponderação que preserve o mínimo da essência do indivíduo e promova a máxima realização dos fins e valores comunitários²¹⁶.

Tudo isso porque, no Estado Social de Direito, nenhum bem jurídico deve ser absolutizado à custa de outro, sendo certo que a pretensão de

²¹³BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad e los derechos fundamentales*, 2007, p.275.

²¹⁴*La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 2003, p.57.

²¹⁵ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*, 2009, p.45.

²¹⁶*Idem*, op cit., p. 35.

liberdade do indivíduo e a tutela da comunidade são reclamações legítimas em igual medida²¹⁷.

Na verdade, tem-se que a essência das normas jurídicas consiste em que se propõem à tutela simultânea de interesses públicos e privados²¹⁸.

Destaque-se que a ponderação de bens que aqui se sustenta, no âmbito de uma teoria objetiva (fundada em uma ordem de valores) e institucional dos direitos fundamentais, em nada se confunde com o modelo presente nos Estados Totalitários, no qual os supostos interesses estatais se encontram, aprioristicamente, em posição de supremacia em relação ao interesses individuais. Trata-se, ao contrário, da busca de uma solução de equilíbrio para o caso concreto, sem que haja o sacrifício seja do interesse individual seja do interesse da comunidade.

No campo do Direito Penal e Processual Penal, evidencia-se, de forma patente, tal relação de condicionamento recíproco dos direitos fundamentais.

São, com efeito, as normas penais que tornam possível o exercício dos direitos individuais, uma vez que a liberdade estaria totalmente comprometida à míngua da proteção penal, e impor-se-ia a lei do mais forte ou uma forma de “controle social selvagem”, na ilustrativa expressão de Ferrajoli²¹⁹.

Em outros termos, sem as normas penais para a proteção dos direitos individuais e coletivos, a própria existência da comunidade estaria ameaçada, sobretudo em razão do império do arbítrio punitivo, irracional e selvagem, alternativa nefasta ao direito penal²²⁰.

Pode-se afirmar que o direito penal assegura, paradoxalmente, três formas distintas do direito fundamental de liberdade: a) a liberdade de transgredir a norma, assumindo-se o custo de receber a sanção nela prevista (Liszt); b) a liberdade perante o Estado, no sentido negativo, de não ser punido fora das balizas legais (*nulla poena sine lege*); e c) a liberdade perante

²¹⁷HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 2003, p.41.

²¹⁸Idem, op. cit. p.26.

²¹⁹FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, 2002, p.273.

²²⁰Idem, op. cit. p.275.

os demais indivíduos, que se vêem inibidos, em razão da norma proibitiva, de violar os bens jurídicos alheios (prevenção geral).

Em síntese, não há qualquer direito fundamental que não esteja protegido por uma norma penal, o que revela o condicionamento mútuo entre os direitos individuais e coletivos no Estado Social de Direito²²¹.

Esse condicionamento recíproco entre os direitos fundamentais leva à necessidade de se investigar sua estrutura normativa, no sentido de que se possa lidar, de maneira sistemática e racional, com as colisões inevitáveis que hão de se estabelecer, inevitavelmente, entre eles.

2.3 Estrutura das Normas Jusfundamentais: Princípios e Regras

As normas de direito fundamental são um conjunto de proposições que prescrevem que algo está jusfundamentalmente ordenado, proibido ou permitido, ou que atribuem uma competência de direito fundamental. São elas um conjunto de proposições que prescrevem o dever ser das disposições jusfundamentais da Constituição²²².

Fixado isso e partindo-se, agora, da conhecida classificação alexiana, tem-se que princípios e regras são espécies do gênero norma, porque ambos dizem o que deve ser e podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.

Na verdade, tem-se que a distinção entre princípios e regras é a base da teoria dos direitos fundamentais, sendo a chave para a solução de problemas correlatos à fundamentação racional das decisões, no plano da dogmática. Sem tal distinção não pode haver uma teoria adequada sobre as restrições dos direitos fundamentais, nem uma teoria sobre o papel destes no sistema jurídico²²³. Aludida distinção será o eixo teórico da análise da estrutura normativa da garantia contra a autoincriminação, em sua natureza complexa.

²²¹HÄBERLE, Peter. *La Garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 2003, p.17.

²²²BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2007, p.83-84.

²²³ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p.85.

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São, assim, mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus variados, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas²²⁴. Dito de outra maneira, os princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas²²⁵.

A circunstância de um princípio não ser aplicado em uma determinada situação concreta não significa seja ele inválido ou não pertencente ao sistema jurídico, mas sim, e tão somente, que outro princípio, de maior peso naquela situação, obteve preferência²²⁶.

As regras, por seu turno, exigem que seja feito precisamente aquilo que ordenam, possuindo uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas²²⁷. São normas da espécie “*tudo ou nada*” - na conhecida expressão de Dworkin²²⁸ - que são ou não são satisfeitas. Portanto, se uma regra vale, deve-se fazer exatamente aquilo que ela determina²²⁹.

As colisões entre princípios devem ser resolvidas a partir do sopesamento (*dimension of weight*)²³⁰ e com a aplicação do princípio da proporcionalidade, não havendo preponderância apriorística entre aqueles²³¹.

Os conflitos entre regras resolvem-se no plano da validade - pronunciando-se a invalidade de uma delas - ou pela introdução de uma cláusula de exceção²³².

²²⁴BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p.154.

²²⁵ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p.90.

²²⁶DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002, p.42-43.

²²⁷ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p.104.

²²⁸ *Levando os direitos a sério*, 2002, p.39.

²²⁹ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p.91.

²³⁰DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p.42.

²³¹ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p.95.

²³²Idem, op. cit., p.92.

De tudo o que se expôs até aqui, extrai-se que os princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas, não contendo um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.

Já as regras, porquanto exigem que se faça o que ordenam, possuem, intrinsecamente, uma delimitação de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.

As disposições de direitos fundamentais possuem uma estrutura normativa complexa, na qual se encontram amalgamadas – ou ao menos podem se encontrar reunidas - posições *prima facie* e posições definitivas²³³.

Alexy²³⁴ esclarece que tal situação se apresenta em hipóteses nas quais, na formulação da norma constitucional, é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípio, que, por isso, está sujeita a sopesamentos. Para aclarar, o autor traz o exemplo da norma da Constituição Alemã que estipula que “a arte é livre”. Tal enunciado significa que qualquer intervenção em uma atividade que se inclua no âmbito artístico é *prima facie* proibida. Sob tal plano principiológico subjaz uma regra, qual seja, a de que qualquer intervenção em atividade artística só é permitida caso seja necessária para a satisfação de princípios constitucionais colidentes, os quais, devido às circunstâncias do caso, têm primazia em face do princípio da liberdade artística.

As posições *prima facie* permitem a identificação do conteúdo inicial e ilimitado do direito fundamental²³⁵.

No nível de proteção *prima facie* (principiológico) somente entram em conta as razões a favor da posição jusfundamental outorgada pela norma, não se considerando, neste momento, as razões que podem ser opostas à proteção do direito, como, por exemplo, a colisão com o âmbito protegido por outros direitos fundamentais.

Por isto, adverte, com razão, Gloria Patrícia Lopera Mesa²³⁶ que o reconhecimento de um âmbito inicial de proteção tão amplo impõe admitir a

²³³ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p.141.

²³⁴ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p.142.

²³⁵LOPERA MESA, Glória Maria. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2006, p.138-139.

²³⁶Idem, op. cit., p.137. (Tradução livre).

existência de limites externos ao direito, impostos em virtude de outras normas constitucionais, legais, regulamentares, por sentenças judiciais ou inclusive por norma de natureza contratual.

Contudo, é de ver que qualquer restrição neste âmbito inicial (de proteção *prima facie*) demanda um ônus argumentativo que a justifique, com observância estrita do princípio da proporcionalidade²³⁷.

As posições definitivas, que surgem em um segundo momento, após a ocorrência da colisão entre princípios e da conseqüente ponderação, possuem a natureza de regras e, permitem a identificação do conteúdo definitivo do direito fundamental, que não pode ser violado²³⁸.

Vê-se que, nas colisões entre princípios, nenhum deles será declarado inválido²³⁹. Ocorrerá que, sob determinada condição (pressuposto fático), um princípio terá preferência sobre outro. Daí decorre o surgimento de uma regra, a qual, diante da presença da condição de precedência, prescreve a conseqüência jurídica do princípio prevalente²⁴⁰.

Outro exemplo trazido por Alexy, para esclarecer a questão, consiste no caso, apreciado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em que colidiram os princípios da dignidade da pessoa humana e da necessidade de operacionalização do direito penal. Tratava-se de uma hipótese em que a participação do acusado em uma audiência – necessária para a apuração do fato – poderia acarretar-lhe um enfarto ou um derrame, conforme pareceres médicos. Em uma situação fática que tal, o direito à vida e à dignidade humana tem precedência sobre a operacionalidade do direito penal. Daí decorre a regra no sentido de que, em tais pressupostos fáticos, a realização do ato processual viola o direito fundamental, sendo, portanto, proibida²⁴¹.

No mesmo norte, não há que se estabelecer, no plano abstrato ou incondicionado, uma relação de precedência entre o princípio da eficiência no tocante à atuação do *jus puniendi* e o princípio da não autoincriminação. Nos casos concretos, sob determinadas condições fáticas, será possível

²³⁷LOPERA MESA, Glória Maria. *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, p.271.

²³⁸Idem, op cit., p. 139.

²³⁹ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p.94.

²⁴⁰Idem, op. cit., p.99.

²⁴¹Idem, op. cit., p.97-99.

verificar qual deles há de prevalecer, originando-se uma regra que disciplinará a lei de colisão. Nestas situações, atuará como fiel da balança o princípio da proporcionalidade.

2.3.1 Intervenções Legislativas: as restrições e violações dos direitos fundamentais

As inúmeras possibilidades de colisões entre princípios - que se devem, exatamente, à validade *a priori* de todos eles - permitem a fixação de limites prévios ao plano de proteção, o que se realiza através das intervenções legislativas ou restrições legais²⁴².

A Constituição Federal já prevê, em seu próprio texto, circunstâncias que restringem direitos fundamentais, no plano principiológico. É o que se verifica, por exemplo, com o direito de reunião, que recebe a cláusula restritiva “*pacificamente e sem armas*” (art.5º, XVI, da Constituição Federal). Trata-se, aqui, das restrições diretamente constitucionais²⁴³.

Em outras situações, denominadas de reserva legal, a Constituição prevê a possibilidade de restrição pelo legislador ordinário, como se verifica no que toca ao exercício da profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII, da Constituição Federal). É o que se verifica, ainda, no tocante às hipóteses de quebra do sigilo telefônico, para fins de investigação criminal e instrução processual penal (art.5º, XII, da Constituição Federal). No caso da primeira, tem-se uma reserva legal simples, pois a Constituição exige, tão somente, a regulação legal. Na hipótese da última, tem-se uma reserva legal qualificada, na medida em que nesta se estabelece, no próprio texto constitucional, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados²⁴⁴.

Por fim, há direitos não sujeitos expressamente à reserva de lei restritiva, uma vez que a norma constitucional não faz qualquer remissão para tanto. Desta natureza a garantia contra a autoincriminação.

²⁴²CANOTILHO, J.J, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2003, p.1276.

²⁴³BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 1996, p.157.

²⁴⁴Idem, op. cit., p.162.

Isso não significa, contudo, que tais direitos não possam ser regulados ou restringidos; significa, sim, que qualquer restrição apresenta-se, *prima facie*, proibida, o que é bastante distinto.

As situações concretas de exercício dos direitos fundamentais já demonstram que é impossível a instituição de direitos ilimitados, visto que sempre existirão situações de colisão com outros direitos também protegidos, titulados por terceiros. É o que se nota no que tange ao conflito entre a presunção de inocência e o direito de liberdade de expressão, na medida em que o último pode ser restringido pela decretação do sigilo no processo, a fim de se resguardar a dignidade pessoal dos envolvidos²⁴⁵.

Demais disso, a idéia já aqui desenvolvida, de limites imanentes dos direitos fundamentais, impostos em razão da necessidade de compatibilizá-los com outros direitos, conferindo-se unidade ao texto constitucional, também reforça a possibilidade de restrições legais.

As inevitáveis colisões entre direitos individuais e bens jurídicos comunitários, tais como a saúde e a segurança pública, somente confirmam a tese de que inexistem, em um Estado Social, direitos ilimitados.

Partindo-se da premissa de que são admitidas as intervenções nos direitos fundamentais, impende precisar, neste momento, os conceitos de restrição e violação, que são a chave para a completa compreensão do tema.

Um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito se consubstancia na reserva legal no que toca às intervenções em direitos fundamentais.

É, de fato, a Lei o instrumento mais adequado, (muito embora não seja o único), para se restringir as posições *prima facie* outorgadas pelas normas jusfundamentais, no sentido de se compatibilizar e harmonizar os direitos fundamentais entre si²⁴⁶.

Assim, toda lei que afete um direito fundamental de forma desvantajosa ou negativa deve ser classificada, desde logo, como uma *intervenção legislativa*.

²⁴⁵BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 1996, p.165.

²⁴⁶BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2007, p.668.

A afetação negativa compreende todo tipo de desvantagens que uma norma possa produzir em um direito fundamental, seja suprimindo, dificultando ou impedindo o exercício de uma posição jusfundamental *prima facie*²⁴⁷.

Submetida a intervenção ao crivo do princípio da proporcionalidade, ter-se-á, definitivamente, a subsunção desta ao conceito de *restrição* ou *violação* do direito fundamental.

Na hipótese da restrição, forma-se um juízo positivo de proporcionalidade, que implica na conclusão da constitucionalidade da medida²⁴⁸. Na hipótese de violação, tem-se o oposto, devendo a norma ser declarada inconstitucional²⁴⁹.

Tomando como exemplo a norma que institui o teste de alcoolemia, e analisando-a a luz da garantia contra a autoincriminação, observa Gloria Patricia Lopera Mesa²⁵⁰ que, primeiramente, deve se verificar se a posição afetada pela restrição forma parte do conteúdo *prima facie* do direito a não declarar contra si mesmo. Em caso afirmativo, no segundo momento há de se aferir se a norma que obriga a prática de tais provas está justificada, ou seja, se a posição afetada por dita restrição, se encontra fora do conteúdo definitivo a não declarar contra si mesmo. A partir daí é que se poderá resolver sobre a existência de uma restrição ou vulneração do direito fundamental.

Cumprido, portanto, diante das intervenções no âmbito de proteção da garantia contra a autoincriminação, o que deve ser considerado como uma legítima restrição do direito e o que deve ser classificado como uma sua violação, à luz do princípio da proporcionalidade. Isso pressupõe esclarecer o nível do princípio e o nível da regra da garantia fundamental.

²⁴⁷LOPERA MESA, Gloria Maria. *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 1996, p.265.

²⁴⁸ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p.281.

²⁴⁹BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2007, p. 692.

²⁵⁰*Principio de proporcionalidad y ley penal*, 1996, p.138. (Tradução livre).

2.4 O Princípio e a Regra da Não Autoincriminação

No âmbito da garantia contra a autoincriminação, é possível identificar uma posição *prima facie*, que outorga um direito subjetivo ao acusado de não cooperar com a produção de provas que o incriminem²⁵¹.

Isso quer dizer que qualquer imposição ao réu, de deveres de cooperação na atividade probatória, é, *prima facie*, proibida, devendo ser justificada pela desincumbência de um ônus argumentativo.

Tal posição, com a estrutura de princípio, contém um mandado de otimização e uma razão para decisões, mas comporta restrições, que surgem em situações concretas de colisão com outros princípios, especialmente os correlatos à proteção dos direitos coletivos, ínsita ao Estado Social.

No nível da regra, que possui um plano de extensão delimitado, correspondente ao conteúdo essencial do direito, não se admite qualquer intervenção, sob pena de vulneração da garantia²⁵². Identifica-se, tal conteúdo, com o direito ao silêncio, especialmente com a liberdade de (não) produção de manifestação de conteúdo testemunhal no processo. Identifica-se, outrossim, com o direito do acusado de não realizar uma conduta ativa que introduza informação ao processo, em seu prejuízo.

Assim, não havendo espaço para a absolutização de princípios²⁵³, impende estabelecer, no plano de proteção da norma que atribui a garantia contra a autoincriminação, qual é o conteúdo essencial do direito fundamental, - que não pode ser restringido em nenhuma hipótese - e qual é seu conteúdo *prima facie*, que admite restrições obsequiosas ao princípio a proporcionalidade.

É inegável que a garantia contra autoincriminação confere ao acusado uma posição jusfundamental mais ampla do que o simples direito a se calar.

Após a análise de sua evolução histórica, pode-se afirmar, neste ponto da pesquisa, que a garantia outorga uma posição, *prima facie*, de não cooperação com a produção da prova, tendo, como conteúdo essencial, a

²⁵¹LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 1996, p. 136.

²⁵²BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2007, p.580.

²⁵³ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p.111.

proteção da integridade física e mental do acusado, bem como sua liberdade comunicativa²⁵⁴.

Em uma palavra: o *nemo tenetur se detegere* tem por escopo a tutela da dignidade pessoal do acusado, que não pode ser coisificado para a coleta da prova no processo democrático.

Por conseguinte, as regulações e restrições normativas, que intervenham na garantia fundamental a não autoincriminação, só devem ser tidas por legítimas caso não violem tal conteúdo essencial.

A delimitação do conteúdo essencial da garantia exige que se realize uma detida análise das posições jusfundamentais por ela outorgadas ao réu, no nível do princípio e da regra. É o que se fará em continuação.

2.5 A Regra da Não Autoincriminação: o Direito ao Silêncio e à Não Realização de Conduta Ativa que Introduza Informação ao Processo

Conforme já se assinalou, as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, possuindo uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas²⁵⁵. Se não houver outra regra que a invalide, ou uma cláusula de exceção, a regra consiste em uma razão definitiva²⁵⁶.

Necessário, pois, delimitar o plano de extensão da regra do *nemo tenetur*, definindo-se, assim, seu conteúdo essencial, que há de ser blindado contra possíveis violações.

2.5.1 O direito de permanecer calado

O direito de permanecer calado, que corresponde ao *núcleo duro* da garantia contra a autoincriminação, vem consagrado no artigo 14, par. 3º, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e no artigo 8º par. 2º,

²⁵⁴COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.131.

²⁵⁵ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p.104.

²⁵⁶Idem, op. cit., p.106.

g, da Convenção Americana de Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário.

Inúmeros ordenamentos jurídicos prevêm expressamente o direito ao silêncio. Neste sentido, o artigo 24.2 da Constituição Espanhola, o artigo 18 da Constituição Argentina, o artigo 61, 1, c, do Código de Processo Penal Português, o parágrafo 136 do Código de Processo Penal Alemão (StPO)²⁵⁷ e o artigo 64 do Código de Processo Penal Italiano, *verbi gratia*.

Encontra-se, ainda, explicitado no artigo 5º, LXIII da Constituição Federal Brasileira e no artigo 186 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei 10.792/2003.

De tudo o que foi sustentado até o presente momento, é lícito concluir que o direito ao silêncio possui a estrutura normativa de regra, identificando-se com o conteúdo essencial do *nemo tenetur*, e não pode, portanto, ser violado.

Isso se dá porque a regra estabelece um direito definitivo, sendo aplicável através de uma subsunção direta entre o pressuposto fático (interrogatório formal) e seu enunciado (direito ao silêncio), não tolerando restrições²⁵⁸.

Com efeito, um dos principais fatores de *discrímen* entre os sistemas processuais inquisitivo e acusatório consiste, precisamente, em que no primeiro a confissão deve ser extorquida da boca do réu, inclusive com o emprego da tortura²⁵⁹, ao passo em que, no último, o acusado não pode ser compelido a produzir manifestações de cunho intelectual ou testemunhal. Na verdade, no sistema acusatório, a função precípua do interrogatório é dar vida material ao contraditório, permitindo ao imputado contestar a acusação²⁶⁰.

Encontram-se, ainda, no plano normativo da regra: **a)** que o argüido deve ser informado sobre a imputação, para que possa optar por se

²⁵⁷ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tiranc Lo Blanch Alternativa, 2000, p.123.

²⁵⁸BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2007, p.591.

²⁵⁹CÓRDOBA, Gabriela E. *Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de passividad?*. *Estudios sobre Justicia Penal*. Buenos Aires: Editora Del Potro, 2005, p.280.

²⁶⁰FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, 2002, p.486.

manifestar ou não; **b)** que do exercício do direito ao silêncio não se pode extrair qualquer inferência negativa contra o acusado²⁶¹; **c)** que são inadmissíveis, no processo, quaisquer meios tendentes a compelir o acusado a produzir manifestações de cunho intelectual/testemunhal, tais como os castigos físicos; a subministração de meios químicos tendentes a retirar os freios inibitórios, como a narcoanálise; a ameaça com sanções legais inexistentes; a promessa de benefícios não previstos pela lei²⁶², *verbi gratia*.

Jorge Figueiredo Dias²⁶³ assinala que, embora o arguido possa ser objeto de medidas coativas, demarcadas pela lei, estas nunca poderão se direcionar a extorsão de declarações ou de qualquer forma de autoincriminação, devendo, os atos processuais daquele, ser expressão de sua personalidade.

No tocante à valoração do silêncio, Claus Roxin²⁶⁴ adverte que “o silêncio do acusado não pode ser considerado como prova contra si, ainda no caso pouco provável de que uma pessoa totalmente inocente se cale em uma situação determinada”.

Seria mesmo inconcebível que, do exercício de um direito, pudesse resultar um prejuízo processual para o acusado²⁶⁵.

Conforme pontua Vittorio Grevi²⁶⁶, se o silêncio não pode implicar em qualquer inferência negativa para o acusado, não pode, menos ainda, servir de fundamento para uma possível prisão processual, tendo por escopo coagir o arguido a se manifestar.

Bem por isto, a nefasta redação original do art.186 do CPP²⁶⁷, alinhada com a filosofia fascista que subjaz no diploma, inquinava-se da

²⁶¹DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.448. No mesmo sentido: ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal el derecho penal y el proceso penal*, 2000, p.124-125.

²⁶²ASENCIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituída en el proceso penal*, 2008, p.202.

²⁶³*Direito processual penal*, 2004, p.430.

²⁶⁴*Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2004, p.89, tradução livre.

²⁶⁵Idem, op. cit., p. 88.

²⁶⁶GREVI, Vittorio. Il diritto al silenzio dell'Imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XLI. Milano: Giuffrè Editore, ano XLI, 1998, p.1133.

²⁶⁷Rezava o artigo 186 do Código de Processo Penal, em sua redação original: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a

mais absoluta inconstitucionalidade, à luz do artigo 5º, LXIII da Constituição Federal.

Digna de nota, acerca da primitiva redação do artigo 186 do Código de Processo Penal, a posição do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Bento de Faria²⁶⁸, o qual, já em 1960, sustentava que o acusado é o único senhor das suas palavras, podendo ele: “a) *não responder*, sem que do seu silêncio seja lícito deduzir algum elemento positivo de prova ou que lhe resulte qualquer punição;b) ou dar respostas contrárias à verdade”.

Porém, caso o acusado opte por responder, sua recusa em relação a alguma das perguntas pode ser valorada negativamente, uma vez que o réu, voluntariamente, consentiu em apresentar sua versão para o fato²⁶⁹, a qual deverá ser apreciada de forma global, inclusive com suas lacunas e contradições.

Nesse particular aspecto, discute-se se o acusado possui, verdadeiramente, o direito de mentir. Há quem defenda a existência de um próprio direito à mentira, fundamentado no direito de não cooperar com o esclarecimento do fato²⁷⁰. Porém, ainda que da mentira não se possam extrair conseqüências processuais ou penais contra o acusado (ao contrário do que ocorre com a testemunha), não há que se cogitar de um verdadeiro direito à mentira. Isso porque, se o acusado não possui o dever de contribuir com a produção da prova, tal não significa esteja fora do alcance do dever ético fulcrado na lealdade processual.

Ressalte-se que o direito ao silêncio tem por objeto tão somente o interrogatório de mérito²⁷¹, não englobando a primeira parte do ato, correspondente à qualificação do réu.

responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.”

²⁶⁸FARIA, Bento de. *Código de processo penal*, vol. 1, 1960, p.288.

²⁶⁹GREVI, Vittorio. Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari, *Associazione tra gli Studiosi de Processo penal*. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p.13. No mesmo sentido, CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, 2006, p.247.

²⁷⁰Neste sentido, cf. ASENSIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituída en el proceso penal*, 2008, p.191.

²⁷¹Ver, em sentido contrário: ASENSIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituída en el proceso penal*, 2008, p.191.

Com efeito, no tocante aos dados de identificação, o acusado possui os deveres de informação e veracidade, conforme posição majoritária da doutrina pátria²⁷² e alienígena²⁷³. Isso se dá porque, no que se refere à qualificação, não há indagação sobre fatos, não havendo motivos para a incidência da regra *nemo tenetur*.

A mentira quanto aos dados de identificação, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, configura o delito contra a Administração da Justiça tipificado no artigo 307 do Código Penal²⁷⁴.

2.5.1.1 Métodos Proibidos de Interrogatório

No que concerne ao emprego de meios degradantes e cruéis, que acarretam danos à incolumidade física ou psíquica do argüido, recomenda-se uma análise detida.

O tema se relaciona intimamente com os métodos proibidos de interrogatório, aos quais aludem o artigo 389 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola, o parágrafo 136 da StPO alemã, o artigo 126 do Código de Processo Penal português e o artigo 64.2 do Código de Processo Penal italiano²⁷⁵.

São classificados como meios cruéis aqueles que resultam em fadiga ou extenuação, pelo emprego de interrogatórios longos e ininterruptos; aqueles que acarretam em intenso sofrimento mental, como ocorreu, *verbi gratia*, com a manutenção de uma infanticida ao lado do corpo do neonato,

²⁷²QUELJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo*, 2003, p.202. No mesmo sentido cf. COUCEIRO, João Cláudio. *A Garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.210.

²⁷³TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: RT, 2002, p.155. No mesmo sentido, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, 2004, p.445. CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*, 2009, p.204.

²⁷⁴A questão da configuração de delito não é, contudo, pacífica na jurisprudência. No sentido de que o fato caracteriza delito, não estando abrangido pelo direito de defesa, o julgado do STF – HC 72.377-SP; em sentido oposto, o julgado do STJ – Resp 204.219-MG, entendendo-se que o direito ao silêncio engloba os dados de identificação.

²⁷⁵ASENCIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, 2008, p.199.

no escopo de se alcançar a confissão²⁷⁶; a prática de maus tratos físicos e de tortura, dentre outros.

Consideram-se degradantes os meios que atingem a dignidade e a autonomia ética da pessoa humana, tais como: a utilização do polígrafo ou *lie detector*, destinado a aferir, por meio de dados fisiológicos (respiração, transpiração cutânea, pulsação, etc), a veracidade das respostas apresentadas pelo acusado; a subministração de narcóticos que, reduzindo os freios inibitórios do consciente, compelem o acusado a falar²⁷⁷ (*serum truth* - narcoanálise); a aplicação do vexatório “teste falométrico”, destinado à medição da reação do pênis a um estímulo sexual pela via de um eretômetro²⁷⁸, etc.

Dentre os métodos degradantes, tem-se que um dos mais empregados, qual seja, a narcoanálise, consiste na aplicação de determinadas substâncias à base de pentothal sódico, conhecidas como “soro da verdade”, e que provocam um estado de narcose com conseqüentes alterações psíquicas, traduzidas pela diminuição da concentração e pelo relaxamento de freios inibitórios. Isso redundará em respostas desprovidas de resistência, possivelmente correspondentes à verdade²⁷⁹. Tal método, para além de questionável eficiência científica, atinge a autonomia ética do acusado e a dignidade da pessoa humana, malferindo o conteúdo essencial da garantia contra a autoincriminação.

Cumpra destacar que a anuência do acusado no que toca ao emprego dos meios degradantes é irrelevante, persistindo a proibição da prova, já que o que se encontra em jogo é disponibilidade sobre si próprio (*Verfügbarkeit über sich selbst*)²⁸⁰ e a própria dignidade da pessoa humana²⁸¹.

²⁷⁶DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, 2004, p.455.

²⁷⁷ASENCIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, 2008, p.203.

²⁷⁸GIL HERNÁNDEZ, Ángel. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid: Colex, 1995, p.49.

²⁷⁹DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, 2004, p.458.

²⁸⁰ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1992, p.214.

²⁸¹ASENCIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, 2008, p.206. No mesmo sentido, reportando-se ao art.64 do Código de Processo Penal Italiano, cf. CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, 2006, p.251.

Por fim, são vedados meios que afetem a inteligência ou a vontade livre do arguido, tais as perguntas capciosas ou sugestivas; a promessa de vantagens não contempladas pela lei; a ameaça com sanções ilegais (como a prisão processual ou o agravamento da pena), etc²⁸².

Em síntese, no nível da regra da não autoincriminação, são vedados quaisquer meios cruéis e degradantes tendentes a compelir o acusado a se manifestar, ou a atuar de forma a introduzir informação ao processo contra sua vontade²⁸³.

2.5.1.2 Os Deveres de Advertência

A instrumentalização da regra da não autoincriminação demanda que o investigado ou o acusado seja efetivamente informado acerca do teor da imputação²⁸⁴ e, ato seguido, *advertido* (na expressão anglossaxônica) ou *instruído* (na expressão do direito processual alemão)²⁸⁵, por ocasião de um interrogatório formal, seja na fase inquisitiva ou judicial, sobre os direitos ao silêncio²⁸⁶ e à assistência de advogado.

A exigência acerca da advertência se desenvolveu, notadamente, no *common law*, sobretudo através de julgados da Suprema Corte Estadunidense, tendo por objeto a V Emenda, consagradora do *privilege against self-incrimination*. Repise-se que, no *common law*, o acusado não é obrigado a responder; contudo, se opta por prestar declarações, o faz na qualidade de testemunha, podendo ser punido por perjúrio²⁸⁷, o que intensifica a necessidade de advertência.

O caso líder foi, sem dúvida, *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966), relatado pelo juiz-presidente Warren.

²⁸²ASENCIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, 2008, p.201.

²⁸³BINDER, Alfredo M. *Introdução ao direito processual penal*. 2003, p.137.

²⁸⁴ASENCIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, 2008, p.188.

²⁸⁵ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal el derecho penal y el proceso penal*, 2000, p.125.

²⁸⁶TORRES, Jaime Vargas. *Presuncion de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993, p.83.

²⁸⁷GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O Direito à Prova no Processo Penal*, 1997, p.110-111.

Nesse importante julgamento, ocorreu que o acusado, Ernesto Miranda, havia sido preso em sua casa e levado à Delegacia, onde confessou a prática dos delitos de estupro e seqüestro, sem que houvesse sido advertido dos direitos de permanecer calado, bem como de ser assistido por advogado²⁸⁸.

A Suprema Corte anulou a condenação sob os fundamentos de que, para a utilização da confissão, a polícia deveria ter advertido o réu acerca dos direitos de permanecer em silêncio bem como de ter acesso a um advogado²⁸⁹, advertências que se tornariam conhecidas como as *Miranda's warnings*. Aplicou-se a regra da exclusão probatória (*exclusionary rule*), tendo a confissão policial sido excluída do processo²⁹⁰, absolvendo-se, por consequência, o réu.

A atual redação do artigo 186 do Código de Processo Penal Brasileiro contém a determinação da advertência, ao réu, sobre o direito de permanecer em silêncio.

Este também o teor do §136 da *StPO (Strafprozessordnung)*, onde se estabelece que qualquer funcionário deve *instruir* o acusado sobre seu direito de negar-se a declarar²⁹¹, e do §243 da *StPO*, que impõe o dever de instrução ao juiz, cuja violação acarreta a inadmissibilidade de valoração²⁹². Por sua vez, o §163 a da *StPO* estende o dever de instrução ao Ministério Público e à polícia, que devem renová-lo sempre que se inicie um novo interrogatório²⁹³.

No mesmo sentido a disposição do artigo 61, 1, c e g, do Código de Processo Penal Português, no qual se encontram arrolados os direitos do

²⁸⁸ÁVILA, Thiago Pierobom de. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*, 2007, p.142.

²⁸⁹LAFAVE, Wayne Isral et. al. *Criminal procedure*, 5 ed., 2009, p.388.

²⁹⁰ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1992, p.150.

²⁹¹ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, 2004, p.89.

²⁹²GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Direito Criminal, Coimbra, Editorial Notícias* ano 2, fasc.3, 1992, p.409.

²⁹³DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n.19, ano 5, 1997, p.189.

argüido, dentre os quais o de não responder às perguntas formuladas e de ser informado pela autoridade judiciária ou policial acerca de seus direitos²⁹⁴, cuja violação desafia a incidência da regra de proibição probatória²⁹⁵, invalidando-se eventual confissão.

Na Espanha, os deveres de informação sobre os direitos ao silêncio e a não declarar contra si este são previstos no artigo 24.2 da Constituição²⁹⁶ e no artigo 520. 2, a, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ressaltando-se que a omissão da advertência impede a valoração da prova, conforme precedentes do Tribunal Supremo²⁹⁷.

Na Itália, a advertência sobre o direito a não prestar declarações se encontra prevista no artigo 64, n.3, b, do vigente *Codice de Procedura Penale*²⁹⁸, abrangendo, tão somente, o interrogatório de mérito²⁹⁹.

Por seu turno, o direito à assistência de advogado apresenta-se, também, como instrumento imprescindível para se conferir efetividade à garantia do *nemo tenetur*³⁰⁰.

Tanto assim é que, no sistema brasileiro, o artigo 185, par. 2º, do Código de Processo Penal, determina que, antes da realização do interrogatório, o Juiz deve assegurar o direito de entrevista reservada ao acusado com seu defensor.

Em arremate, observe-se que a necessidade da advertência e da assistência de advogado incidem apenas por ocasião dos interrogatórios formais perante quaisquer Autoridades Públicas (Autoridade Policial, Juiz de Direito, Comissão Parlamentar de Inquérito, etc), não se aplicando às provas colhidas pelo intermédio dos denominados meios ocultos ou enganosos, a

²⁹⁴ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições probatórias em processo penal*, 1992, p.202.

²⁹⁵DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, 2004, p.447.

²⁹⁶ASENCIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituída en el proceso penal*, 2008, p.194. Dispõe a norma: *Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

²⁹⁷QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir provas contra si mesmo*, 2003, p.154.

²⁹⁸DI GERONIMO, Paolo. *Il contributo dell'imputato all'acertamento del Fatto*, 2009, p.53.

²⁹⁹QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir provas contra si mesmo*, 2003, p.130.

³⁰⁰COUCEIRO, João Cláudio, *A Garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p. 200.

saber, através dos homens de confiança, das gravações ambientais e das interceptações telefônicas, sob pena de óbvia inocuidade de tais meios, caso o réu seja advertido de sua utilização. Este tema será desenvolvido com maior profundidade no capítulo 3, pedindo-se vênica, por opção metodológica, para a postergação da análise.

2.5.1.3 Extensão Subjetiva do Direito ao Silêncio

Necessário aferir, neste momento, a incidência do direito ao silêncio para as testemunhas e para as pessoas jurídicas, bem como para o próprio acusado no que concerne aos fatos de terceiros, delimitando-se, subjetivamente, a cobertura da garantia contra a autoincriminação no plano da regra.

2.5.1.3.1 O Direito ao Silêncio da Testemunha

O direito de se recusar a prestar informações autoincriminatórias não se limita ao acusado ou ao investigado, podendo se estender, também, à testemunha, destacando-se que o desenvolvimento histórico do *privilege* já sinalizava neste sentido (*witness privilege*), conforme observado no capítulo 1.

No direito comparado, verifica-se a disciplina expressa do tema em vários ordenamentos.

Na Alemanha, o par. 55 da *StPO* prevê o direito da testemunha em recusar informação, desde que possa ocasionar-lhe o perigo de sofrer persecução criminal, ou incriminar algum parente próximo³⁰¹.

Na Itália, o art. 198, n.2, do *Codice de Procedura Penale* também outorga a garantia para a testemunha, que não pode ser obrigada a responder sobre fato do qual possa emergir sua responsabilidade penal³⁰². A

³⁰¹ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal el derecho penal y el proceso penal*, 2000, p.135.

³⁰²GREVI, Vittorio. Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XLI, 1998, p.1131.

proteção é complementada pelo artigo 384 do Código Penal, que prevê a não punibilidade da pessoa que foi coagida a prestar o falso testemunho, pela necessidade de salvar a si mesma de um grave prejuízo a sua liberdade ou a sua honra³⁰³.

Por sua vez, o artigo 63 do citado Código de Processo Penal estabelece que, caso surjam indícios de que a pessoa não acusada, ou não submetida à investigação, irá prestar informações incriminatórias, o Juiz deve interromper o depoimento e adverti-la do direito de nomear defensor, bem como de que poderá ser processada pelo fato³⁰⁴. Dispõe, outrossim, que as declarações anteriormente prestadas sem a observância de tais formalidades não poderão ser utilizadas³⁰⁵. Ressalte-se, porém, que a garantia não incide em situações nas quais possa decorrer apenas responsabilidade civil ou administrativa, aplicando-se, exclusivamente, à possibilidade de responsabilização penal da testemunha³⁰⁶.

Em Portugal, o art. 132, 2, do Código de Processo Penal estabelece que a testemunha não é obrigada a responder perguntas quando das respostas puder resultar sua responsabilização penal³⁰⁷.

No Brasil, embora não haja previsão normativa explícita, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em diversos julgados, o direito da testemunha suspeita a não prestar depoimento autoincriminatório, especialmente no que tange à inquirições realizadas por Comissões Parlamentares de Inquérito (cf. HC 75.287-0, HC 79.244-DF, HC 79.812-SP, MSMC 23.491/DF, MSMC 23.576/DF, MSMC 24.118/DF).

Conforme corretamente adverte Carlos Henrique Borlido Haddad³⁰⁸, apoiando-se na doutrina tedesca, o princípio contra a autoincriminação incide tanto nas hipóteses em que haja acusação formal como material contra o indivíduo. É dizer, o que importa é a posição efetivamente ocupada pela pessoa interrogada, e não sua posição formal no processo (se acusado ou testemunha). Isso evita a manipulação da posição do sujeito no processo,

³⁰³TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, 2002, p.126-127.

³⁰⁴CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, 2006, p.249.

³⁰⁵QUELJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, 2003, p.129.

³⁰⁶TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, 2002, p.126-127.

³⁰⁷COUCEIRO, João Cláudio. *A Garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.222.

³⁰⁸*Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, 2005, p.134-135.

impedindo-se que este seja obrigado a prestar informações autoincriminatórias por ser ouvido na condição de testemunha³⁰⁹.

De todo modo, o direito ao silêncio da testemunha deveria ser melhor disciplinado no ordenamento processual brasileiro, a exemplo do que se verifica nas legislações alienígenas, reforçando-se a proteção conferida pela garantia, no plano subjetivo.

2.5.1.3.2 O Direito ao Silêncio do Acusado sobre Fato de Terceiro

Não há dúvidas de que decorre, do direito ao silêncio sobre fato próprio, o direito ao silêncio sobre fato de terceiro. Isso se dá em virtude dos riscos de autoincriminação, ainda que indireta, que o argüido pode sofrer ao depor sobre fato de outrem³¹⁰. Trata-se de uma cobertura instrumental do *nemo tenetur*, entronizada com o direito à autodefesa³¹¹.

Na Itália, o artigo 64, 3, c, do *Codice de Procedura Penale* determina seja o acusado advertido de que se prestar declarações sobre fatos que concernem à responsabilidade de terceiros, assumirá, em relação a tais fatos, o papel de testemunha³¹².

Realmente, ao fornecer livremente informações sobre fato de terceiro (como o réu em processo conexo), o acusado assume o dever de veracidade, não havendo razão para a cobertura do *nemo tenetur*, que se direciona aos fatos próprios³¹³. Devem, inclusive, suas declarações ser submetidas ao necessário contraditório³¹⁴, na fase do *dibattimento*³¹⁵, sob pena de não poderem ser utilizadas contra o terceiro.

³⁰⁹HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-Incriminação*, 2005, p.134.

³¹⁰GREVI, Vittorio. Il diritto al silenzio dell'Imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XLI, 1998, p.1136.

³¹¹Idem, op. cit., p.1138.

³¹²TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, 2002, p.155.

³¹³GREVI, Vittorio. Il diritto al silenzio dell'Imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui. *rivista italiana di diritto e procedura penale*, ano XLI, 1998, p.1138-1140.

³¹⁴CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*, 2009, p.202.

³¹⁵A fase do *dibattimento* é similar, no processo penal italiano, à instrução criminal brasileira. O acusado se submete ao *exame*, que se diferencia do interrogatório, ato típico de defesa, realizado durante a investigação ou a *indagini preliminari*.

Observe-se que, no sistema italiano, o acusado, quando ouvido na qualidade de testemunha, deve ser assistido por defensor, assumindo a condição denominada “*testemunha assistida*”³¹⁶. O sistema mantém, contudo, a incompatibilidade de se ouvir, como testemunha assistida, o acusado em relação a outro acusado pelo mesmo crime, em virtude os riscos de acusação falsa³¹⁷. Ainda como garantia reconhecida a todas as testemunhas assistidas, o artigo 197-bis, inciso V, do Código de Processo Penal prevê que as declarações prestadas não podem ser utilizadas contra a pessoa que as prestou, no procedimento contra si própria, no procedimento de revisão da sentença de condenação, ou em qualquer outro procedimento civil ou administrativo referente ao fato objeto dos procedimentos³¹⁸.

Na França, conforme assinala Maria Elizabeth Queijo³¹⁹, o acusado pode ser ouvido como testemunha em processo conexo, não estando protegido pelo *nemo tenetur* nesta situação. A responsabilidade de aferir se o depoimento versa sobre fato próprio ou alheio é do Juiz, o qual, no primeiro caso, deve conferir o direito ao silêncio ao declarante³²⁰.

Na Inglaterra, se o acusado fornece provas contra outra pessoa, esta passa a ter o direito de ouvir o acusador, que assume a qualidade de testemunha, perdendo a proteção do *privilege against self-incrimination* e assumindo o dever de declarar a verdade³²¹.

O tema desafia urgente regulamentação legal no Brasil, especialmente em virtude da previsão do instituto da delação premiada (art. 8º, par. único da Lei 8.072/90; art. 16, par. único, da Lei 8.137/90; art.6 da Lei 9.034/95; art.1, par. 5, da Lei 9613/98), situação em que o réu atua como verdadeira testemunha em relação ao delatado, que, por isso, deve ter resguardado o direito ao contraditório.

À míngua de disposição legal no sistema brasileiro, não se pode impor sanção penal ao acusado que, embora seja confesso, escolha silenciar sobre o fato de terceiro, ou mesmo prestar informação mendaz. Ressalve-se,

³¹⁶QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, 2003, p.138.

³¹⁷TONINI, Paolo. *A Prova no processo penal italiano*, 2002, p.172.

³¹⁸CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*, 2009, p.205.

³¹⁹QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova ccontra si mesmo*, 2003, p.141.

³²⁰TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, 2002, p.149.

³²¹Idem, op. cit., p.148.

porém, a hipótese de imputação falsa de crime, que pode configurar delitos de denúncia caluniosa ou calúnia.

2.5.3.1.3 A Extensão da Garantia para as Pessoas Jurídicas

A discussão acerca da incidência da garantia contra a auto-incriminação no tocante às pessoas jurídicas já é razoavelmente antiga no direito comparado, datando do início do século XX. No Brasil, o tema não vem sendo abordado com a devida atenção, merecendo uma breve reflexão.

Nos Estados Unidos e na Austrália - países de tradição do *common law* nos quais a responsabilidade penal da pessoa jurídica (*enterprise liability*) é plenamente admitida³²² - sustenta-se que a garantia contra a auto-incriminação dirige-se apenas e tão somente às pessoas físicas, não se estendendo às pessoas jurídicas³²³. Já na União Européia prevalece o entendimento oposto, de que a garantia também se estende às pessoas jurídicas³²⁴.

Cumpre tratar, ainda que sucintamente, dos dois sistemas conflitantes, até mesmo para fins de que se possa contribuir para o debate do tema no Brasil, ainda incipiente.

No final do século XIX, havia a tendência de se reconhecer, nas Cortes dos Estados Unidos, a extensão da garantia contra a autoincriminação, inserida na V Emenda, também para as corporações³²⁵.

Contudo, essa tendência foi rapidamente superada, sob o fundamento de que as corporações, enquanto criaturas do Estado, devem se submeter aos regramentos por ele impostos, diferentemente da pessoa física, que é titular de direitos naturais antecedentes ao surgimento do Estado. Foram

³²²MIR PUIG, Santiago. Una tercera via en materia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, num. 06-01, p.1:16. Disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>. acesso em 07.06.2011.

³²³TRAINOR, Scott. A. Un análisis comparativo del derecho de una corporación contra la auto incriminación. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Vol.1, 2007, p.22.

³²⁴Idem, op. cit., p.26.

³²⁵WITT, John Fabian. Making the fifth: the constitutionalization of american self-incrimination doctrine. *Texas Law Review*, v. 77, Austin, University os Texas School of Law, 1999, p.902.

esses os fundamentos utilizados no caso *Henkel*, 201 US 41 (1906), um dos principais precedentes acerca do tema.

O caso consistiu em uma investigação acerca de práticas comerciais desleais, tendo a pessoa jurídica sido intimada a apresentar livros que conteriam informações incriminadoras³²⁶. O representante legal da empresa, Edwin F. Hale, se recusou a atender à intimação, sob a alegação de que fazê-lo violaria a garantia contra a auto-incriminação.

A Suprema Corte Estadunidense decidiu, então, que a garantia contra a auto-incriminação não se desenvolveu para proteger as corporações, as quais só existem por concessão do poder estatal.

A concepção central do julgado foi no sentido de que a 5ª Emenda corporifica um direito pessoal das pessoas físicas, indisponível para as corporações³²⁷. O objetivo do *privilege against self-incrimination* consistiria em proteger a dignidade da pessoa humana e o direito de liberdade contra o abuso de poder³²⁸.

Um dos fundamentos nucleares da decisão, de natureza jusnaturalista, foi no sentido de que os direitos à vida, à liberdade, e à integridade física, protegidos pela garantia contra a autoincriminação, antecedem à organização do Estado e ao contrato social, não podendo ser suprimidos. Por sua vez, a corporação, enquanto criação estatal, pode sofrer as limitações previstas pela lei.

Tal precedente prevalece na jurisprudência estadunidense contemporânea, negando-se a garantia contra a autoincriminação para as corporações³²⁹.

No mesmo sentido, há outro importante precedente da Suprema Corte Estadunidense em *United States v. White* (322 U.S. 694 (1944)), no qual também se reconheceu que as corporações não titulam a proteção conferida pela V Emenda. Além desses, há os precedentes *Bellis v. United States* (417

³²⁶TRAINOR, Scott. A. Un análisis comparativo del derecho de una corporación contra la auto incriminación. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Vol.1, 2007, p.23.

³²⁷Idem, op. cit., p.24.

³²⁸STONE, Adriene. Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co PTY LTD Corporations and the privilege against self-incrimination, *UNSW LAW JOURNAL*, Sidney, University of New Southwales School os Law, Vol. 17, 1994, p.630.

³²⁹ Idem, op. cit., p.629.

US. 85:88), e *Braswell v. United States* (487 US. 115-16), confirmando a não extensão da garantia para os entes coletivos³³⁰.

Na Austrália, o caso *Caltex* consistiu de um processo administrativo no qual a empresa foi acusada de onze violações ao “*Clean Water Act 1970*” e à “*State Pollution Control Commission Act 1970*”.

A corporação foi intimada, pela autoridade competente (*Environment Protection Authority*) a apresentar documentos internos comprobatórios do lançamento de óleo e outros dejetos no oceano. Realizada a intimação, o representante legal da pessoa jurídica recusou-se a apresentar os documentos ao argumento de que isso violaria a garantia contra a auto-incriminação.

Valendo-se de fundamentos semelhantes aos utilizados no caso *Hale v. Henkel* (da Suprema Corte Norte-Americana), e apresentando um aprofundado escorço histórico sobre o desenvolvimento da garantia, a Suprema Corte Australiana, em voto conduzido pelo Juiz Stein, também decidiu no sentido de que a proteção contra a autoincriminação se destina tão somente às pessoas físicas, tendo por escopo proibir um tratamento impróprio que só poderia ser sofrido por um ser humano.

Observou-se, na fundamentação dos votos vencedores, que, historicamente, o privilégio teve por escopo proibir a utilização do juramento *ex officio*, empregado pelas cortes eclesiásticas inglesas *Star Chamber* e *High Commission Court* no sentido de obrigar o acusado a confessar³³¹.

Portanto, o objetivo nuclear do *privilege* consistiria na tutela da dignidade humana, inerente à pessoa física. As corporações, que “*have no body to be kicked or soul to be damned*”³³² não titulariam, destarte, a garantia.

Em acréscimo, a Corte lançou mão do fundamento de que a corporação encontra-se, no processo, em melhor posição do que o acusado/pessoa física, se justificando lhe negar a garantia contra a auto-

³³⁰TRAINOR, Scott. A. Un análisis comparativo del derecho de una corporación contra la auto incriminación. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Vol.1, 2007, p.25.

³³¹STONE, Adriene. *Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co PTY LTD Corporations and the privilege against self-incrimination*. *UNSW LAW JOURNAL*. Vol.17, 1994, p.630.

³³² “Não tem corpo para ser chutado ou alma para ser condenada” (tradução livre).

incriminação, pois, caso contrário, o Estado teria sérias dificuldades na apuração dos delitos. Trata-se, pois, de estabelecer um necessário equilíbrio entre os interesses do Estado e da corporação no processo, dado que esta, por sua natureza jurídica, possui melhores condições e recursos para se defender, comparativamente à pessoa física.

O último fundamento utilizado pela Suprema Corte Australiana foi o de que a não aplicação da garantia contra a auto-incriminação relativamente às corporações não viola as bases do sistema acusatório. Nesse sentido, argumentou-se que a natureza dos crimes praticados pelas corporações envolvem, via de regra, documentos que permanecem em poder daquelas, sem os quais o Estado não teria condições de produzir suas provas eficazmente³³³.

Nos votos dissidentes, sustentou-se que a verdadeira razão do *privilege against self-incrimination* é a de atribuir a carga probatória exclusivamente à acusação, o que é a essência mesma do sistema acusatório. Por conseguinte, não seria legítimo negar às corporações a proteção contra a auto-incriminação. No escopo de evitar a impunidade dos delitos praticados pelos entes coletivos, o Estado deve lançar mão do poder legiferante e regulamentar, de forma detalhada, as atividades das corporações³³⁴.

Na Europa, a tendência é de se aplicar o *privilege* também para os entes coletivos.

O *leading case* da União Européia foi “*Orkem S.A. v. Comissão*”, no qual se reconheceu, explicitamente, a garantia contra a autoincriminação para as corporações. Cuida-se de um processo administrativo instaurado para a investigação da formação de cartéis por empresas produtoras de polietileno (PVC). A empresa foi instada, pela Comissão, a apresentar documentos e recusou-se, sob o fundamento de que caso as informações

³³³STONE, Adriene. Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co PTY LTD Corporations and the privilege against self-incrimination. *UNSW LAW JOURNAL*. Vol.17, 1994, p.631.

³³⁴Idem, op. cit., p.635.

fossem prestadas estaria, basicamente, confessando a violação das leis antimonopólio e se auto-incriminando³³⁵.

A Corte Européia de Justiça, sem embargo de considerar a importância da investigação e a legitimidade dos poderes da Comissão para requisitar documentos, decidiu que a garantia da corporação contra a auto-incriminação está inserida no direito de defesa, consistindo um princípio fundamental da lei da União Européia.

Desta forma, reconheceu-se que a proteção contra a autoincriminação também tem por destinatária a pessoa jurídica, uma vez que se trata de garantia inerente ao sistema acusatório, no qual a carga probatória deve ser atribuída à acusação³³⁶.

No mesmo sentido do julgado, o precedente *Nederlansche Banden-Industrie Michelin v. Comissão*, case 322/81 (1983), onde se descreve que os direitos de defesa consistem em um princípio fundamental da Lei da Comunidade, que devendo ser observados pela Comissão.

No Brasil, não houve, até o momento, nenhum julgamento envolvendo a matéria de forma específica

O respeito às bases do sistema acusatório, notadamente da regra de que o ônus da prova incumbe à acusação, recomenda que a garantia não seja vedada para as pessoas jurídicas.

Contudo, há que se observarem certas restrições, na medida em que os entes coletivos possuem a obrigação de apresentar determinados documentos (livros fiscais, registros de produtos nocivos³³⁷, etc), os quais podem ser regularmente requisitados no processo e induzir em autoincriminação da pessoa jurídica. Fora deste âmbito, haverá de se lançar mão dos mecanismos tradicionais de coleta de prova, como a busca e

³³⁵TRAINOR, Scott. A. Un análisis comparativo del derecho de una corporación contra la auto incriminación. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Vol.1, 2007, p.27.

³³⁶TRAINOR, Scott. A. Un análisis comparativo del derecho de una corporación contra la auto incriminación. *Revista de derecho penal y procesal Penal*, Vol.1, 2007, p.27.

³³⁷O artigo 73, I, do Decreto 98.816/90, por exemplo, exige a apresentação de relatórios semestrais contendo dados referentes às quantidades de agrotóxicos produzidos pela empresa. Já o artigo 31 do citado Decreto exige, da empresa que comercialize agrotóxico, a manutenção de Livro de Registro contendo informações sobre estoque, nome comercial dos produtos, etc., sendo certo que configura delito a não atualização do estoque (art.56 da Lei 9.605/98). A apresentação de tais documentos, quando requisitada, pode, sem dúvidas, implicar em autoincriminação.

apreensão, por exemplo, não se podendo impor ao próprio ente coletivo que comprove sua culpabilidade.

2.5.2 O Direito a Não Realizar Conduta Ativa que Introduza Informação ao Processo

Ainda no nível da regra da não autoincriminação, observa-se que resta vedada a coação física ou moral do imputado para que pratique conduta ativa que possa desfavorecê-lo³³⁸, tal como o fornecimento de padrões gráficos para exame grafotécnico, a participação em reconstituição do crime³³⁹, a alteração de expressão facial, a produção de sopro em etilômetro, dentre outros comportamentos ativos hábeis a serem valorados como prova³⁴⁰.

De fato, a realização de um comportamento ativo, com conteúdo comunicativo, não pode ser exigida do arguido em um sistema processual acusatório³⁴¹, uma vez que se estaria invertendo a carga probatória, e transferindo-a da acusação para o sujeito passivo. Pouca distinção há entre se exigir uma declaração ou a realização de uma conduta naturalística da qual se pode extrair um conteúdo informativo.

Daí o porquê de se situar a proibição da exigência de comportamento ativo no nível da regra da não autoincriminação, reforçando-se a tutela da dignidade pessoal do acusado, que não pode ser rebaixado à qualidade de mero instrumento da atividade probatória.

Dentre os comportamentos ativos retromencionados, cumpre dedicar atenção especial aos testes de alcoolemia, aos exames grafotécnicos e à reconstituição de crimes, que serão abordados em continuação.

³³⁸CÓRDOBA, Gabriela E. Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de passividad? In: *Estudios sobre Justicia Penal*, 2005, p.281.

³³⁹GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Direito Criminal*, ano 2, fasc.3, 1992, p.423.

³⁴⁰ASENCIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, 2008, p.227.

³⁴¹GREVI, Vittorio. Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari. *Associazione tra gli Studiosi de Processo Penal*, 1993, p.15.

2.5.2.1 Os Testes de Alcoolemia

Face ao número exponencialmente crescente de acidentes de trânsito, as legislações de vários países têm tipificado o delito de embriaguez ao volante (*verbi gratia*, o artigo 379 do Código Penal Espanhol e o artigo 306 do Código Brasileiro de Trânsito – Lei 9.503/97), no escopo de se tutelar a segurança viária.

A prova da embriaguez pode ser obtida por meio de exames clínicos ou periciais, sobrelevando, dentre os últimos, os testes etilométricos e os exames de sangue.

O etilômetro³⁴² (ou bafômetro) se enquadra na categoria da cooperação ativa, na medida em que exige a produção de um sopro no aparelho de medição, demandando anuência do sujeito passivo para sua realização³⁴³.

No direito comparado, verifica-se a tendência de imposição de penas autônomas para a negativa de submissão ao etilômetro, classificando-a como uma *obligação legal*. Por outro lado, em regra, não se autoriza extração de sangue coativa para a comprovação da embriaguez, salvo com a anuência do investigado.

Assim, o Código Penal espanhol, no artigo 380, tipifica, como hipótese de *desobediência grave*, a recusa de submissão ao exame³⁴⁴. Anote-se que o Tribunal Constitucional Espanhol decidiu pela constitucionalidade da obrigação legal de submissão ao etilômetro, não a reputando violadora do *nemo tenetur*, na medida em que não se exige uma declaração do acusado, mas apenas que este se submeta a uma especial modalidade de perícia (cf. STC 103/1985 e STC 16/1997)³⁴⁵.

³⁴²Trata-se de um instrumento destinado a medir a concentração de álcool no ar alveolar, que possui correlação com a concentração de álcool no sangue, permitindo aferir a dosagem.

³⁴³HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, 2005, p.353.

³⁴⁴ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*. Madrid: Trivium, 1999, p.517.

³⁴⁵Julgados citados por HUERTAS MARTIN, Maria Isabel, in: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.459.

Maria Isabel Huertas Martin³⁴⁶ se posiciona contrariamente à instituição da *obrigação* de se submeter à perícia, sustentando que esta deveria consistir em uma carga processual, cujo não atendimento geraria um indício de culpabilidade, a ser valorado conjuntamente com outras provas. Aduz que, sob pena de configuração de *bis in idem*, não se faz legítimo considerar a recusa como indício de culpabilidade e, a um só tempo, puni-la como delito autônomo.

No mesmo sentido, o *Codice della Strada* italiano prevê, para a recusa de submissão à perícia, a aplicação de pena de prisão de até um mês, além de multa (arts. 186 e 187)³⁴⁷. Ressalte-se que a Corte Constitucional Italiana, na *Sentenza* n.194/96³⁴⁸, declarou legítima a previsão de sanção penal para a recusa do investigado em submeter-se ao etilômetro³⁴⁹.

Na França, o *Code des Débits de Boisson e des Mesures contre l'Alcoolisme* impõe pena de prisão e multa para aquele que se recusa ao exame de embriaguez³⁵⁰.

No Brasil, o artigo 277 do Código de Trânsito (Lei 9.503/1997) determina a realização do teste do etilômetro diante da suspeita de embriaguez. Porém, não havendo previsão de delito para a hipótese de recusa, é majoritário o entendimento, na doutrina, de que a recalcitrância não caracteriza o crime de desobediência, exatamente em razão da incidência do *nemo tenetur*³⁵¹. A doutrina brasileira, de fato, sustenta que do direito ao silêncio decorre o direito de não se submeter às provas de alcoolemia, seja ao etilômetro seja à extração de sangue coativa³⁵². Não se

³⁴⁶*El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.450.

³⁴⁷HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, 2005, p.348.

³⁴⁸Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>, acesso em 17/06/2011.

³⁴⁹VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, prelievo ematico coativo e “test” del DNA. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, Giuffrè Editore, 1996, p.1041.

³⁵⁰Idem op. cit., p.348.

³⁵¹QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, 2003, p.264. No mesmo sentido, cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Nacional de Trânsito: questões diversas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 24, p.232, 1998.

³⁵²MARCÃO, Renato. Embriaguez ao Volante; Exames de alcoolemia e teste do bafômetro: uma análise do novo artigo 306, caput, da Lei 9.503, de 23.09.1997 (Código de Trânsito Brasileiro). *Revista Magister de Direito Penal e Processual penal*, Porto Alegre, Magister Editora, ano IV, n.24, 2008, p.89-91. No mesmo sentido: JESUS, Damásio de. Limites à prova da embriaguez ao volante: a questão da obrigatoriedade do teste do “bafômetro”.

faz qualquer distinção entre cooperação ativa e passiva, e não se reputa legítima a instituição de obrigação legal, passível de sanção penal.

Na linha teórica adotada na presente pesquisa, não se considera legítimo exigir a cooperação ativa do argüido na produção da prova, como se verifica no exame do etilômetro.

Contudo, revela-se possível, desde que haja previsão legal expressa, a realização do exame hemático coativo³⁵³, no sentido de comprovação da embriaguez, submetendo-se a perícia ao regime geral das intervenções corporais, que será estudado no capítulo 3. Ainda que mais invasivo, o exame de sangue coercitivo não exige cooperação ativa do acusado, destacando-se que a este se concede a liberdade de escolha, podendo submeter-se, voluntariamente, ao etilômetro caso não deseje ser compelido à intervenção corporal.

De sua vez, entende-se que a instituição de carga processual, cujo descumprimento induza em presunção desfavorável ou indício de culpabilidade³⁵⁴, revela-se algo de maior custo para o processo acusatório, na medida em que colide de frente com a presunção de inocência.

Já a previsão de delito autônomo, conforme se verifica no direito comparado, não se apresenta inconstitucional, nem tampouco viola o plano de proteção do *nemo tentur*. Isso porque se preserva a liberdade de escolha do acusado³⁵⁵ - que não é constrangido a um comportamento ativo - porém sanciona-se a recusa como sendo um crime próprio, que tem por objetividade jurídica autônoma o dever de obediência às regulamentações de trânsito.

Com efeito, ao assumir a condução de veículo automotor, o motorista se submete à legislação de trânsito, passando a ostentar deveres específicos, dentre os quais o de se submeter aos testes alcoolométricos. Nada obsta, pois, que a recalcitrância configure ilícito penal autônomo, preservando-se,

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, Magister Editora, Ano I, n.1, 2004, p.16-17.

³⁵³HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, 2005, p.352-353.

³⁵⁴Esta é a posição defendida, no Brasil, por João Cláudio Couceiro. *A Garantia constitucional do direito ao silêncio*, 204, p.358.

³⁵⁵VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, prelievo ematico coativo e “test” del DNA. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1996, p.1041.

de um lado, o direito a não cooperação ativa e, de outro, tutelando-se os direitos fundamentais coletivos, pela atuação do *jus puniendi*.

Em arremate, assinale-se que a situação atual da legislação brasileira conduz a uma evidente e inaceitável proteção insuficiente (*Untermassverbot*). Isso porque, tendo sido inserido, no tipo penal, a dosagem alcoólica (0,6 g de álcool por litro de sangue – artigo 306 da Lei 9503/97), a perícia técnica apresenta-se indispensável para a comprovação do crime. Porém, não sendo o investigado obrigado a submeter-se ao bafômetro, nem tampouco havendo previsão legal para a intervenção corporal coercitiva, conclui-se que a recusa daquele conduzirá a não comprovação do delito, com sérios prejuízos para os direitos fundamentais coletivos envolvidos. Urge, pois, a intervenção do legislador, para que se garanta eficiência à investigação do delito.

2.5.2.2 A participação na reconstituição do crime e o fornecimento de padrões gráficos

Dentre as demais hipóteses de colaboração ativa, destacam-se a participação em reconstituição de crime e o fornecimento de padrões gráficos, usualmente realizadas na fase investigativa.

No sentido de se aferir a credibilidade das declarações do investigado e de se obter subsídios técnicos para a investigação, a Autoridade Policial pode recorrer à reprodução simulada dos fatos. A reconstituição encontra-se disciplinada no artigo 7º do Código de Processo Penal e demanda a cooperação ativa do investigado, para sua realização.

Em sendo assim, o plano de proteção da regra do *nemo tenetur* confere, ao investigado, o direito de não participar da diligência³⁵⁶, nada se podendo extrair de sua recusa, a qual não configura delito de desobediência nem induz em indício de culpabilidade (cf. STF – HC 64.354/SP).

³⁵⁶MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed, São Paulo: Atlas, 2007, p.72. No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.98-99. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 2007, p.643.

Por sua vez, o exame pericial grafotécnico está disciplinado no artigo 174 do Código de Processo Penal, determinando-se, no inciso IV, que a pessoa escreva o que lhe for ditado pela Autoridade.

Não há dúvidas de que o fornecimento de padrões gráficos, para o exame grafotécnico, também demanda cooperação ativa do acusado, com teor comunicativo, não podendo ser este compelido a prestá-la³⁵⁷. Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, inclusive no tocante a não caracterização do delito de desobediência (HC 77.135-SP, publicado aos 8-9-1998).

Acrescente-se, em arremate, que sempre que for demandada a contribuição ativa do argüido, deve este ser advertido acerca do direito de não colaborar, no sentido de que qualquer cooperação prestada seja uma atuação livre e esclarecida³⁵⁸, tal qual ocorre por ocasião dos interrogatórios.

2.6 O Princípio da Não Autoincriminação: O Direito de Não Cooperar

O princípio da não autoincriminação confere uma posição, *prima facie*, que autoriza o acusado a não cooperar com a produção da prova, exercendo a autodefesa negativa.

Tal posição, já se observou, admite restrições em virtude de colisões com outros princípios, na medida em que estes, diferentemente das regras, nunca são razões definitivas³⁵⁹. Estas restrições são consubstanciadas na exigência de cooperação passiva do acusado - como se verifica nas situações de buscas, inspeções corporais, registros e intervenções corporais - e na legitimidade de utilização dos meios enganosos, que redundam em cooperação inconsciente com a produção da prova.

Realizar-se-á, neste momento, uma abordagem geral das situações de cooperação passiva e inconsciente, cujo exame mais aprofundado será objeto do capítulo 3.

³⁵⁷NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, 9ª ed., 2009, p.395-396.

³⁵⁸QUEIROZ, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, 2003, p.318-321.

³⁵⁹LEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p.108.

2.6.1 A Cooperação Passiva

Há uma forte tendência, sobretudo no direito comparado, de se distinguir a cooperação ativa – que demanda um atuar do acusado – da mera cooperação passiva, caso em que o réu é considerado como objeto ou meio de prova.

No que toca à cooperação ativa, tem-se que a regra da não autoincriminação e a própria tutela da dignidade da pessoa humana proíbem qualquer exigência de atuação do acusado para que contribua com a produção da prova em seu desfavor³⁶⁰.

Contudo, a doutrina e jurisprudência alienígenas, tais como a alemã, a estadunidense³⁶¹, a portuguesa³⁶², a italiana³⁶³ e a espanhola³⁶⁴, vêm sustentando, com fundamento nas respectivas legislações, a admissibilidade de se compelir o acusado a cooperar, passivamente, com a coleta de prova, sem que haja qualquer ofensa à garantia contra a autoincriminação.

Acerca do tema, anota Roxin³⁶⁵ que o acusado não tem por que auxiliar as autoridades de persecução penal de forma ativa, porém tolerar “intervenções físicas, as quais podem perfeitamente subministrar uma contribuição decisiva na prova de sua culpabilidade”.

Neste sentido, legitimam-se, *verbi gratia*: as intervenções corporais coercitivas realizadas para a coleta de material genético como sangue, tecido ou urina, para ulterior perícia³⁶⁶; a exigência de que o acusado permaneça em determinada posição, para fins de reconhecimento pessoal; as inspeções, buscas e registros pessoais, dentre outras condutas que configuram um não fazer ou um mero suportar do sujeito passivo.

³⁶⁰GÖSSEL, Karl-Heinz. As Proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Direito Criminal*, ano 2, fasc.3, 1992, p.423.

³⁶¹LAFAYE, W. R. et al, *Criminal procedure*, 5ª ed., 2009, p.213.

³⁶²DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, 2004 p.430.

³⁶³CHIAVARI, Mario. *Diritto processuale penale*, 4ª ed., 2010, p.205.

³⁶⁴ASENCIO MELLADO, José Maria. *Derecho procesal penal*, 5ªed., 2010, p.169.

³⁶⁵Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal, 2004, p.98, tradução livre.

³⁶⁶CÓRDOBA, Gabriela E. *Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de passividad?*, 2005, p.289.

Certo é que a distinção entre cooperação ativa e tolerância passiva nem sempre é tão simples no plano fenotípico, como também não é tarefa fácil verificar o que implica, ou não, em violação da garantia contra a autoincriminação à luz do aludido critério.

Obrigar o imputado a manter uma expressão facial “normal”, por ocasião de um reconhecimento pessoal, foi, *verbi gratia*, considerado legítimo e não violador da garantia do *nemo tenetur* por um Tribunal Estadual alemão que apreciou um caso concreto³⁶⁷.

Já a subministração coercitiva de substância causadora de vômito foi taxada de meio de prova ilícito pelo Tribunal de Frankfurt, que determinou sua exclusão do processo³⁶⁸. Destaque-se que Roxin³⁶⁹ criticou referida decisão, asseverando que não se pode considerar o vômito como verdadeira conduta ativa.

Os limites são realmente tênues, visto que a distinção se funda em base naturalística, e não normativa.

Propõe-se, em defesa do critério, que aquelas condutas meramente preparatórias, que demandem um atuar, podem ser exigidas do acusado, tais como ficar de pé e com a expressão “normal” por ocasião do reconhecimento; cerrar os punhos para fins da extração de sangue, dentre outras condutas necessárias para a produção da prova³⁷⁰.

Além da dificuldade na distinção dogmática entre atividade e passividade, objeta-se que a adoção do presente critério, para a fixação dos limites ao *nemo tenetur*, enfraquece a garantia.

Isso porque, muitas das vezes, o acusado acabará sendo induzido a cooperar ativamente, uma vez que a alternativa apresenta-se mais gravosa. Assim, por exemplo, o réu se vê compelido a soprar o bafômetro – cooperação ativa – para evitar seja constrangido a submeter-se à extração de sangue; fornecerá, voluntariamente, uma amostra de urina, para evitar que

³⁶⁷CÓRDOBA, Gabriela E. *Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de passividad?*, 2005, p.286.

³⁶⁸Idem, op. cit., p.289.

³⁶⁹*Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000, p.291.

³⁷⁰CÓRDOBA, Gabriela E. *Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de passividad?*, 2005, p.284.

seja introduzido um cateter em sua bexiga; ingerirá um vomitivo para evitar que este seja subministrado pela via de uma sonda; etc³⁷¹.

De qualquer sorte, dentre as alternativas possíveis, tem-se que a distinção proposta parece a mais adequada para que se imponha uma restrição legítima do espectro de proteção da garantia contra a autoincriminação em sua estrutura principiológica³⁷².

Sustenta-se, em defesa do critério, que nas hipóteses em que o acusado atua passivamente, como mero objeto de prova, não é ele quem verdadeiramente fornece a informação a ser introduzida no processo, mas sim o próprio meio de prova é que o fará (a perícia, a testemunha, etc), não restando violada a garantia³⁷³. O tema será retomado em continuação, no curso do capítulo 3, para onde se remete o leitor, por razões metodológicas.

2.6.2 A Cooperação Inconsciente

Com relação à cooperação inconsciente, obtida com o emprego dos denominados meios enganosos (gravações ambientais, interceptações telefônicas e homens de confiança), tem-se que também se situa fora do nível da regra da não autoincriminação, uma vez que o acusado não está sendo submetido a um interrogatório formal pela Autoridade Pública, mas sim fornecendo informações voluntariamente, que são captadas pelo Estado e introduzidas no processo.

A obtenção da cooperação inconsciente do argüido é, *prima facie*, vedada, porquanto reduz a cobertura da proteção contra a autoincriminação.

Contudo, em situações excepcionais, e respeitado o princípio da proporcionalidade, os meios enganosos podem ser legitimamente empregados, consistindo em limites ou restrições do *nemo tenetur*, em seu plano principiológico, tais como as intervenções corporais coercitivas. O

³⁷¹CÓRDOBA, Gabriela E. *Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de passividad?*, 2005, p.289.

³⁷²ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.527.

³⁷³BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*, 2003, p.137.

tema será desenvolvido no capítulo 3, pedindo-se vênia para o não aprofundamento neste momento.

Conclui-se, de todo o exposto, que o princípio da não autoincriminação outorga, ao réu, uma posição *prima facie* de não cooperação. Porém, o princípio submete-se a restrições, seja no que se refere à cooperação inconsciente, obtida por intermédio do emprego de meios ocultos ou enganosos, seja no que toca à cooperação passiva. Tais restrições, por certo, somente se legitimam desde que impostas com observância do princípio da proporcionalidade, que não violem a dignidade pessoal do acusado, que não impliquem em riscos para sua vida ou saúde e que estejam justificadas no caso concreto.

E assim deve ser, no escopo de que os direitos individuais do imputado se compatibilizem com os interesses coletivos, viabilizando-se a proteção de todos os direitos fundamentais envolvidos no processo penal, sejam os do réu, sejam os da vítima, sejam os da coletividade, identificados com a operacionalização do direito penal³⁷⁴.

2.7 O Princípio da Proporcionalidade como Limite às Restrições de Direitos Fundamentais: aplicações no âmbito do *nemo tenetur*

Para finalizar o estudo do *nemo tenetur* no bojo da dogmática dos direitos fundamentais, recomenda-se examinar, ainda, o princípio da proporcionalidade e suas conexões, com atenção para a proibição de excesso (*Überrmassverbot*) e de proteção insuficiente (*Unterrmassverbot*).

Historicamente, o princípio da proporcionalidade encontra suas remotas origens nas teorias jusnaturalistas, no bojo do ideário de se garantir a liberdade do cidadão em face dos interesses da administração³⁷⁵.

Em sua versão contemporânea, o princípio da proporcionalidade, também denominado de “proibição de excesso”, foi intensamente desenvolvido no direito alemão, em função de julgamentos do Tribunal

³⁷⁴HUERTAS MARTÍN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.387.

³⁷⁵BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle constitucional das leis restritivas de direitos fundamentais*, 1996, p.33.

Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) em matéria administrativa, especificamente concernentes ao exercício do poder de polícia³⁷⁶, tendo sido inserido, posteriormente, no Código de Processo Penal da Alemanha (*StPO - Strafprozessordnung*) em 1964. Reconhecendo-se que o princípio da proporcionalidade representa um limite das limitações impostas aos direitos fundamentais, sua conexão com o processo penal - no qual as intervenções neste campo são as mais intensas - revela-se íntima e evidente.

Na atualidade, o princípio da proporcionalidade é aplicado na maioria dos ordenamentos europeus, sobretudo nos países onde se adota o controle jurisdicional de constitucionalidade³⁷⁷, estabelecendo limites à atuação estatal e otimizando a tutela dos direitos individuais.

Advirta-se, desde já, que a proporcionalidade possui conexão tão somente com os princípios, dada a possibilidade de sopesamento ou ponderação, mas não com as regras, que outorgam posições definitivas.

A conexão entre a máxima da proporcionalidade e os princípios é apontada por Robert Alexy³⁷⁸, ao asseverar que da natureza dos últimos decorre a primeira.

Isso se dá porque, no nível dos princípios, as possibilidades jurídicas podem ser relativizadas, dado que é possível haver uma colisão de uma norma de direito fundamental (com a natureza de princípio), com um princípio antagônico, a ser resolvida pela aplicação do princípio da proporcionalidade³⁷⁹. Tal não se verifica no plano das regras, que se identificam com o conteúdo essencial das normas jus-fundamentais.

Caso uma lei intervenha em uma norma jusfundamental com a estrutura de princípio, a aferição de sua constitucionalidade deve se realizar com a aplicação do princípio da proporcionalidade³⁸⁰.

Conclui-se, assim, que apenas no que toca ao âmbito de proteção *prima facie* da garantia contra a autoincriminação (direito de não cooperar

³⁷⁶BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle constitucional das leis restritivas de direitos fundamentais*, 1996, p.42.

³⁷⁷Idem, op. cit., p.45.

³⁷⁸Teoria dos direitos fundamentais, 2008, p.116-117.

³⁷⁹BERNAL PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2007, p.593.

³⁸⁰Idem, op cit., p. 591.

passivamente/inconscientemente com a produção de provas) é que se pode fazer incidir o princípio da proporcionalidade, no sentido de se aferir a legitimidade de uma restrição da proteção jusfundamental, o que não se admite no âmbito de proteção da regra da não autoincriminação, consistente no direito ao silêncio e a não cooperação ativa, como já se viu.

A proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios (ou máximas), que integram sua definição e facilitam sua concretização, diminuindo a ambigüidade do termo³⁸¹. São eles: a idoneidade ou adequação, a necessidade ou intervenção mínima, e a proporcionalidade em sentido estrito.

Uma intervenção no âmbito de proteção *prima facie* da norma jusfundamental deve resistir ao crivo dos referidos subprincípios, que passam a ser analisados a seguir, para ser tida como legítima.

2.7.1 O Subprincípio da Idoneidade

Em linhas gerais, o subprincípio da idoneidade, intimamente entrosado com a proibição de excesso, determina uma análise *empírica* da causalidade entre o meio utilizado e o fim perseguido. Por outras palavras, impõe que se verifique se a medida aplicada é objetivamente apta para o alcance da finalidade pretendida³⁸².

Primeiramente, há de se aferir se a intervenção contribui para a criação de um estado de coisas em que a realização do fim se veja incrementada em relação ao estado de coisas existente antes da intervenção³⁸³.

Fora das situações extremas, isto é, de manifesta idoneidade ou de manifesta inidoneidade, a análise da relação de causalidade positiva não é

³⁸¹ETXEBERRIA GURIDI, J.F. *Las intervenciones corporales en el proceso penal*, 1999, p.222.

³⁸²GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 155.

³⁸³LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de Proporcionalidad y Lei Penal*, 2006, p.387-388.

tão simples, demandando que se assuma uma posição diante da polêmica da exigência de idoneidade débil ou máxima.

A intensidade com que um meio contribui para a consecução do fim pode ser analisada sob as perspectivas *temporal*, *quantitativa*, de plenitude e de probabilidade.

Verifica-se se a adoção do meio antecipa a consecução do fim (perspectiva temporal), em que medida o faz (perspectivas quantitativa e de plenitude) e qual é a probabilidade, do ponto de vista da segurança da contribuição, de se lograr êxito com sua aplicação (perspectiva da probabilidade)³⁸⁴.

A exigência de idoneidade máxima somente considera idônea a medida que se revele causalmente positiva de forma plena, alcançando, integralmente, os fins propostos. Com isto, permite-se um controle de constitucionalidade extremamente rigoroso das intervenções legais, que pode desvalar, paradoxal e perigosamente, em uma afetação mais intensa dos direitos fundamentais. É dizer, o controle intenso da idoneidade pode redundar em um recrudescimento das intervenções legais³⁸⁵.

Na vertente oposta, a exigência de idoneidade débil, traduzida pela aceitação de que a medida promova, de alguma forma, ainda que não plena, o fim almejado, diminui o controle da constitucionalidade da intervenção legal. Contudo, é deixada, para o legislador, uma margem maior de discricionariedade, possibilitando a escolha de meios menos gravosos, ainda que estes, do ponto de vista empírico, apresentem-se menos idôneos para a consecução dos fins almejados, bastando que contribuam positivamente para o alcance destes³⁸⁶.

Assim, só seriam inidôneas as medidas que não promovessem, de modo algum, os fins almejados ou produzissem um resultado negativo, piorando a situação existente antes de sua adoção.

A versão débil do juízo de idoneidade é majoritariamente acolhida pela doutrina, sendo perfilhada no presente trabalho para a aferição da

³⁸⁴LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y lei penal*, 2006, p.387-388.

³⁸⁵Idem, op. cit., p. 387-388.

³⁸⁶Idem, op cit., p. 391.

proporcionalidade das intervenções na garantia fundamental contra a autoincriminação.

Em arremate, anota-se que a idoneidade exige que a medida seja qualitativa, quantitativa e subjetivamente adequada.

No plano qualitativo, a medida deve se apresentar, por sua própria natureza, idônea para o alcance dos fins previstos³⁸⁷. Pode-se aludir, aqui, ao exemplo do “bafômetro” para a aferição da dosagem alcoólica, tendo por objetivo a constatação da embriaguez, medida que se apresenta qualitativamente adequada para o alcance do fim proposto (medição do nível de álcool no organismo), recebendo, assim, um juízo positivo de idoneidade.

Ainda à guiza de exemplo, discute-se, na doutrina espanhola e alemã, se a prisão provisória revela-se qualitativamente idônea em se tratando de delito punido tão somente com pena de multa. Na Alemanha, o § 113 da *StPO* admite, excepcionalmente, a prisão provisória em se tratando de delito apenado com multa, norma que tem sido reconhecida como constitucional pela doutrina³⁸⁸.

No plano quantitativo, observa-se que, embora qualitativamente idônea, a restrição a um direito fundamental pode se verificar intolerável em um Estado de Direito, caso sua duração ou intensidade não sejam exigidas pela finalidade buscada³⁸⁹. O exemplo patológico que pode ser trazido é o da prisão processual que se aproxime, ou até mesmo supere, a duração da sanção penal a ser concretamente aplicável em caso de condenação.

No âmbito subjetivo, tem-se que as medidas que limitem direitos fundamentais hão de ser aplicadas individualizadamente³⁹⁰, isto é, não podem afetar um número indeterminado de pessoas, ainda que aquelas sejam consideradas qualitativamente idôneas para o alcance do fim perseguido. Assim, *verbi gratia*, não se admite que todos os moradores de um determinado bairro sejam submetidos à coleta coercitiva de material genético para exames de DNA, no sentido de se apurar a autoria de um

³⁸⁷GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, p.160.

³⁸⁸Idem, op cit, 166.

³⁸⁹Idem, op cit., p. 172.

³⁹⁰ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Las intervenciones corporales en el proceso penal*, 1999, p.227.

delito. E isto é vedado ainda que o meio se revele idôneo no plano qualitativo.

A razão da vedação consiste em que é preciso aferir, por ocasião da adoção de uma medida restritiva de direitos fundamentais, o grau de imputação em relação ao sujeito passivo, evitando-se as denominadas *fishing expeditions*. Por outras palavras, impende aferir a probabilidade de êxito na coleta do material probatório, o que só se faz possível através da individualização do sujeito passivo³⁹¹.

Todos esses filtros concretizam o subprincípio da idoneidade, que possui uma feição empírica, e se sustenta em um juízo de probabilidade de êxito da medida a ser adotada, legitimando-se a intervenção no direito fundamental para a consecução do fim.

Não basta, porém, que a medida seja idônea. Exige-se, ainda, seja ela necessária e estritamente proporcional. É ver.

2.7.2 O Subprincípio da Necessidade

Por sua vez, o subprincípio da necessidade, também denominado de “intervenção mínima”, exige um juízo de valor por ocasião da aplicação da medida, já tida como apta, à luz da idoneidade, para o alcance do fim.

Trata-se de um princípio comparativo, que impõe a busca de medidas alternativas idôneas, otimizando-se a proteção dos direitos fundamentais afetados pela intervenção. Por outras palavras, exige-se que, dentre as medidas aptas, seja utilizada aquela que menos atinja o direito individual afetado³⁹². Vê-se, assim, que o juízo de necessidade ganha complexidade em relação ao de idoneidade.

No âmbito da idoneidade, basta a aferição da eficácia da medida, no sentido de contribuir positivamente para o alcance do objetivo.

³⁹¹GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, p.183.

³⁹²LOPERA MESA, Gloria Maria. *Principio de proporcionalidad y lei penal*, 2006, p.433.

No plano da necessidade, impõe-se a verificação do custo da medida, préclassificada como idônea, levando-se em consideração outras medidas que também poderiam ser adotadas eficazmente para o alcance do fim³⁹³.

Há que se reconhecer o componente valorativo presente por ocasião da análise da necessidade da medida, o que causa dificuldades para o intérprete, já que não se está diante de critérios empíricos.

Todavia, não se pode negar que, ainda que se faça presente uma inevitável ponderação valorativa (sempre subjetiva), a tentativa de se eleger a medida menos gravosa otimiza a proteção do direito fundamental³⁹⁴.

No prisma do referido subprincípio, *verbi gratia*, uma intervenção corporal não deve ser admitida caso a prova possa ser coletada por um meio menos gravoso para os direitos fundamentais dos envolvidos. Assim, caso haja material genético disponível na residência do acusado, como fios de cabelo, permitindo-se a realização do exame de DNA, não se deve recorrer à extração coercitiva de sangue.

Possível, outrossim, por força do subprincípio da necessidade, eleger medidas menos lesivas para os direitos fundamentais do imputado do que a prisão processual, tais como a fiança, a prisão domiciliar, a internação em clínica de tratamento, a retenção de passaporte, a proibição de contato com determinadas pessoas, a exigência de comparecimento periódico ao juízo ³⁹⁵, a proibição de ausentar-se do país, etc., desde que previstas estas em lei (já que toda restrição de direitos fundamentais deve estar regulada em lei).

No Brasil, não há previsão legal que exija a graduação das medidas restritivas. Contudo, encontrando, o princípio da proporcionalidade, assento constitucional, ainda que implícito no texto, nada impede - antes mesmo se recomenda - seja ele aplicado como critério de decisão, por ocasião da determinação de uma medida restritiva de direitos fundamentais.

Arremate-se com a observância de que a eleição de medida menos restritiva só se admite caso esta se encontre prevista em lei, uma vez que

³⁹³LOPERA MESA, Gloria Maria. *Principio de proporcionalidad y lei penal*, 2006, p.435.

³⁹⁴GONZÁLES-CUELLAR SERRANO. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, p.199.

³⁹⁵Idem, op. cit., p. 207.

toda restrição no plano dos direitos fundamentais se submete ao princípio da legalidade estrita³⁹⁶.

2.7.3 O Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito

Finalmente, o exame da proporcionalidade em sentido estrito consiste em que, após a constatação da idoneidade e necessidade da medida, se compare, concretamente, a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

A questão é saber se, uma vez constatadas a idoneidade e necessidade da medida, a promoção da finalidade justifica o grau de restrição imposta ao direito fundamental a ser atingido³⁹⁷.

Se o sacrifício resulta excessivo ou irrazoável, a medida deverá considerar-se inadmissível, ainda que satisfaça os demais pressupostos derivados do princípio da proporcionalidade, isto é, ainda que a medida seja idônea e necessária.

A proporcionalidade em sentido estrito também é um princípio comparativo, que se baseia em um juízo de valor, o qual terá por objeto a tensão entre os interesses individuais e estatais presente no processo³⁹⁸.

Trata-se, ademais, de um princípio com conteúdo material, que exige, do órgão jurisdicional, estabelecer uma graduação entre os bens constitucionalmente tutelados e determinar, no caso concreto, qual haverá de prevalecer³⁹⁹.

No campo do processo penal, no qual o Estado, por meio de seus órgãos, exerce sua potestade, e o indivíduo se converte em destinatário de uma série de diligências restritivas de direitos fundamentais (integridade corporal, intimidade, liberdade ambulatoria, etc), avulta em importância o exame da proporcionalidade em sentido estrito.

³⁹⁶GONZÁLES-CUELLAR SERRANO. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, p.201.

³⁹⁷ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Las intervenciones corporales en el proceso penal*, 1999, p.244.

³⁹⁸LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, p.500.

³⁹⁹ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Las intervenciones corporales en el proceso penal*, 1999, p. 245.

É preciso, portanto, nas palavras de Nicolas Gonzáles-Cuellar Serrano⁴⁰⁰ “descobrir critérios que permitam efetuar a medição do peso do interesse da persecução penal com o fim de compará-lo com a relevância dos direitos fundamentais limitados no caso concreto”.

Dentre tais critérios, é oportuno aludir aos da conseqüência jurídica esperada (*Rechtsfolgenwartung*), da importância da causa (*Bedeutung der Sache*), e do interesse da sociedade em lutar eficazmente contra determinadas modalidades de delito⁴⁰¹.

O critério da conseqüência jurídica se encontra previsto no §112 da *StPO*, também sendo denominado de “critério da pena ou medida esperada”. Relaciona-se, especialmente, com o tema da prisão provisória, determinando a realização de um prognóstico baseado na pena aplicável e no material fático-probatório disponível para fins de aferir a proporcionalidade da medida. Embora tenha por objeto a prisão processual, o critério pode ser empregado para a aferição de outras restrições de direitos fundamentais⁴⁰².

O critério da importância da causa (*Bedeutung der Sache*) também é adotado para a medição do interesse público na persecução penal⁴⁰³. São componentes do critério: a gravidade do fato, o interesse público no êxito do processo, e o perigo de reiteração. O interesse público pode surgir da irritação social (*Erregung der Offenlichkeit* – §112 da *StPO*), ou do “alarma social” (art. 503.2. da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* Espanhola - *LECrim*), que funcionariam como justificativas para prisão provisória. O perigo de reiteração, com todas as críticas de que é passível⁴⁰⁴, também é um critério acolhido pela legislação alemã.

Referidos critérios podem ser proveitosamente utilizados para a análise da proporcionalidade de quaisquer outras medidas restritivas de direitos fundamentais, diversas da prisão processual.

⁴⁰⁰*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, p.252, tradução livre.

⁴⁰¹ETXEBERRIA GURIDI, J.F. *Las intervenciones corporales en el proceso penal*, 1999, p.246-249.

⁴⁰²Idem, op. cit., p 247.

⁴⁰³Idem, op. cit., p.249.

⁴⁰⁴Idem, op. cit., p.250.

Não se deve, *verbi gratia*, recorrer à extração de sangue para a comprovação do delito de uso de droga (art.28 da Lei 11.343/06), classificado como de menor potencial ofensivo e para o qual, sequer, é cominada pena privativa de liberdade.

2.8 Os Deveres de Proteção e a Legitimidade de Imposição de Restrições à Garantia Contra a Autoincriminação para a Salvaguardada de Direitos Fundamentais

Na exata medida em que o Estado vedou a autotutela e monopolizou a distribuição da justiça, outorgou, aos titulares dos direitos fundamentais, direitos de proteção contra intervenções/agressões de terceiros. Neste lanço, oportuno repercutir a lição de Alexy⁴⁰⁵: “A ampla renúncia (hipotética) de uma situação pré-estatal para uma situação estatal, só pode ser racionalmente fundamentada se o indivíduo receber, por essa renúncia, um direito à proteção estatal efetiva.”

Tal direito, exercido em face do Estado, confere ao indivíduo um direito fundamental à proteção contra terceiros, abarcando todos os direitos dignos de tutela, como a vida, a propriedade, a incolumidade física, a liberdade, a dignidade, etc.

Os direitos individuais, neste contexto, hão de ser protegidos por meio de normas de direito penal, de responsabilidade civil, de direito processual, bem como por meio de ações fáticas, como o exercício do poder de polícia, *verbi gratia*⁴⁰⁶.

Não se pode olvidar que o dever de garantir a segurança é um imperativo constitucional (art.144 da Constituição Federal), não se reduzindo, tal dever, em evitar condutas criminosas. Mais que isto, nele se inclui o dever de apuração da conduta e de punição efetiva do culpado⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵Teoria dos direitos fundamentais, 2008, p.455.

⁴⁰⁶Idem, op. cit., p.450.

⁴⁰⁷FISCHER, Douglas. O que é o garantismo penal (integral)?. In: Garantismo penal integral. CALABRICH, Bruno; FISHER, Douglas; PELELLA, Eduardo, (Orgs). Salvador: JusPodivm, 2010, p.37.

O direito a um processo penal eficiente, que permita - sem se descurar das garantias individuais - a atuação legítima do *jus puniendi* perante o autor de uma infração penal, insere-se no direito, a um só tempo subjetivo/individual e coletivo à proteção, a ser prestado pelo Estado, como verdadeiro consectário do contrato social que o fundou⁴⁰⁸.

Trata-se de uma perspectiva epistemológica que pode ser denominada de funcional-garantista, tradutora de um equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos em tensão no processo penal, que deve, a um só tempo, ser um “filtro do direito penal máximo e realizador do direito penal mínimo⁴⁰⁹”.

Sob o prisma do processo penal funcionalista, e acompanhando a lição de Fábio Guedes de Paula Machado, “a norma processual não está unicamente direcionada às limitações e garantias atribuídas ao acusado, mas será estruturada de modo que não se torne obstáculo aos objetivos de política criminal de bons resultados”⁴¹⁰.

O conflito se estabelece entre direitos fundamentais (do acusado) versus direitos fundamentais (da vítima e da coletividade), conflito este que não deve ser reduzido à mera colisão entre segurança pública e liberdade individual⁴¹¹.

Conforme se vem sustentando ao longo desta dissertação, não há perspectiva alguma de um processo penal eficiente caso qualquer direito ou garantia seja absolutizado, em detrimento de outros direitos fundamentais.

Ao contrário, no nível dos princípios, a fisiologia é a colisão, que implica na necessária ponderação, levando-se obrigatoriamente em conta todos os princípios chamados à colação para a solução do caso concreto.

A garantia contra a autoincriminação, portanto, comporta restrições em seu plano principiológico (*prima facie*)⁴¹², desde que preservado seu conteúdo essencial, e desde que respeitado o princípio da proporcionalidade,

⁴⁰⁸ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*, 2007, p.52.

⁴⁰⁹Idem, op. cit., p.67.

⁴¹⁰Culpabilidade no direito penal. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.294-295.

⁴¹¹ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*, 2007, p.60.

⁴¹²HUERTAS MARTÍN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.387.

em sua tríplice vertente (idoneidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito).

Apenas à guiza de melhor esclarecimento, e adiantando tópico a ser aprofundado a seguir, a coleta de material genético para a realização de exame de DNA restringe a posição *prima facie*, outorgada pelo *privilege*, de não cooperação. Contudo, tal intervenção pode se apresentar legítima sob determinadas condições, caso a medida se apresente necessária, idônea e adequada para o esclarecimento de um delito grave, seja no sentido de isentar o acusado de responsabilidade penal, seja no sentido de confirmar sua culpabilidade⁴¹³.

No mesmo sentido, o emprego de meios ocultos (homens de confiança, vigilância acústica, interceptação telefônica) para a obtenção de provas, notadamente no que se refere à repressão da criminalidade organizada, pode impactar no plano de proteção *prima facie* da garantia contra a autoincriminação, conduzindo a uma cooperação involuntária do acusado com a produção da prova, além de afetar uma plêiade de outros direitos fundamentais. Contudo, desde que obsequiosa à lei e ao princípio da proporcionalidade, a utilização dos meios enganosos também pode ser classificada como legítima.

Isso decorre do dever estatal de proteção dos direitos fundamentais contra ataques de terceiros, que pressupõe um processo penal eficiente, no qual as margens de erro sejam reduzidas e o resultado se aproxime, tanto quanto possível, da verdade material.

Caso assim não se entenda, estar-se-á absolutizando, já no nível do princípio, a garantia e impedindo-se a produção de provas no processo penal, com sacrifício injustificado de direitos fundamentais coletivos envolvidos, e dos objetivos político criminais que merecem atendimento.

⁴¹³HUERTAS MARTÍN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.372.

3 AS RESTRIÇÕES DA GARANTIA FUNDAMENTAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO: A COOPERAÇÃO PASSIVA E A COOPERAÇÃO INCONSCIENTE

Retomando-se a idéia já desenvolvida no capítulo anterior, cumpre repisar que as restrições aos direitos fundamentais são normas que restringem a realização de princípios de direito fundamental⁴¹⁴.

A garantia contra a autoincriminação, já por força de sua estrutura normativa de princípio, confere, ao acusado, uma posição subjetiva que, *prima facie*, o isenta de cooperar com a acusação no que toca à produção de provas potencialmente incriminatórias⁴¹⁵.

Ocorre que a garantia, tal qual todo e qualquer direito fundamental, conhece limites internos e externos, que vêm delineados por outros direitos fundamentais de igual ou superior categoria.

Não se concebe que, em um Estado Social, no qual o indivíduo cumpre uma função social e em que a liberdade se distingue do arbítrio, o último possa ser efetivamente “blindado” no sentido de não ver atuado, contra si, o *jus puniendi*. Não é este o sentido da proteção contra a autoincriminação, nem tampouco a razão de sua criação.

A necessidade de o Estado cumprir seus deveres de proteção, no tocante aos direitos fundamentais coletivos, se exerce legitimamente pela via do processo penal e do direito penal.

Pela via do direito penal, o Estado intervém em direitos fundamentais da mais alta relevância, dentre os quais sobreleva o direito de liberdade. E para a atuação legítima do *jus puniendi* - dada a ausência de coerção direta do direito penal - o Estado necessita do processo (*nulla poena sine iudicio*).

Apenas um processo penal eficiente, alinhado às evoluções tecnológicas e compassado com o desenvolvimento social, pode reduzir as margens de erro e viabilizar, legitimamente, a atuação do *jus puniendi* no caso concreto. Para isto, os regramentos procedimentais também intervêm

⁴¹⁴ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p.285.

⁴¹⁵HUERTAS MARTÍN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.385.

em direitos fundamentais, tais como a privacidade, a intimidade, a integridade física e a própria liberdade.

Importa, aqui, aferir quais são as intervenções legítimas, tomando-se como referência a garantia contra a autoincriminação, em sua estrutura complexa de princípio e de regra.

Isso obriga a tratar das buscas, das inspeções pessoais e, especialmente, das controvertidas intervenções corporais coercitivas, que demandam cooperação passiva; das gravações ambientais, das interceptações telefônicas e dos homens de confiança, que conduzem à cooperação involuntária ou inconsciente com a produção da prova.

Advirta-se, desde logo, que qualquer restrição na garantia exige lei específica⁴¹⁶, como sempre se verifica em se tratando de intervenção no âmbito dos direitos fundamentais, e observância do princípio da proporcionalidade.

3.1 A Cooperação Passiva: O Acusado como Objeto de Prova

Já se observou que a doutrina e jurisprudência alienígenas, tal como a alemã, a estadunidense, a portuguesa, a italiana e a espanhola, vem sustentando, com fundamento nas respectivas legislações, a admissibilidade de se compelir o acusado a cooperar, passivamente, com a coleta de prova, sem que haja qualquer ofensa à garantia contra a autoincriminação.

Em referidas situações, o acusado atua como verdadeiro objeto de prova⁴¹⁷, podendo ser submetido ao reconhecimento pessoal, às buscas, inspeções e registros corporais, e até mesmo às intervenções corporais coercitivas, que afetam sua integridade física.

No que se refere aos reconhecimentos pessoais, buscas, inspeções e registros, não há, salvo em situações limítrofes (como as investigações de orifícios naturais do corpo – boca, ânus e vagina), maiores questionamentos

⁴¹⁶HUERTAS MARTÍN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.387.

⁴¹⁷FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e le perquisizioni. Trattato di Procedura Penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2004, p.99.

quanto à legitimidade das medidas, as quais se encontram regulamentadas em todos os ordenamentos pesquisados, inclusive no brasileiro.

Já as intervenções corporais, realizadas no escopo de se obter material genético, notadamente para a confecção de exames de DNA e testes de alcoolemia, consistem em um meio de prova controvertido, pois que dizem para com a admissibilidade da extração de elementos do próprio corpo do sujeito passivo para fins de investigação e comprovação do delito⁴¹⁸.

Necessário, antes de se prosseguir, delimitar os conceitos, apartando-se as intervenções corporais dos demais meios que demandam cooperação passiva.

3.1.1 Buscas, Registros, Inspeções e Reconhecimentos Pessoais

As buscas pessoais, (*cacheos* do direito processual espanhol), são medidas destinadas à descoberta de armas ou instrumentos que causem riscos à incolumidade pública, bem como do corpo de delito, sendo realizadas por meio de investigações do corpo e das vestimentas do sujeito passivo. Atingem, de forma menos intensa, os direitos fundamentais, como a liberdade e a intimidade, e não implicam em afetação alguma da integridade física⁴¹⁹.

Oportuno destacar a natureza geralmente preventiva das *buscas*, nada obstante possam ser realizadas após a prática de um delito, para a descoberta do corpo de delito⁴²⁰. Em vista de suas características essenciais (afetação leve de direitos fundamentais, objetivos preventivos, inexistência de ofensa à integridade física, etc), as buscas pessoais não demandam autorização judicial, autorização esta que, na verdade, poderia mesmo redundar na ineficácia da medida.

⁴¹⁸ASENCIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, 2008, p.216.

⁴¹⁹ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba em el proceso penal.*, 1999, p.43.

⁴²⁰Idem, op. cit., p.45.

Por sua vez, as inspeções corporais (*ispezioni personale* do direito processual italiano – art. 244/245 do Código de Processo Penal⁴²¹), têm por objetivo a observação e descrição de determinados aspectos da pessoa, do local ou da coisa examinada. Na inspeção, o órgão sensorial atuante é a visão⁴²², não havendo objetivo de apreensão de qualquer objeto, senão a descrição do estado da pessoa, lugar, ou coisa examinada⁴²³.

Os registros corporais (*persönliche Durchsuchung* do direito alemão – §§102 e 103 da *StPO*⁴²⁴, *perquisizioni personale* do direito italiano – artigos 247/249 do Código de Processo Penal Italiano⁴²⁵), de sua vez, são medidas que afetam de forma mais intensa os direitos fundamentais envolvidos, em especial o direito à intimidade, porquanto recaem sobre partes íntimas do corpo, como os orifícios naturais (ânus, boca e vagina). A medida tem por objetivo a apreensão do próprio corpo de delito ou de outros elementos a ele relacionados, de interesse probatório. Contudo, o direito à integridade física também não chega a ser afetado por meio dos registros corporais, tal como se dá nas buscas e inspeções pessoais.

Por sua vez, o reconhecimento pessoal é um ato por meio do qual alguém é levado a analisar uma pessoa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências⁴²⁶. Trata-se de medida destinada a determinar, através da vítima ou de testemunhas, se a pessoa imputada foi o presumido responsável pelo delito⁴²⁷. O reconhecimento de pessoas encontra disciplina no artigo 226 do Código de Processo Penal Brasileiro (que também trata do reconhecimento de coisas), no artigo 213 do Código de Processo Penal Italiano e no artigo 368 da *Ley de*

⁴²¹CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*, 2009, p.341.

⁴²²CORDERO, Franco. *Procedura penale*, 2006, p.831.

⁴²³FELICIONI, Paola. *Le Ispezioni e le Perquisizioni, Trattato di Procedura Penale*. 2004, p.67.

⁴²⁴ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba em el proceso penal.*, 1999, p.50.

⁴²⁵Idem, op. cit., p.38.

⁴²⁶LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 2007, p.631.

⁴²⁷HUERTAS MARTÍN, Maria Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.220.

Enjuiciamiento Criminal Espanhola (onde se encontra disciplinado o denominado *reconocimiento en rueda*⁴²⁸).

A legislação processual penal brasileira disciplina, tão somente, a busca pessoal (art. 240, §2º e seguintes do Código de Processo Penal) e o reconhecimento pessoal (art.226 e ss. do Código de Processo Penal), nos quais podem ser inseridas as medidas de registro corporal e inspeção pessoal, nos termos acima delineados, com as devidas matizações.

Não há dúvidas de que as buscas, os registros (inclusive em orifícios naturais), as inspeções corporais e os reconhecimentos pessoais resvalam no tema do *nemo tenetur* e em outros direitos fundamentais. Porém, se verifica a tendência, no Brasil e no direito comparado, de se admitir a realização coativa, desde que se esteja a exigir um mero comportamento passivo do acusado.

No Brasil, o artigo 260 do Código de Processo Penal autoriza a condução coercitiva do arguido para reconhecimento pessoal. Na doutrina, João Cláudio Couceiro⁴²⁹ posiciona-se pela inconstitucionalidade da norma, por visualizar ofensa ao *nemo tenetur*. Contudo, prevalece o entendimento contrário, na medida em que se está a exigir mera cooperação passiva na produção da prova, inclusive sem intervenção corporal.⁴³⁰

Analizando a questão do reconhecimento pessoal à luz do direito processual penal italiano e estadunidense, Anna Maria Capitta⁴³¹ assinala que o *privilege against self-incrimination* não tutela o indivíduo, investigado ou acusado contra a coerção material para se converter em fonte de prova real ou física (*source of real or physical evidence*). Aduz que o *privilege*

⁴²⁸O *reconocimiento en rueda* consiste, em termos gerais, na apresentação à vítima ou à testemunha de uma série de pessoas entre as quais se encontra o investigado, de modo que possa ser apontado o suposto autor. Cf. HUERTAS MARTÍN, Maria Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.220. Trata-se de medida semelhante ao reconhecimento pessoal disciplinado no artigo 226 do Código de Processo Penal brasileiro.

⁴²⁹COUCEIRO, João Cláudio. *A Garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.343. No sentido de que o réu possui o direito de não participar, cf. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 2007, p.634.

⁴³⁰QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo*, 2003, p.431. No mesmo sentido: HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, 2005, p.223.

⁴³¹CAPITTA, Ana Maria. *Ricognizioni e individuazione di persone nel diritto delle prove penali*. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p.221.

confere, tão somente, o direito a não participação ativa no ato do reconhecimento, como a efetuação de movimento, a assumir uma pose, a vestir uma roupa ou a pronunciar palavras atribuídas ao autor do delito. Ressalte-se que, na fase do *dibattimento*, o artigo 429 do Código de Processo Penal italiano autoriza ao juiz que determine a condução coercitiva do acusado para participar do ato⁴³².

Maria Isabel Huertas Martín⁴³³, com base no ordenamento processual espanhol, e relacionando o tema do reconhecimento em roda ao *nemo tenetur*, sustenta que a ausência de previsão legal expressa, naquele país, acerca da possibilidade de emprego da coerção física para a realização do ato, implica em que este depende da anuência do investigado. De *lege ferenda*, sugere a autora que a recusa possa induzir em presunção desfavorável, ou indício de culpabilidade.

Nos Estados Unidos, o *privilege* vem sendo relacionado, pela jurisprudência (cf. casos *Shmerber v. California* e *United States v. Wade*, que serão examinados no capítulo 4), às manifestações comunicativas ou de conteúdo testemunhal, não impedindo que o acusado seja compelido a se submeter ao reconhecimento pessoal (*lineup*) e a outros procedimentos de investigação (como a coleta de digitais, o reconhecimento de voz, dentre outros)⁴³⁴.

Conclui-se que, especialmente os meios que demandam cooperação passiva, sem acarretar danos à integridade física, e que não exigem um atuar comunicativo do arguido, vem sendo empregados com frequência, não sendo eles classificados como violadores do *nemo tenetur*.

3.1.2 As Intervenções Corporais *Strictu Sensu*

As intervenções corporais *strictu sensu* (*körperliche Eingriffe*, do direito processual penal alemão – § 81, a, da *StPO*; *prelievo coattivo* dos arts. 224-

⁴³²QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo*, 2003, p.277.

⁴³³HUERTAS MARTÍN, María Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.273-278,

⁴³⁴LAFAYE, Wayne R. et al. *Criminal procedure*, 2009, p.414.

bis e 349 do Código de Processo Penal Italiano⁴³⁵, e *intervenciones corporales* do art. 326 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola⁴³⁶) são aquelas medidas de ingerência corporal, que resultam em lesão, ainda que de pequena monta, à integridade física⁴³⁷, porquanto demandam a extração, do corpo do sujeito passivo, de determinados elementos externos ou internos para fins de que sejam submetidos a exame pericial⁴³⁸.

Destaque-se, desde logo, que no ordenamento brasileiro ainda não há regulamentação específica do tema, o que impede, de per si, qualquer intervenção corporal coercitiva, uma vez que toda restrição no plano dos direitos fundamentais exige expressa previsão legal⁴³⁹.

Todavia, no direito comparado, vários ordenamentos disciplinam as intervenções corporais coercitivas, como é o caso da Alemanha, de Portugal, dos Estados Unidos, da Espanha, da Itália e da Inglaterra e, na América do Sul, do Chile, do Peru, da Colômbia, da Argentina e do Equador. O estudo da matéria exige, portanto, uma incursão nos sistemas processuais alienígenas, no escopo de se buscarem alternativas, de *lege ferenda*, para o direito processual penal brasileiro.

Por certo que, pela via das intervenções corporais, restringe-se o plano de proteção da garantia contra a autoincriminação, na medida em que o investigado se converte em objeto de prova, inclusive contra seus próprios interesses processuais. Contudo, não há mais como dar as costas para o tema, na medida em que a evolução científica e a modificação da vida em sociedade não podem ser desconsideradas no campo do processo penal.

Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano⁴⁴⁰ define as intervenções corporais como sendo:

⁴³⁵CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*, 2009, p.343.

⁴³⁶GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*. Madri: Colex, 2010, p.251-252.

⁴³⁷HUERTAS MARTÍN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.372.

⁴³⁸ETXEBERRÍA GURIDI, J. F. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.61.

⁴³⁹LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 2007, p.595. No mesmo sentido: HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, 2005, p.329.

⁴⁴⁰*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1999, p.290. (Tradução livre).

[...] as medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obter seu consentimento, e por meio da coação direta se for preciso, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam de interesse para o processo, em relação com as condições do estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos nele escondidos.

O conceito é, contudo, demasiadamente amplo, na medida em que permite a inclusão das inspeções corporais, dos registros e das buscas, as quais não acarretam qualquer dano à integridade física do sujeito passivo.

Mais exato e restrito é o conceito fornecido por Teresa Armenta Deu⁴⁴¹:

Atuações, classificadas como intervenções corporais, consistentes na extração do corpo de determinados elementos externos ou internos para ser submetidos a exame pericial (como as análises de sangue, urina ou pelos) ou em sua exposição a radiações (raios X), que, com objeto também de averiguar determinadas circunstâncias relativas à comissão do fato punível implicam em lesão ou menoscabo do corpo.

No mesmo rumo, e valendo-se do critério distintivo centrado na extração de material orgânico do corpo humano, as definições de Vicente Gimeno Sendra⁴⁴² e de José Maria Ascencio Mellado⁴⁴³.

O conceito de intervenção corporal, como já se viu, não é pacífico, havendo autores que sustentam que os registros corporais realizados sobre os orifícios naturais do corpo humano também se inserem no gênero das intervenções corporais, exigindo-se a observância de seus requisitos mais concentrados. É a posição, por exemplo, de José Francisco Etxeberria Guridi⁴⁴⁴, o qual pondera que a extração de um objeto do reto apresenta o mesmo risco de lesão do que uma punção na veia.

Parece razoável que, sempre que houver um risco real de lesão à integridade física, a medida se assujeite ao regime legal mais concentrado, previsto para as intervenções corporais, especialmente no que toca ao controle jurisdicional.

⁴⁴¹ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p.151.

⁴⁴²GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*, 2010, p.250.

⁴⁴³ASENCIO MELLADO, José Maria. *derecho procesal penal*, 2010, p.169.

⁴⁴⁴*Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.64.

Quanto à natureza jurídica das intervenções corporais, o tema também não é pacífico.

Conforme Guridi⁴⁴⁵, há quem as classifique como medidas cautelares (López-Puigcerver Viada e Alonso Aragoneses), e quem as considere como diligências coercitivas de investigação, com a natureza de prova antecipada ou de atos assecuratórios de prova (Gimeno Sendra).

Para efeitos desta pesquisa, as intervenções corporais são consideradas como diligências coercitivas de investigação, diretas ou indiretas, realizadas, em regra, antecipadamente, na fase inquisitorial, com a finalidade de conhecimento de fatos relevantes para o esclarecimento do delito e da sua autoria.

Serão elas diretas quando se esgotarem em si mesmas, fornecendo dados suficientes para o esclarecimento do fato delituoso, e indiretas quando não aportarem por si mesmas informações úteis, mas constituírem um passo prévio para outras provas complementares (como ocorre, *verbi gratia*, com o exame de DNA e os testes de alcoolemia).

São classificadas como intervenções corporais coercitivas uma vez que afetam vários direitos fundamentais, tais como a intimidade, a integridade física, a liberdade ambulatoria, dentre outros, não demandando consentimento do sujeito passivo.

Por fim, é oportuno apontar o caráter de prova antecipada ou de assecuramento da prova, na medida em que as diligências realizadas não serão repetidas em juízo. Isso se dá ou porque a repetição seria impossível (teste de alcoolemia, por exemplo), ou porque se revelaria inconveniente, ainda que possível (nova extração de sangue ou outras amostras genéticas para exame de DNA; nova inspeção no corpo da vítima ou do réu, etc).

Conforme já se anotou alhures, em vários ordenamentos, inclusive sul-americanos, as intervenções corporais são disciplinadas legislativamente e, portanto, autorizadas, inclusive aquelas que demandam o emprego de *vis compulsiva* para a submissão do sujeito passivo, em caso de recalcitrância.

⁴⁴⁵ETXEBERRÍA GURIDI, J. F. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p. 67/89.

Cumpra agora investigar este importante meio de prova, notadamente: quais são os direitos fundamentais afetados pela medida; quem deve suportar a intervenção corporal (sujeito passivo); a possibilidade de coerção do sujeito passivo e as alternativas diante da recusa.

Necessário, em especial, analisar a aplicação das intervenções corporais à luz dos princípios da não-autoincriminação e da proporcionalidade.

Imprescindível, por fim, aferir a eficiência dos exames de DNA àquelas vinculados, enfrentando-se seus problemas, suas técnicas e seus limites de extensão.

3.1.2.1 Direitos Fundamentais Afetados pelas Intervenções Corporais

Uma vez que as intervenções corporais e os exames de DNA dela decorrentes pressupõem graves intromissões na esfera mais íntima do indivíduo, ou seja, em seu próprio corpo⁴⁴⁶, não há dúvidas de que restringem direitos fundamentais consagrados no texto constitucional⁴⁴⁷.

Dentre tais direitos, sobleva indicar a intimidade, a dignidade da pessoa humana, a integridade física, a liberdade⁴⁴⁸, a autodeterminação informativa e a proteção contra a autoincriminação (em seu plano principiológico) exigindo-se, bem por isto, previsão legal e controle jurisdicional⁴⁴⁹.

Estabelecidas tais premissas fundamentais, passa-se a fazer alguns apontamentos sobre cada um dos direitos fundamentais restringidos pelas intervenções corporais, não se descurando da idéia central, aqui já repercutida, acerca da possibilidade de imposição de limites àqueles direitos,

⁴⁴⁶HUERTAS MARTÍN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.373.

⁴⁴⁷GIL HERNÁNDEZ, Ángel. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, 1995, p.45.

⁴⁴⁸VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e “test” del DNA. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, 1996, p.1026.

⁴⁴⁹ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*. Granada: Comares, 2000, p.21-22.

preservando-se seu conteúdo essencial e, em essência, a intangibilidade da dignidade da pessoa humana (*Unantastbarkeit der Menschenwürde*)⁴⁵⁰.

3.1.2.1.1 O Direito à Intimidade

Antes de se ingressar na espinhosa definição do direito à intimidade, convém registrar sua positivação nos principais tratados internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, de 1966 (art.17), a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (art.12) a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art.11-2), e a Convenção Européia de Direitos Humanos (art.8º).

O direito à intimidade possui, também, assento constitucional, encontrando-se elencado no artigo 5º, X, da Constituição Federal Brasileira.

Mas o que vem a ser o direito à intimidade?

Em sua primeira concepção, o direito à intimidade foi compreendido como o direito de estar só, *right to be alone*, na expressão alcunhada por Samuel Warren, no final do século XVIII⁴⁵¹.

Atualmente, apontam-se, ao menos, três dimensões do direito à intimidade, a saber: a *privacidade da esfera íntima*, em que se incluem as faculdades de exclusão de terceiros, tais como os segredos documentais, os direitos relativos à liberdade sexual e à intimidade corporal, dentre outros; a privacidade correlata à liberdade política, onde se inserem as liberdades religiosa, de associação, de sindicalização, etc; e a liberdade pessoal enquanto proteção do cidadão frente ao estado, consubstanciada nas garantias relativas ao domicílio, correspondência, comunicações telefônicas, integridade física, etc⁴⁵².

⁴⁵⁰ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.81.

⁴⁵¹WARREN, Samuel. The right to privacy, *Harvard Law Review*, Cambridge, The Harvard Law Review Association, v. 5, 1890, p.193.

⁴⁵²GIL HERNÁNDEZ, Ángel. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, 1995, p.46.

Interessa-nos, no momento, a intimidade corporal, face à sua evidente relação com o tema das intervenções corporais e da proteção contra a autoincriminação.

Um dos critérios mais difundidos para a delimitação do espectro de proteção normativo do direito à intimidade vem a ser o sentimento de recato ou pudor, perfilhado, *verbi gratia*, pelo Tribunal Constitucional Espanhol na conhecida *STC (Sentenza Corte Constitucional) 37/1989*⁴⁵³.

Toma-se por premissa que a intimidade não se estende a toda a realidade física do corpo humano, uma vez que seu conceito é construído culturalmente, vinculando-se a determinadas partes onde incide o sentimento de recato ou pudor. Assim, a intimidade seria predicável somente daquelas partes especialmente reservadas pelo pudor e recato⁴⁵⁴.

Não há dúvidas, por exemplo, de que uma inspeção vaginal ou anal afeta o direito à intimidade no presente momento histórico e cultural.

Porém, a vinculação da intimidade corporal com o sentimento de recato já não parece suficiente na contemporaneidade⁴⁵⁵, deixando desguarnecido o direito frente a novos meios de prova, como as perícias de DNA, por exemplo, que se realizam a partir de amostras de sangue e tecido.

Bem por isso, a Comissão Europeia de Direitos Humanos, nas suas Decisões 8239/1978, de 04 de dezembro de 1978, e 8278/1978, de 13 de dezembro de 1979, referentes a análises de sangue, proclamou que toda intervenção médica compulsiva implica uma intromissão no direito ao respeito à vida privada⁴⁵⁶.

Com efeito, a evolução científica e os novos métodos de investigação policial implicam, por um lado, na necessidade de se reforçar a proteção do direito à intimidade e, por outro, na necessidade de delimitação de tal direito, autorizando-se medidas que inegavelmente lhe afetam, como as

⁴⁵³HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.381.

⁴⁵⁴ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba em el proceso Penal*, 1999, p.508.

⁴⁵⁵HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prova*, 1999, p.381.

⁴⁵⁶Idem, op. cit., p.382.

intervenções corporais de que ora se cuida e, notadamente, os exames de DNA delas decorrentes.

Tanto as intervenções mínimas, como cortes de pelo e extração sanguínea, até as mais intensas ou invasivas, como se verifica nos registros anais ou vaginais, podem resultar em restrições do direito à intimidade⁴⁵⁷.

Bem por isso, há de se observar, estritamente, o princípio da proporcionalidade, especialmente em sua vertente da necessidade, buscando-se a medida menos gravosa para o direito fundamental, e que seja apta para o alcance da finalidade almejada.

Por conseguinte, deve-se dar preferência a uma inspeção corporal em relação a um exame radiológico, caso ambos sejam aptos para o alcance do fim proposto (subprincípio da necessidade ou intervenção mínima).

O Tribunal Constitucional Espanhol proferiu diversas sentenças reconhecendo a legitimidade de afetação do direito à intimidade para que se atendam os interesses constitucionalmente relevantes, desde que observado o princípio da proporcionalidade, e sob controle judicial. A autorização judicial só é excepcionada em casos de comprovada necessidade, conforme se vê, *verbi gratia*, na STC 37/1989, e na STC 142/1993⁴⁵⁸.

Na STC 206/2007 ⁴⁵⁹, o citado Tribunal Constitucional apreciou um caso em que a polícia solicitou ao hospital amostras de sangue colhidas do investigado, após um acidente automobilístico, no sentido de que fosse realizado teste de alcoolemia. Não houve autorização judicial para o exame, porém as amostras não haviam sido extraídas para fins periciais, senão terapêuticos, tendo sido apenas aproveitadas para a realização do teste de alcoolemia, ainda que sem a anuência do acusado. Após ser condenado em primeira e segunda instância, pelo delito de condução de veículo em estado de embriaguez, o acusado interpôs recurso de amparo perante a Corte Constitucional.

⁴⁵⁷GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, p.301.

⁴⁵⁸HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.381.

⁴⁵⁹Julgado disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 15/10/2010.

No julgamento, a Corte decidiu que o exame das amostras não resistiu aos requisitos constitucionais, na medida em que foi realizado, desnecessariamente, sem autorização judicial e sem a observância do princípio da proporcionalidade (já que existiam outras provas que atestavam o estado de embriaguez do investigado). Entendeu, portanto, o Tribunal Constitucional, que o exame violou o direito à intimidade, assegurado no artigo 18 da Constituição Espanhola.

De qualquer modo, como todo e qualquer direito fundamental, o direito à intimidade, em um Estado Social e Democrático de Direito, não é absoluto, podendo ser restringido para a defesa de importantes direitos coletivos⁴⁶⁰, como já ocorre, *verbi gratia*, com as buscas domiciliares e as interceptações de comunicações telefônicas – que afetam a intimidade no sentido da privacidade da esfera íntima - sem maiores sobressaltos da doutrina e da jurisprudência.

3.1.2.1.2 Dignidade da Pessoa Humana

Nada obstante a dificuldade em sua conceituação, a dignidade da pessoa humana pode ser entendida como um valor moral inerente à própria pessoa, que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, trazendo consigo a pretensão de respeito por parte dos demais⁴⁶¹.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado⁴⁶²”.

O conceito de dignidade não é, na verdade, jurídico e nem político, senão essencialmente uma construção filosófica para expressar o valor intrínseco da pessoa, derivado de uma série de categorias de identificação, que a fazem única e irrepetível. Trata-se de um dever-ser fundante, que

⁴⁶⁰HUERTAS MARTÍN, Maria Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.381.

⁴⁶¹GIL HERNÁNDEZ, Ángel. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, 1995, p.49.

⁴⁶²SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2009, p.100-101.

explica a ética política e jurídica, consistindo, ao mesmo tempo, em ponto de partida e de chegada⁴⁶³.

Na perspectiva ético-racionalista do pensamento kantiano, a dignidade da pessoa humana, fulcrada na autonomia (capacidade de eleger as próprias normas), consiste na consideração do homem como fim em si mesmo, vedando-se sua *coisificação*.

Neste sentido, na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant apresenta máximas da razão pura prática que consistem em imperativos categóricos, interessando, em especial, a seguinte: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca simplesmente como meio”⁴⁶⁴.

Extraí-se, daí, a partir de um conceito *a priori*, que o homem, enquanto ser racional, é um fim em si mesmo, não podendo ser coisificado ou instrumentalizado⁴⁶⁵.

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁶⁶ anota que, ao tomar a decisão de elencar, no título dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (art.1º, III, da Constituição Federal), a dignidade da pessoa humana, o constituinte reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

No âmbito do processo penal, a dignidade da pessoa humana representa um importante escudo contra tratamentos desumanos ou degradantes, como se verifica, por exemplo, no emprego da tortura; na utilização do polígrafo ou *lie detector*, e na aplicação do vexatório “teste falométrico”, destinado à medição da reação do pênis a um estímulo sexual pela via de um eretômetro⁴⁶⁷.

⁴⁶³PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson, 2003, p.68.

⁴⁶⁴KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, 2006, p.56.

⁴⁶⁵SALGADO, Joaquim. *A idéia da justiça em Kant*. Belo Horizonte: UFMG, 1986, p.251,

⁴⁶⁶A eficácia dos direitos fundamentais, 2009, p.98.

⁴⁶⁷GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Proceso Penal*, 1990, p.298.

Tais meios probatórios atingem a autonomia ética da personalidade humana⁴⁶⁸, vulnerando a dignidade da pessoa enquanto ser livre e racional e, por isto, são totalmente inadmissíveis no processo penal democrático⁴⁶⁹.

Tomando-se por base precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, é possível predicar como desumana a medida que acarrete sofrimentos de especial intensidade e como degradante aquela que provoque humilhação ou significativa sensação de menoscabo⁴⁷⁰.

Porém, fora de tais situações inquestionavelmente ofensivas à dignidade, é preciso compreender que, mesmo para Kant, o exercício da liberdade de cada um deve se compatibilizar com o exercício da liberdade dos demais, legitimando-se uma limitação, igual para todos, no sentido de se viabilizar a vida em comum dos seres que são fins em si mesmos⁴⁷¹.

Aliás, a sociabilidade, a relação com o outro, é o que torna concreta e real a dignidade humana⁴⁷², cuja experiência não seria viável isoladamente, como na fictícia ilha de Robson Crusoé. É dizer, o indivíduo necessita da comunidade para se desenvolver eticamente, o que implica em aceitação de limites aos direitos individuais, em nome dos interesses comunitários⁴⁷³.

Assim, não se compreende afetada a dignidade da pessoa humana pela realização de determinadas intervenções corporais, como a coleta de ínfima quantidade de sangue, de alguns fios de cabelo ou de um pedaço de unha para fins de realização de exame de DNA.

Como adverte, escorreitamente, Carlos Henrique Borlido Haddad⁴⁷⁴, não se concebe possa o acusado ser privado de sua liberdade no processo, ter sua vida monitorada por interceptações telefônicas, ser conduzido coercitivamente para a audiência, ter seu sigilo bancário quebrado, ser submetido a reconhecimento pessoal, ser condenado a longa pena privativa

⁴⁶⁸CHIAVARIO, Mario. Limites em matière de preuve dans la nouvelle procédure pénale italienne, 1992, p.31.

⁴⁶⁹DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, 2004, p.459.

⁴⁷⁰GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, p.298.

⁴⁷¹SALGADO, Joaquim. *A idéia da justiça em Kant*, 1986, p.251.

⁴⁷²PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, 2003, p.71.

⁴⁷³HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 2003, p.47.

⁴⁷⁴Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação, 2005, p.314.

de liberdade, mas não se possa dele extrair pequena quantia de saliva ou um fio de cabelo sem que consinta.

Trata-se de limites plenamente aceitáveis, impostos pela vida em sociedade, no escopo de se proteger direitos fundamentais individuais e coletivos tutelados pelo Direito Penal e afetados pelo delito. Caso contrário, ausentes os limites, ao invés da liberdade, predominariam o arbítrio e a força; no lugar do ordenamento jurídico, inspirador da unidade social, haveria desintegração e anarquia⁴⁷⁵.

De toda sorte, é importante repisar, a regulação legal das intervenções corporais, assim como sua execução, não pode implicar, em nenhum caso, na degradação da dignidade humana ou em riscos para a saúde do sujeito passivo, sob pena de evidente inconstitucionalidade da medida⁴⁷⁶.

A eficiência na atuação do *jus puniendi*, para a tutela dos bens protegidos penalmente, não prescinde de um processo penal alinhado aos avanços tecnológicos, que empregue técnicas redutoras das margens de erro, desde que respeitada, em sua concretude, a dignidade pessoal do acusado.

Não se admite, em nome de um conceito abstrato e superficial de dignidade da pessoa humana, não consentâneo com o modelo de Estado Social, e ainda filosoficamente equivocado, o engessamento do processo.

É preciso enfrentar, de fato, a questão dos novos meios de prova à luz da dignidade pessoal (verdadeiro guia interpretativo), sem que se absolutizem os direitos individuais e, a um só tempo, sem que estes sejam atingidos em seu conteúdo essencial.

3.1.2.1.3 Direito à Integridade Física e Moral

Não há dúvidas de que as intervenções corporais podem atingir a integridade física do sujeito passivo, ainda que o façam sem danos à sua saúde, por meio da adoção das medidas sanitárias pertinentes.

⁴⁷⁵HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 2003, p.176.

⁴⁷⁶GIL HERNÁNDEZ, Ángel. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, 1995, p.49.

E a integridade física também é um direito fundamental, resguardado em sede constitucional (art.5º, XLIX da Constituição Federal).

Destaque-se que, em determinado sentido, a integridade física chega mesmo a consistir em um direito absoluto. Isso se dá, por exemplo, no que toca à vedação da tortura e do tratamento desumano⁴⁷⁷, aos quais já se referiu inúmeras vezes no curso desta dissertação.

Por outras palavras, ainda que determinado “método” de tortura não resulte em danos à saúde, mas provoque intenso padecimento físico ou psíquico, sua adoção resta de todo proibida pelo texto constitucional (art.5º, III, da Constituição Federal), configurando sua prática, inclusive delito (Lei 9.455/97).

Não se deve, com isso, concluir que o direito à integridade física e moral se resuma à proteção contra tratos desumanos ou degradantes.

As lesões à incolumidade física, ainda que de pequeníssima monta - como se verifica na extração de mostras corporais para exame de DNA -, implicam, sim, em restrição ao direito fundamental⁴⁷⁸.

Cumpre aferir, portanto, em que medida, e sob quais condições, as restrições devem ser consideradas legítimas.

De pronto, toda a classe de intervenção corporal que acarrete riscos para a saúde, há de ser taxada de inadmissível⁴⁷⁹. As intervenções cirúrgicas, destinadas a extrair objetos do estômago do sujeito passivo; o emprego de vomitivos; a extração de líquido cefalorraquídeo, dentre outras medidas similares se revelam sempre arriscadas, não se coadunando com o princípio da proporcionalidade em seu sentido estrito, uma vez que se verifica um desequilíbrio entre os meios e os fins.

No tocante à extração de sangue, urina, ou tecidos corporais, que não acarretam danos à saúde, nem tampouco atinjam, de forma significativa, a integridade física, há de se considerar que tal direito pode ser restringido, *prima facie*, legitimamente.

⁴⁷⁷ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba em el proceso penal*, 1999, p.497.

⁴⁷⁸ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las Intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba em el proceso penal*, 1999, p.499.

⁴⁷⁹Idem, op. cit., p.499-500.

Oportuno destacar que a doutrina alemã - que serviu de inspiração para a regulamentação do tema em vários ordenamentos europeus, tais como o espanhol e o italiano, *verbi gratia* - classifica toda e qualquer ingerência na incolumidade física como sendo uma verdadeira intervenção corporal (*körperliche Eingriffe*), sujeitando-a ao controle jurisdicional, e apartando-a das meras investigações corporais sensíveis (*einfache körperliche Untersuchung*), que não implicam em nenhuma afetação da incolumidade corporal, restringindo-se a meros registros e inspeções, dispensando autorização judicial⁴⁸⁰.

Protegida, como o é, a incolumidade física, a restrição só será aceitável desde que prevista em lei, seja obsequiosa ao princípio da proporcionalidade em suas três vertentes, e seja submetida ao controle jurisdicional.

Nesse sentido a advertência de Peter J. P. Tak e Gertrud A. Van Eikema Hommes⁴⁸¹, ao se referirem ao tratamento do tema nos países europeus, observando que a liberdade individual e a integridade física restam afetadas pelas intervenções corporais, que, por isso, devem ser previstas pelo legislador.

No Brasil, conforme já se destacou, a ausência de regulamentação legal consiste, hoje, em obstáculo intransponível para a realização de qualquer intervenção corporal que acarrete impactos na incolumidade física⁴⁸².

Contudo, vindo a lei, e observados os requisitos destacados supra, não se verifica, *prima facie*, qualquer violação ao direito fundamental⁴⁸³, que comporta restrições para a tutela de outros direitos fundamentais coletivos, também caros ao Estado Social.

⁴⁸⁰ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las Intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba em el proceso penal*, 1999, p.504.

⁴⁸¹Le test ADN et la procédure pénale en Europe. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, Daloz, out-dez - 1993, p.679-693.

⁴⁸²QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*, 2003, p.365-366.

⁴⁸³ASENCIO MELLADO, José Maria. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, 2008, p.220. O autor se refere especificamente ao artigo 15 da Constituição Espanhola, que tem por objeto o direito à integridade física.

3.1.2.1.4 Direito à Liberdade

O direito à liberdade, também resguardado em sede constitucional (art.5º, caput e inciso XV, da Constituição Federal), não é absoluto, antes pressupondo, seu exercício, a existência da organização social, com seus respectivos limites.

O indivíduo se insere em um contexto social, no qual é protegido pelas normas jurídicas postas, o que possibilita o efetivo exercício da liberdade.

No âmbito de um Estado Social de Direito, a pretensão de liberdade do indivíduo e a proteção da comunidade são exigências igualmente legítimas⁴⁸⁴.

Não há dúvidas de que, em certo aspecto, o direito de liberdade se vê restringido pela execução das intervenções corporais⁴⁸⁵, especialmente naquelas situações em que o sujeito passivo se oponha à realização da medida⁴⁸⁶. Neste sentido, pronunciou-se a Corte Constitucional Italiana, na paradigmática *Sentenza* n.238/96, decidindo pela necessidade de previsão legal para a realização de intervenção corporal coercitiva, exatamente em razão da restrição da liberdade pessoal do sujeito passivo⁴⁸⁷.

A manutenção do sujeito passivo em um determinado local, enquanto a medida se executa, ou seu transporte para um nosocômio, para a coleta de sangue, pode implicar em uma restrição da liberdade ambulatoria por intervalo juridicamente relevante⁴⁸⁸. Isso, porém, não deslegitima, de *per si*, as intervenções corporais coercitivas.

A legislação processual penal brasileira permite, à guiza de exemplo, a condução coercitiva do acusado, da vítima ou da testemunha, para a

⁴⁸⁴HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 2003, p.47.

⁴⁸⁵HUERTAS MARTÍN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.379.

⁴⁸⁶ASENCIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, 2008, p.216.

⁴⁸⁷VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e “test” del DNA. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, p.1033-1034.

⁴⁸⁸ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.493.

participação da audiência de instrução, em caso de recalcitrância no comparecimento (art. 218 do Código de Processo Penal).

No direito comparado, o artigo 323 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* Espanhola, *verbi gratia*, habilita a restrição da liberdade para fins de realização da intervenção corporal. No mesmo sentido o § 81,a, da *StPO* Alemã.

A Comissão Européia de Direitos Humanos, em sua Decisão 8278/1978, de 13 de dezembro de 1979, reconheceu que a privação da liberdade para fins de realização de teste de alcoolemia afeta o direito fundamental. Contudo, decidiu que a privação se encontra justificada, no sentido de que consubstancia o cumprimento de uma obrigação legal⁴⁸⁹.

O que se verifica é que a privação momentânea da liberdade instrumentaliza a realização da intervenção corporal, sendo admitida em vários ordenamentos alienígenas.

Isso se dá porque o conteúdo essencial do direito de liberdade não resta violado pela restrição momentânea de seu exercício.

A liberdade jusfundamental, assim, não é uma liberdade para a arbitrariedade; ao contrário é uma liberdade cujo correlato vem constituído pela responsabilidade.

Impende reforçar, aqui, com apoio de Peter Häberle⁴⁹⁰, que o conceito de liberdade ora trabalhado afasta-se do conceito jusnaturalista, para o qual existiria uma liberdade *fora* do Estado, em uma forma bruta ou ilimitada, atuando, o Direito, como algo essencialmente restritivo ou limitador. Ao contrário, tem-se que, para além de limitar, o Direito verdadeiramente conforma a liberdade, que só existe no âmbito do ordenamento jurídico, sem o qual seu exercício seria impossível faticamente.

Oportuno ressaltar, contudo, que a lei deve regular a duração da privação da liberdade, que há de ser o tempo estritamente necessário para a

⁴⁸⁹HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.379.

⁴⁹⁰HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 2003, p.136.

execução da intervenção corporal⁴⁹¹, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade, especialmente em sua componente da necessidade.

Portanto, ainda que se admita a restrição ao direito de liberdade, momentaneamente, para a execução da intervenção corporal, tal restrição não atinge o núcleo essencial do direito fundamental, afigurando-se legítima, desde que haja regulação legal⁴⁹² e observância estrita do princípio da proporcionalidade.

3.1.2.1.5 Direito à Não Autoincriminação

O estudo do desenvolvimento histórico do *privilege against self-incrimination*, realizado no capítulo I, especialmente de sua efetiva implementação, nos séculos XVIII e XIX, indica que a proteção teve por objetivo central tutelar as comunicações verbais do acusado, de natureza testemunhal, em oposição aos métodos inquisitoriais de extorsão da confissão⁴⁹³.

A tendência, atualmente, seja na Europa, seja nos Estados Unidos, é de se restringir a proteção aos seus limites originais, aceitando-se a produção de provas que demandem mero comportamento passivo do acusado⁴⁹⁴, como ocorre em várias modalidades de intervenções corporais⁴⁹⁵.

Admite-se, em essência, que o acusado possa ser tratado como objeto de prova sem que, por isto, perca sua qualidade de sujeito processual⁴⁹⁶.

Este entendimento preserva o núcleo essencial da garantia, no nível da regra, na medida em que se proscreve qualquer exigência de comunicação de

⁴⁹¹HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, 379.

⁴⁹²Idem, op. cit., p.379. No mesmo sentido, ASENSIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituída en el proceso penal*, 2008, p.222, ao comentar a ausência de disciplina legal da matéria, à época, da legislação espanhola.

⁴⁹³DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, 2004, p.436.

⁴⁹⁴GÖSSEL, Karl-Heinz. Las Investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal. *Revista del Ministerio Fiscal*, num. 3, 1996, p.154-155.

⁴⁹⁵ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.516,

⁴⁹⁶ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, 2007, p.98.

conteúdo testemunhal do réu⁴⁹⁷, resguardando-se sua autonomia intelectual e seu direito de manter-se em silêncio, corolários do processo acusatório⁴⁹⁸.

Contudo, a um só tempo, evita-se a hipertrofia da garantia⁴⁹⁹, delimitando-se, no nível do princípio (direito, *prima facie*, de não cooperar), seu plano de extensão normativo.

Legitimam-se, assim, as intervenções corporais coercitivas que demandem mero comportamento passivo do réu⁵⁰⁰, bem como outras diligências necessárias para o esclarecimento do fato, como a sujeição ao reconhecimento pessoal e a tomada de impressões digitais para a identificação datiloscópica.

Defendendo a natureza principiológica do *nemo tenetur* nos ordenamentos europeus e, por conseguinte, a possibilidade de limitações, se posicionam Peter J. P. Tak e Gertrud A. van Eikema Hommes⁵⁰¹, reforçando que inexistem princípios absolutos.

Neste sentido, há um importante julgado do Tribunal Constitucional Espanhol, a saber, a STC 103/1985, de 04 de outubro de 1985, no qual se sustentou que a utilização do corpo do acusado para fins de prova pericial não viola a garantia contra a autoincriminação, uma vez que não se obriga o sujeito passivo a emitir uma declaração acerca de sua culpabilidade, senão a tolerar que se lhe faça objeto de uma modalidade especial de perícia, cujo resultado pode ser favorável ou desfavorável aos seus interesses processuais⁵⁰².

No mesmo rumo, a Decisão 8239/1978, da Comissão Europeia de Direitos Humanos, considerando-se que o exame de sangue tanto pode

⁴⁹⁷BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*, 2003, p.137.

⁴⁹⁸DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, 2004, p.436.

⁴⁹⁹HUERTAS MARTÍN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.387.

⁵⁰⁰ASENCIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, 2008, p.227.

⁵⁰¹Le test ADN et la procédure pénale en Europe. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, out-dez - 1993, p.679-693.

⁵⁰²ASENCIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, 2008, p.227.

conduzir à condenação como à absolvição, não ferindo a proteção contra a autoincriminação, nem tampouco a presunção de inocência⁵⁰³.

As soluções apresentadas pelo direito comparado, sobretudo referendadas por importantes Cortes Constitucionais (como a italiana, a espanhola, a estadunidense e a alemã) e pela própria Comissão Européia de Direitos Humanos, podem trazer novas luzes para o tratamento do tormentoso tema no Brasil, onde a doutrina e, especialmente, a jurisprudência ainda o enfrentam de forma tímida. Por conveniência metodológica, pede-se vênua para seu aprofundamento nos tópicos subseqüentes.

3.1.2.2 Sujeito Passivo das Intervenções Corporais

O sujeito passivo, em linhas gerais, é aquele que suporta a intervenção corporal. Nesta perspectiva subjetiva, verifica-se a referência, nos conceitos repercutidos alhures, a “pessoas”, o que amplia, para além do investigado, o rol dos possíveis sujeitos passivos das intervenções corporais.

Com efeito, os vestígios do crime podem se encontrar não só no corpo do acusado/suspeito, como também no corpo da vítima ou de terceiros que estiveram presentes no momento de sua prática, justificando-se, a princípio, a realização de intervenções corporais em relação a tais pessoas, com as matizações e cautelas necessárias⁵⁰⁴.

Obviamente, sendo imperioso resguardar os direitos fundamentais do suspeito do crime, tal preocupação é ainda mais intensa no que se refere à vítima e a terceiros, que estarão sendo submetidos às intervenções.

Além disso, devem ser evitadas, face à sua flagrante ilegitimidade à luz dos mais caros princípios democráticos, as denominadas *fishing expeditions*, por meio das quais se realizam intervenções corporais genéricas, em um grande número de pessoas, independentemente da existência de quaisquer indícios de vinculação com o crime.

⁵⁰³ASENCIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, 2008, p.227.

⁵⁰⁴ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.32.

Assim, de todo inadmissível submeter os moradores de um determinado local à coleta de material genético, como já ocorreu na Inglaterra⁵⁰⁵, na França e na Alemanha⁵⁰⁶. Em situações que tais, se verifica frontal violação do princípio da proporcionalidade, mais precisamente em seu componente da idoneidade do meio⁵⁰⁷, já analisado alhures.

De qualquer modo, pontua-se, neste momento, que as intervenções corporais não têm por sujeito passivo exclusivo o suspeito do delito, podendo recair sobre terceiros, como se dá, por exemplo, na Alemanha, por força da autorização do § 81, c, 2, da *StPO*, particularmente no tocante à extração de sangue para a comprovação da filiação⁵⁰⁸.

3.1.2.2.1 Possibilidade de Coerção diante da Recusa do Sujeito Passivo: Opções Legislativas Distintas

A possibilidade do emprego de coerção direta para a realização das intervenções corporais consiste no cerne do problema deste meio de prova, especialmente porque suscita debates acalorados acerca da incidência da garantia do *nemo prodere se ipsum* ou do *privilege against self incrimination*.

Não há, anote-se desde logo, oposição alguma no tocante à realização da intervenção corporal com a anuência do inculpado, na medida em que o conteúdo da autodefesa é disponível⁵⁰⁹.

Contudo, no tocante ao emprego da coerção direta sobre o sujeito passivo, para a efetivação da intervenção corporal não consentida, verifica-se um tema de debate acirrado, havendo autores que a consideram violadora da

⁵⁰⁵Na Inglaterra, já ocorreu a intimação de moradores de um bairro inteiro de Londres para que fornecessem amostras de sangue para exame de DNA, no âmbito da investigação de dois delitos de homicídio, praticados contra duas adolescentes. Cf. LEE, Henry C.; TIRNADY, Frank. *Blood Evidence: How the DNA is revolutionizing the way we solve crimes*. Londres: Perseus Publishing, 2003, p.1.

⁵⁰⁶ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.33.

⁵⁰⁷GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, p.179.

⁵⁰⁸Idem, op. cit., p.293.

⁵⁰⁹LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 2007, p.593.

garantia contra a autoincriminação, bem como da própria dignidade da pessoa humana.

Há ordenamentos que admitem expressamente o emprego de coerção direta (Alemanha, Portugal, Espanha, Itália, Inglaterra, Estados Unidos, Chile, Colômbia, Peru e Argentina) e outros em sentido oposto, trabalhando com a imposição de sanções autônomas diante da recusa do sujeito passivo, ou legitimando inferências contrárias ao acusado que obstrui a coleta da prova (Inglaterra e Uruguai)⁵¹⁰.

Cumprido, pois, investigar o tratamento da questão no direito comparado, para fins de que se possa extrair algumas conclusões e assumir posição sobre a intrincada questão, ao final.

Opta-se pela separação entre os sistemas de tradição jurídica continental (*civil law*) e de direito comum (*common law*), face às destacadas diferenças metodológicas entre ambos, o que interfere para com o fundamento da admissibilidade das intervenções corporais (respectivamente, lei ou precedente).

Em síntese, pode-se dizer que, nos países de tradição jurídica romano-germânica, a jurisdição resolve casos concretos baseada na lei, sem vinculação direta a precedentes. Nestes, a regulamentação das intervenções corporais coercitivas deve encontrar fundamento na legislação, em obséquio ao princípio da legalidade estrita.

Os sistemas de direito codificado são de referência obrigatória na pesquisa, sobretudo porque é deste tipo o sistema jurídico brasileiro. Os julgados têm por fonte primária a lei, apresentando profunda fundamentação dogmática, especialmente os realizados por Cortes Constitucionais.

No *common law*, a jurisdição resolve casos concretos baseada em precedentes, isto é, em doutrinas criadas para solucionar litígios anteriores, impondo-se resultado semelhante aos casos concretos análogos julgados

⁵¹⁰ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.437.

sucessivamente. Daí também ser conhecido como direito de casos (*case law*)⁵¹¹.

O sistema consuetudinário trabalha com os casos através de elementos de fato que se repetem, denominados *standards*. O objetivo é obrigar o julgador a tratar de forma estável os elementos de fato que se repetem, no sentido de se obter a estabilidade das decisões (*stare decisis*)⁵¹². Em tal sistema, as intervenções coercitivas podem ser regulamentadas em lei, como ocorre na Inglaterra, ou ser autorizadas por força de precedentes estabilizados, como se verifica nos Estados Unidos, especialmente por força de inúmeras decisões da Suprema Corte.

Necessário, agora, aprofundar a análise, investigando-se os ordenamentos jurídicos dos países mencionados.

3.1.2.2.1 a) Na Europa: Alemanha, Espanha, Portugal e Itália

Por razões que vão desde as maiores possibilidades de acesso às fontes bibliográficas, até o reconhecido desenvolvimento da ciência processual em determinados países europeus - como a Alemanha, a Espanha a Itália e Portugal -, privilegiar-se-á o estudo da doutrina e jurisprudência destes países.

O §136 da Ordenação Processual Penal Alemã (*StPO*) consagra o princípio segundo o qual ninguém será forçado se autoincriminar, proscrevendo-se emprego de meios degradantes, cruéis e enganosos para cercear a liberdade de declaração do acusado⁵¹³.

Porém, conforme observa Roxin, tal norma não afasta a possibilidade da efetivação das intervenções corporais coercitivas previstas em lei, nas quais o acusado tenha que assumir um comportamento meramente passivo (*Duldungspflicht*)⁵¹⁴.

⁵¹¹RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.51.

⁵¹²Idem, op. cit., p.51.

⁵¹³ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, 2007, p.94.

⁵¹⁴Idem, op. cit., p.98.

Com efeito, o § 81, a, da *StPO* autoriza a utilização de coerção direta (*unmittelbarer Zwang*) sobre o imputado, para a efetivação da intervenção corporal (*körperliche Eingriffe*), obrigando-o a submeter-se às ingerências e investigações necessárias para o descobrimento do fato e para a descoberta de fontes de prova⁵¹⁵. Admitem-se coletas de amostras de sangue (*Blutproben*) e outras ingerências corporais⁵¹⁶, a serem realizados pelo médico, o qual funcionará como perito⁵¹⁷.

Nesse sentido, exige-se o comparecimento ao hospital, para fins de submissão ao exame médico, podendo, o imputado, ser conduzido coercitivamente para tanto⁵¹⁸.

Acentue-se que, em que pese o acusado não seja classificado como objeto de prova, é considerado como meio de prova (*Beweismittel*), sem perder, com isso, sua posição de sujeito processual.

Em se tratando do imputado, nada obstante haja exigência, via de regra, de autorização judicial, as medidas coercitivas podem ser determinadas pelo Ministério Público, nos casos de urgência para a preservação da fonte de prova⁵¹⁹.

Em relação aos terceiros, (vítimas ou testemunhas), a coerção direta para fins de efetivação das intervenções corporais também é admissível, demandando, contudo, autorização judicial, nos termos do § 81, c (6) da *StPO*⁵²⁰. Trata-se de hipótese de reserva judicial absoluta⁵²¹.

Ressalte-se que só se admite o emprego da coerção direta nas situações em que o acusado deva apenas tolerar a medida, assumindo

⁵¹⁵GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar, p.294, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, p.294.

⁵¹⁶GÖSSEL, Karl-Heinz. Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal. *Revista del Ministerio Fiscal*, 1996, p.149.

⁵¹⁷QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, 2003, p.281.

⁵¹⁸ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.412.

⁵¹⁹QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, 2003, p.282.

⁵²⁰ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.412.

⁵²¹MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel. La prueba del ADN em el proceso penal. *Bioética y Derecho*, 2004, p.196. No mesmo sentido: GÖSSEL, Karl-Heinz. Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal. *Revista del Ministerio Fiscal*, 1996, p.151.

conduta passiva, não se exigindo colaboração ativa⁵²², ressalvadas aquelas condutas tidas como meramente preparatórias para a execução da medida, tais como cerrar o pulso e permanecer imóvel para a extração de sangue.

Não está, portanto, o acusado obrigado a realizar atividades como caminhar para comprovar o estado de equilíbrio, flexionar os joelhos, ingerir contraste para exame radioscópico, *etc.*

Na Espanha, a possibilidade de coleta de amostras através das intervenções corporais, para a prática de análises de DNA, foi introduzida no ordenamento pela *Ley Orgánica* 15/2003, que reformou a *Ley de Enjuiciamiento Criminal*⁵²³.

Oportuno transcrever os artigos 326 e 363 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, onde a questão é atualmente disciplinada:

Artigo 326: Quando se puser de manifesto a existênncia de impressões ou vestígios cuja análise biológica puder contribuir ao esclarecimento do fato investigado, o Juiz de Instrução adotará ou ordenará à Polícia Judiciária ou ao Médico Forense que adote as medidas necessárias para que o recolhimento, custódia e exame daquelas mostras se verifique em condições que garantam sua autenticidade, sem prejuízo do estabelecido no art. 282. (trad. livre)

Artigo 363: empre que concorram acreditadas razões que o justifiquem, o Juiz de Instrução poderá acordar, em resolução motivada, a obtenção de mostras biológicas do suspeito que resultem indispensáveis para a determinação de seu perfil de DNA. A tal fim, poderá decidir a práctica daqueles atos de inspeção, reconhecimento ou intervenção corporal que resultem adequados aos princípios de proporcionalidade e razoabilidade. (trad. livre)

⁵²²GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, p.294

⁵²³REVERÓN PALENZUELA, Benito. La nueva Ley Organica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, Universidad de Deusto, n.29, 2008, p.68.

Anteriormente à reforma, a doutrina vinha sustentando, como na Itália, a impossibilidade de execução coercitiva da intervenção corporal⁵²⁴, sob o argumento de que toda restrição que recaia sobre os direitos fundamentais (como a integridade física e a intimidade, por exemplo) exige previsão legal expressa⁵²⁵. Neste sentido, manifestou-se também o Tribunal Constitucional, na *STC 207/1996* - considerada um *leading case* acerca da matéria - decidindo-se que há necessidade de previsão legal específica para as medidas que suponham uma ingerência nos direitos à intimidade e à integridade física⁵²⁶.

Suprida, em 2003, a necessidade de regulamentação legal, importa assinalar que a doutrina espanhola também apregoa que a legitimação da intervenção corporal coercitiva pressupõe autorização judicial devidamente fundamentada, como requisito extrínseco da medida⁵²⁷. Nada obstante recomendações de parte da doutrina⁵²⁸, não houve previsão de autorização da medida pelo Ministério Público nos casos de urgência. A doutrina também tem considerado insuficiente a reforma, por não disciplinar, expressamente, o emprego da coação física em caso de recusa do sujeito passivo⁵²⁹, bem como por tratar exclusivamente da coleta de DNA, não sendo prevista a intervenção corporal para fins de medição de taxas de alcoolemia através de exame hematológico⁵³⁰.

Em Portugal, o artigo 172 do Código de Processo Penal habilita as intervenções corporais coercitivas⁵³¹, exigindo-se autorização judicial para sua realização. Determina, a citada norma, que os exames suscetíveis de

⁵²⁴HUERTAS MARTÍN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.387-389.

⁵²⁵GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, p.395. No mesmo sentido: MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel. La prueba del ADN em el proceso penal. *Bioética y Derecho*, 2004, p.197-199.

⁵²⁶REVERÓN PALENZUELA, Benito. La nueva Ley Organica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.29, 2008, p.69.

⁵²⁷ARMENTA DEU, Teresa, *Leciones de derecho procesal penal*, 2010, p.154.

⁵²⁸Neste sentido, ASENSIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, 2008, p.230-231.

⁵²⁹REVERÓN PALENZUELA, Benito. La nueva Ley Organica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.29, 2008, p.77.

⁵³⁰GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., 2010, p.252.

⁵³¹QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*, 2003, p.294.

ofender ao pudor devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter (art.172, 2, do Código de Processo Penal). O dispositivo encontra-se inserido no capítulo que disciplina os exames periciais, concluindo-se que o argüido não possui o direito de eximir-se à realização de tais perícias⁵³².

Conforme leciona Jorge de Figueiredo Dias⁵³³, o argüido é considerado, em sentido formal, como meio de prova, na medida em que seu corpo e seu estado corporal podem ser objeto de exames. Acrescenta que o exame, no caso, consiste em um verdadeiro meio de coação processual, uma vez que pode ser realizado com o emprego da força, com respeito aos limites impostos pela dignidade da pessoa humana e pelos demais princípios correlatos. Daí por que a norma deva ser entendida e aplicada restritivamente, não autorizando ampliação para além da seara das perícias. Verifica-se, pois, a tendência de se tratar o argüido como sujeito de direitos e instrumento de prova, permitindo-se a investigação sobre seu corpo.

Na Itália, o artigo 146 do Código de Processo Penal de 1930 (Código Rocco) exarava autorização genérica para que todo Juiz, no exercício de suas funções, pudesse requisitar a intervenção de força pública e prescrever tudo aquilo que fosse necessário para o cumprimento das suas determinações⁵³⁴.

Com fundamento em tal dispositivo, a Corte Constitucional Italiana proferiu a *sentenza* 54/1986, proclamando admissível a extração coercitiva de amostras hemáticas⁵³⁵, a qual seria uma prática ordinária na atuação médica⁵³⁶, efetuada por profissionais e que não causa lesões à dignidade da pessoa. A Corte considerou que o artigo 146 não estabelecia qualquer limite ao poder do magistrado no tocante às *indagini* (investigações), exceto aqueles fixados pelo próprio sistema constitucional, quais sejam, o respeito à saúde e à dignidade do imputado⁵³⁷.

⁵³²QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*, 2003, p.292.

⁵³³DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, 2004, p.438-439.

⁵³⁴ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.430.

⁵³⁵VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, prelievo ematico coativo e “test” del DNA. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1996, p.1026.

⁵³⁶GERONIMO, Paolo di. *Il contributo dell’Imputato all’accertamento del fatto*, 2009. p.184.

⁵³⁷VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, prelievo ematico coativo e “test” del DNA. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1996, p.1027-1028.

Ocorre que, a partir da reforma da legislação processual penal, o artigo 224.2 do Código de Processo Penal Italiano, em sua redação original, foi interpretado, pela doutrina, como sendo de normatividade insuficiente para a autorização das intervenções corporais coercitivas⁵³⁸.

Tanto assim que a Corte Constitucional manifestou-se novamente, através da *sentenza* 238/1996⁵³⁹, declarando necessária a regulamentação legislativa para a viabilização das extrações hemáticas coercitivas⁵⁴⁰, bem como de toda e qualquer outra medida que incida sobre a liberdade pessoal do imputado, do investigado ou de terceiro⁵⁴¹.

Não se declarou inconstitucional a intervenção corporal coercitiva em abstrato; ao contrário, apenas se decidiu no sentido da necessidade de regulamentação legislativa para sua efetivação, em respeito ao princípio da legalidade, que deve imperar em se tratando de restrição a direitos fundamentais, tal qual o direito de liberdade pessoal, consagrado no artigo 13, par. 2, da Constituição Italiana⁵⁴². O Tribunal declarou exigível uma lei que previsse os limites e requisitos para a realização de um exame hemático coativo, não bastando uma previsão genérica, autorizadora de uma verdadeira discricionariedade judicial⁵⁴³.

Observe-se que as *ispezione* e *perquisizione*, aqui já aludidas, e regulamentadas nos artigos 244-249 do Código de Processo Penal Italiano, não autorizam medidas invasivas da esfera corporal⁵⁴⁴, sendo similares à busca pessoal e ao reconhecimento pessoal do Código de Processo Penal Brasileiro.

⁵³⁸VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, prelievo ematico coativo e “test” del DNA. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1996. No mesmo sentido: DI GERONIMO, Paolo. *Il contributo dell’Imputato all’accertamento del fatto*, 2009. p.221.

⁵³⁹Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em 17.06.2011.

⁵⁴⁰ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.430.

⁵⁴¹VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, prelievo ematico coativo e test del DNA. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1996, p.1034.

⁵⁴²DI GERONIMO, Paolo. *Il contributo dell’imputato all’accertamento del fatto*, 2009. p.185.

⁵⁴³VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, prelievo ematico coativo e test del DNA. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1996, p.1033.

⁵⁴⁴FELICIONE, Paola. Le ispezioni e le perquisizioni. *Tratato di procedura penale*, 2004, p.118.

Em junho de 2009, o artigo 224 do Código de Processo Penal Italiano foi modificado, passando a prever, expressamente, no artigo 224-bis⁵⁴⁵, a possibilidade de intervenção corporal coercitiva, ordenada pelo Juiz, para a coleta de cabelo, pelo ou mucosa da boca, no sentido de determinação de perfil de DNA de pessoa viva.

A nova regulamentação prevê os seguintes requisitos para a coleta coativa do material genético: a) que se trate de delito doloso, para o qual seja prevista pena de prisão; b) que a medida seja absolutamente indispensável para a prova do fato e que a decisão seja devidamente fundamentada; c) que a medida respeite a dignidade e o pudor do sujeito passivo; d) que a perícia se realize na presença de defensor, sob pena de nulidade do ato, e e) que seja adotada a intervenção menos invasiva para a dignidade e o pudor⁵⁴⁶.

Ressalte-se que a coleta de sangue não foi prevista pela nova regulamentação, o que sugere que, em relação a esta, deve prevalecer o entendimento esposado na *Sentenza 238/1996*, da Corte Constitucional.

Por derradeiro, convém observar que o artigo 349, 2º, bis do Código de Processo Penal Italiano autoriza, em se tratando de terrorismo, a coleta de cabelo ou saliva, pela polícia, no sentido de identificação do investigado⁵⁴⁷, o que se distingue da coleta disciplinada no artigo 224 bis do indigitado *codex*, o qual regulamenta a coleta coativa de material biológico para fins de exame pericial de DNA.

A inobservância dos requisitos previstos para a execução da intervenção coercitiva redundará na *inutilizzabilità*⁵⁴⁸ do resultado com ela obtido⁵⁴⁹.

⁵⁴⁵Disponível em <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=2011>>. Acesso em 13.10.2010.

⁵⁴⁶CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*, 2009, p.362-363.

⁵⁴⁷DI GERONIMO, Paolo. *Il contributo dell'Imputato all'accertamento del fatto*, 2009. p.187.

⁵⁴⁸O termo *inutilizzabilità*, no processo penal italiano, traduz um tipo de invalidade que atinge não o ato em si, mas seu valor probatório. Corresponde à impossibilidade de o Juiz se utilizar do resultado de uma prova produzida com inobservância da regulamentação legal, que institui uma proibição probatória. Cf. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, 2002, p.78.

⁵⁴⁹CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*, 2009, p.364.

3.1.2.2.1 b) Na América do Sul: Argentina, Chile, Colômbia, Equador, Uruguai e Peru

Importa aferir a regulamentação das intervenções corporais no entorno sul-americano, até mesmo em face da nova tendência de confecção de um Código de Processo Penal Tipo. Os limites do trabalho recomendam, porém, uma pesquisa de cunho documental, com atenção para as normas afetas ao tema nos países vizinhos, até mesmo em virtude da escassez de fontes doutrinárias.

Na Argentina não havia, até 2009, regulamentação específica admitindo as intervenções corporais coercitivas.

Oportuno destacar que a Constituição Nacional consagra, explicitamente, a regra do *nemo tenetur se detegere* no artigo 18⁵⁵⁰.

Em 27 de novembro de 2009, veio a lume a Lei 26.549, que incluiu o artigo 218 bis no Código de Processo Penal, disciplinando-se a coleta de DNA para fins de investigação criminal, sempre mediante autorização judicial⁵⁵¹.

A doutrina e a jurisprudência, no mesmo sentido dos países europeus, já vinham trabalhando com os critérios de distinção sujeito/objeto de prova e passividade/atividade para aferir a legitimidade das intervenções corporais coercitivas à luz da garantia contra a autoincriminação. Assim, pondera-se que, caso se pretenda realizar a averiguação no próprio corpo do acusado, em que se demande mera postura passiva deste, o último assume a condição de objeto de prova, legitimando-se a intervenção corporal coercitiva. Isso desde que, obviamente, a medida não atinja direitos fundamentais, como a saúde e a dignidade da pessoa humana⁵⁵².

Na mesma trilha de vários países europeus, não se reputa que a exigência de mero comportamento passivo viole a garantia contra a

⁵⁵⁰QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*, 2003, p.294.

⁵⁵¹RUIZ, Thiago. Escorço sobre a colheita compulsória de DNA do acusado. *Boletim*, ano 18, n.218, São Paulo, 2010.

⁵⁵²TAPIA, Juan Francisco. *Intervenciones corporales en el proceso penal*, p.15. Disponível em <<http://www.pensamientopenal.com.ar>>. Acesso em 02.02.2010.

autoincriminação, por não encerrar comunicações de conteúdo testemunhal do acusado⁵⁵³.

A extração hemática coativa, para fins de comprovação da paternidade biológica, foi declarada legítima em julgamento da Suprema Corte, ao apreciar o caso do seqüestro de um menor, ocorrido no período ditatorial⁵⁵⁴.

De outro lado, quando a produção da prova dependa de uma conduta ativa do acusado, assume este a condição de verdadeiro sujeito processual, preservando-se sua liberdade e resguardando-se a possibilidade de recusa⁵⁵⁵. Assim, por exemplo, não se admite que o réu seja obrigado a falar ou a produzir escritos para efeitos de exame grafotécnico, nem tampouco a participar de reconstituição do delito.

Sustenta-se, na doutrina, a inadmissibilidade de medida invasiva do organismo do imputado, no sentido de se recolher elemento de prova por ele ingerido, seja através de procedimento cirúrgico, seja por intermédio de medicamento ministrado para que o objeto seja expelido. Contudo, há decisões em sentido oposto, legitimando-se a intervenção corporal destinada a extrair objeto de prova ingerido pelo acusado, especialmente em se tratando de substância entorpecente⁵⁵⁶.

No Chile, os *exámenes corporales* do imputado ou do ofendido, são disciplinados no artigo 197 do Código de Processo Penal⁵⁵⁷, autorizando-se a extração de sangue ou outros materiais análogos, desde que resguardada a saúde ou dignidade do sujeito passivo. No caso do ofendido, deve ser solicitado seu consentimento e, em hipótese de negativa, o exame deve ser autorizado pelo juiz de garantias. Em se tratando do imputado, o Ministério Público deve pleitear, diretamente, autorização judicial para a realização do exame.

⁵⁵³DE LUCA, Javier Augusto. Notas sobre la clausula contra la autoincriminación coaccionada. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, vol.5, 1999, p.269-270

⁵⁵⁴DE LUCA, Javier Augusto. Notas sobre la clausula contra la autoincriminación coaccionada. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1999, p.269.

⁵⁵⁵TAPIA, Juan Francisco. *Intervenciones corporales en el proceso penal*, p.15. Disponível em <<http://www.pensamientopenal.com.ar>>. Acesso em 02.02.2010.

⁵⁵⁶Idem, op. cit., p.27.

⁵⁵⁷Código de Processo Penal Chileno. Disponível em: <<http://wings.buffalo.edu/law/bclc/chile.html>>. Acesso em: 14/10/2010.

Na Colômbia, o artigo 249 do Código de Processo Penal⁵⁵⁸ autoriza a obtenção de amostras de fluidos corporais, mesmo sem o consentimento do afetado, mediante autorização do juiz de garantias, sempre que isto resulte necessário para os fins da investigação. Determina, a norma, que a obtenção da amostra deve se realizar na presença do defensor do imputado.

No Uruguai, o artigo 148 do Código de Processo Penal⁵⁵⁹ autoriza, excepcionalmente, a coleta de provas corporais do imputado, tal como a extração de sangue, sêmen, pelo ou cabelo, desde que haja consentimento deste. Não havendo consentimento, dá-se lugar a uma presunção negativa, que poderá ser valorada pelo Juiz, devendo o réu ser advertido acerca da inferência adversa. Não se admite, contudo, a coleta coativa.

No Equador, o artigo 82 do Código de Processo Penal⁵⁶⁰ regulamenta a obtenção de fluidos corporais, a qual demanda consentimento da pessoa ou autorização judicial. Contudo, a lei não permite seja o sujeito passivo constrangido fisicamente para a obtenção das amostras, não disciplinando as medidas a serem adotadas diante da recusa do afetado.

No Peru, o artigo 211 do Código de Processo Penal⁵⁶¹ permite a realização da intervenção corporal coercitiva, desde que haja autorização judicial e que o delito esteja sancionado com pena privativa de liberdade superior a 04 anos. Autoriza-se a extração de sangue e outros materiais genéticos, bem como a realização de exame radiológico, que devem ser realizadas por médico ou profissional habilitado, resguardando-se a saúde do imputado.

Verifica-se, portanto, a tendência, na maioria dos ordenamentos sul-americanos, de se autorizar as intervenções corporais coercitivas mediante autorização judicial, trabalhando-se, também, com critérios de presunções desfavoráveis nas hipóteses em que a coerção é vedada e ocorre recusa do sujeito passivo em se submeter aos exames (Uruguai).

⁵⁵⁸Código de Processo Penal Colombiano. Disponível em <<http://domiarmo.iespana.es>>. Acesso em 14/10/2010.

⁵⁵⁹Código de Processo Penal Urugaio. Disponível em <<http://www.parlamento.gub.uy>>. Acesso em 14/10/2010.

⁵⁶⁰Código de Processo Penal do Equador. Disponível em <<http://www.como-hacerlo.com>>.

⁵⁶¹Disponível em: <<http://www.mpfm.gob.pe>>.

3.1.2.2.1 c) As Intervenções Corporais Coercitivas no Sistema do *Common Law*: Inglaterra e Estados Unidos

Nos países de tradição jurídica anglossaxônica, ainda que as intervenções corporais coercitivas possam estar regulamentadas pela legislação (caso da Inglaterra), também podem ser autorizadas por força de precedentes estabilizados, no modelo do *common law*.

Nos Estados Unidos, nada obstante não haja regulamentação legal do tema, há vários precedentes da Suprema Corte, admitindo-se as intervenções corporais coercitivas.

Entende-se, nuclearmente, que a 5ª Emenda⁵⁶², consagradora do *privilege against self-incrimination*, abrange tão somente prova de natureza testemunhal ou comunicativa (*evidence of a testimonial or communicative nature*), não impedindo que o corpo do acusado possa ser utilizado como objeto de prova⁵⁶³, ao que a doutrina denomina “procedimentos de identificação” (*identification procedures*).

Os principais precedentes da Suprema Corte, acerca da matéria, nos quais se admitiu o emprego de força física em tais procedimentos de identificação são: *Schmerber v. Califórnia*, 384 US 757 (1966), no qual se autorizou a extração de sangue coercitiva, para a comprovação de embriaguez no volante ⁵⁶⁴; *Holt v. United States*, 218 US 245 (1910), em que se legitimou que o réu fosse obrigado a vestir uma camisa, encontrada no local de um homicídio, para fins de se verificar se lhe servia e de reconhecimento pessoal; *United States v. Wade*, 388 US 218 (1967) no qual se admitiu fosse o acusado compelido a fornecer suas impressões digitais, a ter sua altura e peso mensurados, bem como a fornecer amostras fonéticas, falando perante testemunhas; e *Gilbert v. Califórnia*, 388 US 263 (1967), no

⁵⁶²Dispõe a 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos “*No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*” (nenhuma pessoa deve ser compelida em algum processo criminal a ser testemunha contra si mesmo – trad. livre).

⁵⁶³RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*, 2006, p.138-139.

⁵⁶⁴Sustentou-se, na decisão, que o privilégio protege o acusado somente de ser compelido a testemunhar contra si mesmo, ou providenciar evidência de natureza testemunhal/comunicativa, o que a extração de amostra sanguínea não envolve. Cf. LAFAVE, Wayne R. et al. *Criminal procedure*, 2009, p.413.

qual se decidiu pela admissibilidade de coleta coercitiva de amostras caligráficas⁵⁶⁵.

A análise da casuística revela que até mesmo a exigência de cooperação ativa (como caminhar, escrever ou falar) é aceita pela jurisprudência estadunidense, excepcionando-se, tão somente, as manifestações de conteúdo testemunhal, protegidas pela 5ª Emenda⁵⁶⁶.

Assim, já houve decisões judiciais exigindo que o acusado removesse ou colocasse óculos, vestisse uma barba postiça, desenhasse uma tatuagem, pronunciasse frases, caminhasse, dentre outros comportamentos comissivos⁵⁶⁷.

No precedente *United States v. Lamb*, 371 US 274 (1963), foi determinado ao acusado que se barbeasse, uma vez estava ele utilizando-se da barba para modificar sua aparência, dificultando a identificação⁵⁶⁸.

Caso o desforço físico seja impossível - como ocorre no que tange ao fornecimento de padrões caligráficos, pronunciamento de frases, dentre outros comportamentos ativos - o acusado pode ser preso provisoriamente por *contempt of court*⁵⁶⁹ no escopo de coagi-lo a cooperar⁵⁷⁰. Além disso, a recusa injustificada pode ser utilizada pela Promotoria, perante o Júri, para a demonstração da responsabilidade do réu, à guiza de inferência adversa.

Na Inglaterra, o *Police and Criminal Evidence Act (PACE)*, de 1984, com as alterações promovidas pelo *Criminal Justice and Public Order*, de 1994, regulamenta as intervenções corporais, classificando-as como coletas de “amostras íntimas” (*intimate samples*), e “não íntimas” (*non intimate samples*), sendo este o principal critério do legislador para autorizar, ou proibir, a coerção direta sobre o sujeito passivo.

⁵⁶⁵RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*, 2006, p.139.

⁵⁶⁶LFAVE, Wayne R. et al. *Criminal procedure*, 2009, p.413.

⁵⁶⁷Idem, op. cit., p.414.

⁵⁶⁸Ibidem, op. cit., p.416.

⁵⁶⁹Desacato ao tribunal (tradução livre).

⁵⁷⁰LFAVE, Wayne R. et al. *Criminal procedure*, 2009, p.415.

Dentre as coletas de amostras íntimas, estão as de sangue, sêmen, urina e tecidos extraídos da zona púbica ou de orifícios, denominadas que se encontram na esfera de intimidade da pessoa⁵⁷¹.

A legislação classifica, ainda, como sendo registro íntimo todo aquele consistente no exame físico dos orifícios corporais de uma pessoa, distintos da boca⁵⁷².

As coletas de amostras íntimas dependem de anuência do acusado, não se admitindo o emprego de força física para a obtenção⁵⁷³.

Contudo, a recusa do acusado pode ser interpretada em seu desfavor por ocasião do julgamento⁵⁷⁴. Trata-se da teoria da *adverse inference*, que se aplica caso a recusa não se fundamente em uma causa justa (*good cause*), encontrando disciplina na seção 62 (10) da *PACE*.

A jurisprudência se posiciona no sentido de que a inferência adversa não pode sustentar um decreto condenatório, podendo, apenas, corroborar outras provas, e incidindo apenas em relação às infrações penais para as quais a coleta seria relevante⁵⁷⁵.

Dentre as coletas de amostras não íntimas estão aquelas de caráter externo ou superficial, como a coleta de fios de cabelo, unha, saliva, etc⁵⁷⁶. Estas amostras, nos termos da seção 63 da *PACE*, podem ser recolhidas pela polícia, mesmo diante do dissenso do sujeito passivo⁵⁷⁷.

Oportuno destacar que a saliva deixou de ser considerada amostra íntima, consistindo em um material orgânico que permite a realização do

⁵⁷¹JASON-LLOYD, Leonard. *The Criminal Justice and Public Order Act 1994: A basic guide for practitioners*. Londres: Frank Cass, p.43.

⁵⁷²ETXEBERRÍA-GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.422.

⁵⁷³HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, 2005, p.312.

⁵⁷⁴TAK, Peter J. P.; HOMMES, Gertrude A. Van. Le Test ADN et la procédure pénale en Europe. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, out-dez - 1993, p.679-693.

⁵⁷⁵ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.438-439.

⁵⁷⁶QUEIJO, Maria Elizabeth, QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, 2003, p.299.

⁵⁷⁷JASON-LLOYD, Leonard. *The Criminal Justice and Public Order Act 1994: a basic guide for practitioners*, 1996, p.43.

exame de DNA, podendo ser obtida coercitivamente, de acordo com a nova regulamentação da *PACE*⁵⁷⁸.

Nota-se, pois, no direito consuetudinário, uma tendência a legitimar as intervenções corporais coercitivas, com algumas matizações, restringindo-se o plano de proteção do *privilege against self incrimination* às manifestações de natureza testemunhal ou comunicativa.

3.1.2.3 Requisitos Objetivos

A realização das intervenções corporais coercitivas pressupõe a observância de vários requisitos objetivos, que dizem para com a necessidade de autorização judicial, a existência de indícios suficientes de autoria, a gravidade do crime e, especialmente, a observância estrita do princípio da proporcionalidade em sua tríplice decomposição (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Cumpre tratar de cada um deles.

3.1.2.3.1 Autorização Judicial como Regra

Na maioria dos ordenamentos jurídicos pesquisados, as intervenções coercitivas exigem autorização judicial, excepcionadas, em alguns países, situações de urgência, nas quais as medidas podem ser autorizadas pelo Ministério Público ou realizadas diretamente pela polícia.

Assim, na Alemanha, em casos de urgência, o emprego da coação direta (*unmittelbarer Zwang*) pode ser autorizada pelo Ministério Público, nos termos do § 81, a, da *StPO*⁵⁷⁹. Contudo, isto só se aplica ao acusado (*Beschuldigte*), não se dispensando a autorização judicial (*Anordnung des*

⁵⁷⁸ANCEL, Hervé. La preuve biologique. In: GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève (Dir.). *Les transformations de l'administration de la preuve pénale: perspectives comparées: Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, Etats-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni*. Paris: Société de Législation Comparée, 2006, p.194.

⁵⁷⁹COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.353.

Richters), em nenhuma hipótese, caso se trate de terceiro (vítima ou testemunha), por força da disciplina do § 81, c, (6) da *StPO*⁵⁸⁰.

Na Itália, conforme já se observou, exige-se autorização judicial para a realização da coleta coativa de material genético, nos termos do artigo 224-bis do Código de Processo Penal, o que já vinha sendo preconizado pela doutrina antes da reforma da legislação⁵⁸¹.

Em Portugal, o artigo 172 do Código de Processo Penal exige autorização judicial para a efetivação da intervenção corporal, caso não haja anuência do argüido.

Na Espanha, o Tribunal Supremo já reconheceu que a extração de sangue, que afeta a integridade corporal e a intimidade, requer controle judicial e decisão fundamentada⁵⁸². Considera-se que, como medida restritiva de direitos fundamentais, a decisão que autorize uma intervenção corporal há de ser tomada pelo órgão encarregado da proteção daqueles direitos⁵⁸³. As novas regulamentações trazidas pelos artigos 326 e 363 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* exigem autorização judicial para a efetivação das intervenções corporais coercitivas.

Na Inglaterra, em sentido oposto, a *PACE (Public Act and Criminal Order)* autoriza a polícia a obter coercitivamente as amostras não íntimas, não se exigindo autorização judicial⁵⁸⁴. Tratando-se de amostras íntimas (registros que consistem no exame físico dos orifícios do corpo, com exceção da boca), como já foi assinalado, estas só podem ser obtidas com anuência do sujeito, trabalhando-se, em caso de recusa, com o sistema de inferência adversa, ou seja, que aquela sirva como indício de culpabilidade.

⁵⁸⁰GÖSSEL, Karl-Heinz. Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal. *Revista del Ministerio Fiscal*, 1996, p.151.

⁵⁸¹VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, prelievo ematico coativo e “test” del DNA. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, 1996, p.1022-1051.

⁵⁸²HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, 2005, p.310.

⁵⁸³HUERTAS MARTÍN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.391.

⁵⁸⁴ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales en el proceso penal*, 1999, p.289-290.

Considerando a afetação de inúmeros direitos fundamentais e a possibilidade de autoincriminação involuntária, se recomenda que as intervenções coercitivas demandem, como regra, autorização judicial.

Devem ser excepcionadas as situações de urgência, no sentido de se assegurar a coleta da prova, conforme se posiciona a maior parte da doutrina⁵⁸⁵.

Realmente, em determinadas situações, a exigência de autorização judicial implicaria em elevado risco de perda dos elementos de prova, frustrando-se os objetivos da investigação.

É o que pode ocorrer, por exemplo, com a extração de sangue para fins de comprovação da embriaguez. Exigir a autorização judicial poderia, na hipótese, redundar em ineficácia da medida, uma vez que o álcool seria absorvido pelo organismo, não mais sendo detectado com o decorrer do tempo.

Há, contudo, quem sustente que o controle judicial não deva ser excepcionado em caso algum.

Neste sentido, José Francisco Etxeberria Guridi⁵⁸⁶ pondera que a necessidade de se trasladar o investigado a um centro hospitalar, para a extração de sangue, conferiria tempo hábil para a obtenção da ordem judicial, ainda que através de fax-símile. Aduz que uma Instrução do Ministério Público para a Prevenção e Repressão do Tráfico de Drogas, de 1988, autoriza a detenção do suspeito, para fins de que se obtenha, no prazo de 24 horas, autorização judicial para a realização do exame radiológico, mantendo-se o controle judicial.

Com a vênia devida, não se compreende que a realização de um exame radiológico seja menos gravoso do que a restrição, ainda que provisória, da liberdade ambulatoria, apresentando-se intrinsecamente contraditória a argumentação, na medida em que legitima a restrição de um direito fundamental (liberdade), sem autorização judicial, e se protegem outros (intimidade/integridade física), sem que se esclareça o porquê da diferenciação.

⁵⁸⁵Idem, op. cit., p.289-290.

⁵⁸⁶*Las intervenciones corporales en el proceso penal*, 1999, p.306.

O melhor caminho parece ser mesmo a autorização, em hipóteses de urgência, da realização da intervenção corporal sem ordem judicial⁵⁸⁷, submetendo-se a medida ao controle jurisdicional diferido. Caso não se verifique a presença da urgência ou da necessidade da medida, a prova receberá o rótulo da ilicitude, não podendo ser utilizada no processo.

3.1.2.3.2 Existência de Indícios Suficientes: a observância do subprincípio da idoneidade

A multiplicidade de direitos fundamentais afetados pelas intervenções corporais exige que estas só possam se efetivar caso haja indícios suficientes da presença dos vestígios que se buscam no sujeito passivo⁵⁸⁸. É dizer, não se pode admitir a atuação estatal contra um conjunto indeterminado de indivíduos (como os moradores de um bairro, por exemplo), com o objetivo de se identificar um suposto autor⁵⁸⁹, através do emprego do método conhecido como *fishing expedition*. Deve, nas palavras de José Maria Asencio Mellado⁵⁹⁰, haver um “grau de imputação suficiente” para a autorização da medida.

As intervenções corporais não podem ter por objetivo obter meros indícios, senão que deve se pressupor a existência de tais indícios para que possam ser legitimamente realizadas⁵⁹¹.

Ainda em atenção ao princípio da proporcionalidade, especificamente em sua vertente da idoneidade, há de se exigir que os indícios sejam tão mais sérios quanto mais intensa for a intervenção corporal a ser praticada⁵⁹².

Não se devem admitir, por conseguinte, as intervenções “prospectivas” ou de “sondagem”, isto é, desvinculadas da investigação de um delito

⁵⁸⁷ASENCIO MELLADO, José Maria. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, 2008, p.230-231.

⁵⁸⁸HUERTAS MARTÍN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.391.

⁵⁸⁹Idem, op. cit., p.396.

⁵⁹⁰ASENCIO MELLADO, José Maria. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, 2008, p.233.

⁵⁹¹HUERTAS MARTÍN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.396.

⁵⁹²Idem, op. cit. p.397.

específico, com o objetivo de se determinar a hipotética comissão de uma infração penal⁵⁹³. Isto violaria o princípio da proporcionalidade, seja por força da inidoneidade da medida, seja porque restaria inviável ponderar os bens jurídicos envolvidos⁵⁹⁴.

Daí o porquê de Nicolas Gonzáles-Cuellar Serrano, ao tratar do subprincípio da idoneidade em relação às intervenções corporais, aluda à necessidade de individualização da medida, como exigência de adequação no âmbito subjetivo⁵⁹⁵.

Na Alemanha, em que pese não haja referência expressa no § 81, a, da *StPO*, a doutrina exige a presença da suspeita (*Verdacht*) para a realização da intervenção corporal, seja em relação ao investigado, seja em relação ao ofendido⁵⁹⁶. No que toca ao ofendido ou testemunha, a regulamentação é dada pelo § 81, c, da *StPO*, regra da qual se extrai que devem existir indícios de que os vestígios do crime se encontrem no corpo do sujeito passivo, para a efetivação da intervenção, que demanda autorização judicial.

Na Espanha, o art. 363 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* alude a “*acreditadas razones*” para a coleta do material biológico, o que revela a necessidade de presença de pertinência subjetiva como requisito intrínseco da intervenção corporal.

Na Inglaterra, a *PACE* também exige a presença de indícios ou motivos racionais (*reasonable grounds*) para a realização das intervenções corporais.

No que toca aos registros íntimos (*intimate search*), a seção 55 (1) da *PACE*, impõe que o oficial de polícia tenha motivos fundados para crer que o destinatário oculta algo que possa ser utilizado para causar dano, ou drogas. Em relação à extração de amostras corporais íntimas, o fundamento da *reasonable grounds* também se faz presente, dispondo, a seção 62 da *PACE* que tal medida se admite caso a pessoa se encontre sob detenção policial.

⁵⁹³HUERTAS MARTÍN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.396.

⁵⁹⁴ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales en el proceso penal*, 1999, p.197.

⁵⁹⁵GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, p.308.

⁵⁹⁶ETXEBERRÍA-GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales en el proceso penal*, 1999, p.207-208.

Por fim, a seção 63 da PACE regulamenta a extração de amostras não íntimas, também exigindo a presença de fundadas suspeitas para a realização da intervenção⁵⁹⁷.

No Brasil, de *lege ferenda*, poder-se-ia trabalhar, obviamente com matizações, com o conceito de justa causa, aplicável às diversas medidas processuais restritivas de direitos fundamentais, como a prova do crime e os indícios de autoria necessários para a decretação da prisão preventiva (art.312 do Código de Processo Penal), ou a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal para a autorização da interceptação telefônica (art. 2º, I, da Lei 9.296/96).

Assim, por exemplo, não há razão para se submeter um motorista a extração de sangue coercitiva sem que haja indícios de clínicos de embriaguez; não há motivos para a extração de pêlo, tecido ou cabelo, se não houver indícios mínimos de que tais elementos, presentes no sujeito passivo, possuam relação com o delito investigado (no escopo de se formar bancos de dados de investigação futura), etc.

3.1.2.3.3 Gravidade da Infração e Indispensabilidade da Medida: a observância dos subprincípios da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

A grande heterogeneidade das intervenções dificulta a utilização de um critério rígido para a solução de todos os casos.

Existem intervenções superficiais, como a extração de sangue ou de fios de cabelo, e outras mais invasivas e intensas, como os registros em orifícios íntimos (ânus e vagina) e as intervenções cirúrgicas para a extração de substâncias entorpecentes do corpo do suspeito.

Além disto, verifica-se, também, uma heterogeneidade de infrações que demandam a realização das intervenções para sua elucidação, que vão desde o delito de embriaguez na condução de veículo, até os graves crimes contra a liberdade sexual e contra a vida, *verbi gratia*.

⁵⁹⁷ETXEBERRÍA-GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales en el proceso penal*, 1999, p 209-210.

Resta, pois, dificultoso sustentar que tão somente os delitos graves, para os quais seja cominado determinado *standard* de sanção penal, possam admitir o emprego das intervenções corporais.

A fixação de um umbral mínimo de gravidade, ou mesmo o estabelecimento de um rol de crimes, nada obstante desejáveis para a restrição da ingerência em direitos fundamentais, não se revela possível, pois.

No direito comparado, verifica-se que, na Alemanha, a legislação processual não faz referência alguma à gravidade do delito para a admissão das intervenções corporais, antes permitindo, expressamente, a extração de sangue para a comprovação do delito de embriaguez na condução de veículo⁵⁹⁸. Contudo, por força da atuação do princípio da proporcionalidade, a jurisprudência do Tribunal Constitucional é no sentido de que infrações de pequena gravidade só admitem intervenções corporais insignificantes ou de pequena monta⁵⁹⁹, como a extração de ínfima quantidade de sangue para o teste de alcoolemia, por exemplo.

Na Inglaterra, a *PACE (Public Act and Criminal Order)* também não alude à gravidade da infração para autorizar as intervenções corporais, fazendo referência às *recordable offences*, conceito que inclui todos os delitos que permitem a tomada de impressões digitais⁶⁰⁰.

Na Itália, como já se anotou algures, o artigo 224 bis do *Código de Procedura Penale* prevê que a medida só se admite em se tratando de delito doloso, para o qual seja prevista pena de prisão.

Na Espanha, o artigo 363 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, que habilita as intervenções corporais, não elege, como critério de admissibilidade, a gravidade da infração. Porém, a norma faz referência explícita aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, atendendo-se

⁵⁹⁸ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.162.

⁵⁹⁹Idem, op. cit., p.165.

⁶⁰⁰JASON-LLOYD, Leonard. *The criminal justice and Public Order Act 1994: a basic guide for practitioners*, 1996, p.43.

às recomendações da doutrina e da jurisprudência que antecederam a reforma legislativa de 2003⁶⁰¹.

Neste sentido, pondera José Francisco Etxeberria Guridi que, se é mesmo inviável estipular um rol de delitos que autorizem as intervenções corporais, face à sua heterogeneidade, deve haver proporção entre a intensidade da intervenção e a gravidade do delito investigado, obedecendo-se à proporcionalidade em sentido estrito⁶⁰².

A solução apresentada pelos ordenamentos jurídicos alemão e espanhol parece ser a mais razoável, uma vez que permite o controle do meio restritivo de direitos fundamentais através da aplicação do princípio da proporcionalidade, sem, contudo, impedir o emprego das intervenções corporais menos intensas para a elucidação de delitos de menor gravidade, mas que colocam em risco importantes bens coletivos, tal como a embriaguez na condução de veículo automotor.

Partir de um umbral mínimo de pena para a autorização das intervenções corporais tornaria inviável, muitas vezes, o esclarecimento de infrações de menor gravidade, o que não é eficiente, nem tampouco necessário, para a tutela dos direitos fundamentais envolvidos na situação de colisão.

Em síntese, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve se aferir, à luz da gravidade da infração penal, a espécie de intervenção corporal que possa ser legitimamente aplicada, reservando-se as intervenções mais intensas para a investigação de delitos mais graves⁶⁰³.

Por derradeiro, há de se avaliar a indispensabilidade da medida eleita, no sentido de que se revele necessária para o esclarecimento do fato e de que tal não se possa obter através de outros meios de prova, menos restritivos para os direitos fundamentais do sujeito passivo.

⁶⁰¹GIL HERNÁNDES, Ángel. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, 1995, p.61.

⁶⁰²ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, 1999, p.177.

⁶⁰³GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, p.309. No mesmo sentido: ASECIO MELLADO, José Maria. *prueba prohibida y prueba preconstituida*, 2008, p.237.

3.1.2.3.4 A Ausência de Riscos para a Saúde

Há um amplo consenso na doutrina e jurisprudência alienígenas (espanhola, alemã, italiana, etc) no sentido de que o respeito à saúde do destinatário da intervenção corporal deve ser absoluto⁶⁰⁴.

Em outras palavras, não são admissíveis as intervenções que exponham a dano concreto, ou mesmo a risco relevante, a saúde do sujeito passivo.

Para se resguardar o direito fundamental à incolumidade da saúde, as intervenções devem ser realizadas por profissionais da medicina, com observância das medidas sanitárias cabíveis.

Existem medidas que, já do ponto de vista objetivo, se revelam extremamente perigosas, tais como a extração de líquido cefalorraquídeo⁶⁰⁵, a extração de urina através da introdução de um cateter na bexiga, a extração cirúrgica de objeto contido no estômago, ou o emprego de substância vomitiva.

Por outro lado, há aquelas medidas que, uma vez observada a *lex artis*, não ensejam menoscabo ou riscos relevantes para a saúde, como a extração de sangue, de cabelo ou tecido.

Porém, é certo que a heterogeneidade das intervenções corporais demanda a análise do caso concreto, no sentido de se aferir a possibilidade de afetação da saúde do sujeito passivo, inclusive no aspecto subjetivo.

Obviamente, a extração de sangue, em se tratando de um indivíduo hemofílico, não deve ser autorizada, face aos riscos inerentes a sua peculiar condição biológica⁶⁰⁶.

Oportuno ressaltar a explícita referência, no § 81 da *StPO*, à proibição de qualquer desvantagem para a saúde do sujeito passivo da intervenção corporal, seja ele o inculcado (§ 81, a, 2), seja ele o terceiro (§ 81, c, 2).

⁶⁰⁴ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales en el proceso penal*, 1999, p.574.

⁶⁰⁵A medida consiste na extração de líquido cerebral da medula espinhal, mediante a punção, com uma agulha, entre a terceira e a quarta, ou a quarta e quinta vértebra lombar, ou mediante uma punção sub-occipital, na nuca.

⁶⁰⁶ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales en el proceso penal*, 1999, p.572.

De *lege ferenda*, se apresenta de todo relevante que, em havendo regulamentação legal das intervenções corporais no Brasil, o critério utilizado pela Ordenação Proessual Alemã seja utilizado, proibindo-se qualquer medida que implique em dano ou em risco relevante para a saúde do sujeito passivo.

3.1.3 A Investigação Genética: Aplicação Forense, Métodos e Valoração dos Resultados

3.1.3.1 Breves Notas sobre as Origens do Exame de DNA

Não há dúvidas de que, dentre as provas periciais realizadas sobre o material orgânico humano, o exame de DNA é o mais difundido, estando intimamente vinculado à problemática das intervenções corporais e à proteção contra a autoincriminação.

A primeira utilização do teste de DNA em uma investigação criminal foi em 1986, a requerimento da *Scotland Yard* londrina. Tratava-se da investigação de dois delitos de estupro seguidos de homicídio, praticados em um intervalo de dois anos e meio, tendo como vítimas duas adolescentes de 15 anos de idade, ocorridos nas adjacências de Londres⁶⁰⁷. Os crimes geraram uma grande revolta na população, raramente vista no local.

Em agosto de 1986, um jovem de 17 anos, chamado Richard Buckland, confessou o segundo delito, fornecendo detalhes a princípio desconhecidos da população. À guiza de confirmar a autoria, e principalmente ligar o suspeito também ao primeiro homicídio, amostras de sêmen preservadas nos dois casos foram enviadas ao dr. Alec Jeffreys, da Universidade de Leicester, que havia acabado de desenvolver o processo denominado “*DNA fingerprint*” (impressão de DNA).

Após a análise das amostras, o perito espantou a todos ao concluir que Buckland não era o autor dos crimes. Asseverou, ainda, que as duas vítimas realmente haviam sido mortas pelo mesmo indivíduo.

⁶⁰⁷LEE, Henry C.; TIRNADY, Frank. *Blood evidence: how the DNA is revolutionizing the way we solve crimes*. Londres: Perseus Publishing, 2003, p.1.

A polícia, então, frustrada com o andamento da investigação, iniciou uma campanha na comunidade, solicitando que homens entre 13 e 34 anos cedessem sangue para exame, realizando um verdadeiro “arrastão genético”.

Um morador, chamado Colin Pitchfork, relatou à esposa que tinha receio de fornecer a amostra, pois já havia sido detido anteriormente. Para se esquivar, solicitou a um amigo que fornecesse a amostra em seu lugar.

A trama acabou sendo descoberta pela polícia e Colin Pitchfork foi detido, vindo a confessar os dois homicídios. As amostras foram comparadas através do teste de DNA desenvolvido por Alec Jeffreys e a identidade do autor dos delitos foi confirmada⁶⁰⁸.

A idéia central do teste criado por Jeffreys é de que uma pessoa pode ser distinguida das outras através do exame das seqüências repetitivas de DNA.

Basicamente, a perícia consiste na análise do ácido desoxirribonucleico, encontrado no núcleo das células, e que contém informação genética necessária para construir um ser humano dos pés à cabeça.

Isso se dá porque desde o momento da concepção, os 46 cromossomos originais são fielmente reproduzidos em cada divisão celular, seja para o crescimento, seja para a reposição de tecidos. Sendo assim, todos são geneticamente idênticos dos pés à cabeça, pois a molécula de DNA é idêntica em cada célula, e cada célula contém uma cópia da impressão genética do corpo todo⁶⁰⁹.

Embora eficiente para a elucidação da autoria⁶¹⁰, a perícia de DNA suscita vários problemas, seja no tocante à profundidade ou extensão do exame, seja no tocante aos direitos fundamentais restringidos (intimidade, autodeterminação informativa, etc), seja no que se refere à eficácia do método para a identificação individual, que é menos exata do que se pode supor a primeira vista. Necessário tratar de tais aspectos.

⁶⁰⁸LEE, Henry C.; TIRNADY, Frank. *Blood evidence: how the DNA is revolutionizing the way we solve crimes*, 2003, p.1.

⁶⁰⁹Idem, op. cit., p.3.

⁶¹⁰GÖSSEL, Karl-Heinz. Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal. *Revista del ministerio fiscal*, 1996, p.141.

3.1.3.2 Aplicação Forense e Métodos de Exame

É sabido que as aplicações das técnicas de DNA ou ADN são múltiplas, especialmente no campo da biologia e da medicina.

Na seara forense, a investigação por intermédio das técnicas de DNA representou uma verdadeira revolução, sendo crescente sua utilização nos países da Europa e da América, inclusive com a criação de bancos de dados genéticos para o armazenamento das amostras⁶¹¹.

Sobretudo em razão de seu efeito individualizador/identificador, a perícia de DNA permite estabelecer, com um elevado grau de probabilidade, a autoria de um fato delituoso a partir de vestígios biológicos encontrados no local do crime ou no corpo da vítima⁶¹².

Trabalha-se, basicamente, com duas técnicas distintas, a saber, a PCR (*polymerase chain reaction*) e a RFLP (*restriction fragment length polymorphism*)⁶¹³.

A técnica PCR, ou de amplificação de DNA (*DNA amplification*) desenvolvida por Kary B. Mullis, consiste na replicação, por milhões, ou até bilhões de vezes, através de meio eletroquímico, de um fragmento de DNA, até que se possa obter uma quantidade suficiente para a realização do teste. Possui a vantagem de permitir a utilização de quantidades ínfimas ou degradadas de DNA para o teste⁶¹⁴.

Por sua vez, a técnica RFLP ou de tipagem - desenvolvida por Alec J. Jeffreys -, consiste em um processo de sucessivos cortes na cadeia de DNA, aplicando-se enzimas de restrição e corrente elétrica, de modo a se isolar fragmentos de DNA⁶¹⁵. Em seguida, transferem-se tais fragmentos para uma

⁶¹¹WILLIAMS, Robin; Johnson Paul. *Genetic policing: the us of DNA in criminal investigations*, 2008. Cullompton: Willian Publishing, p.1.

⁶¹²ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, 2000, p.9.

⁶¹³HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*, 2005, p.303.

⁶¹⁴LEE, Henry C.; TIRNADY, Frank. *Blood evidence: how the DNA is revolutionizing the way we solve crimes*, 2003, p.7.

⁶¹⁵WILLIAMS, Robin; Johnson Paul. *Genetic policing: the us of DNA in criminal investigations*, 2008, p.38,

lâmina, formando-se uma espécie de código de barras (*DNA fingerprint*)⁶¹⁶. Devido ao grande polimorfismo dos alelos, a técnica é extremamente individualizadora⁶¹⁷, porém demanda uma quantidade razoável de material genético para possibilitar seu emprego⁶¹⁸.

No que toca à extensão ou profundidade do exame, observa-se que existem, no genoma humano, dois tipos de DNA: o codificante e o não-codificante.

O âmbito codificante é formado por seqüências conservadoras, com poucas variações intergeracionais, e permite a detecção de doenças ou pré-disposições. Dada a sua baixa variação, o âmbito codificante é de pouca utilidade no campo forense, na medida em que não é apto para a identificação individual. Além disso, a pesquisa do âmbito codificante esbarra em sérias questões éticas, na medida em que viola a autodeterminação informativa do indivíduo, afetando inúmeros direitos fundamentais.

Por seu turno, o âmbito não-codificante é caracterizado pela grande variabilidade de um indivíduo para outro, podendo-se afirmar que não existem duas pessoas com DNA, salvo no caso de gêmeos univitelinos⁶¹⁹. Tal aspecto, por evidente, é de extrema relevância para a medicina forense, já que permite, com elevado grau de probabilidade, a identificação individual, pela via da chamada impressão genética (*genetische Fingeradbruck*), semelhante à impressão datiloscópica⁶²⁰.

O âmbito não-codificante não tem relação direta com enfermidades e não permite extrair nenhum tipo de informação médica, preservando-se, na

⁶¹⁶WILLIAMS, Robin; Johnson Paul. *Genetic policing: the us of DNA in criminal investigations*, 2008, p.39.

⁶¹⁷LEE, Henry C.; TIRNADY, Frank. *Blood Evidence: How the DNA is revolutionizing the way we solve crimes*, 2003, p.6.

⁶¹⁸WILLIAMS, Robin; Johnson Paul. *Genetic policing: the us of DNA in criminal investigations*, 2008, p.40.

⁶¹⁹ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, 2000, p.11.

⁶²⁰HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*, 2005, p.301-302.

sua pesquisa, a autodeterminação informativa do indivíduo, com menor restrição dos direitos fundamentais envolvidos⁶²¹.

A posição da doutrina internacional é no sentido da proibição de pesquisa do âmbito codificante, já havendo, inclusive, regulamentação da matéria em vários ordenamentos europeus. À guiza de exemplo, tem-se a proibição da pesquisa do âmbito codificante constante do § 81, e (1) da *StPO* alemã⁶²².

3.1.3.3 Confiabilidade e Valoração do Exame de DNA

A eficiência da perícia de DNA pressupõe a observância de vários requisitos objetivos correlatos à coleta do material, confecção do exame, capacidade técnica e imparcialidade do órgão responsável pela perícia, dentre outros.

Desde que cumpridos todos os requisitos essenciais, o valor probatório conferido à perícia é elevado, face ao seu reconhecido caráter técnico-científico, e ao seu grande poder de identificação⁶²³. Há, neste campo, inúmeros fatores e problemas a considerar.

Primeiramente, a coleta das amostras deve ser realizada por pessoal especializado, evitando-se possível contaminação. A contaminação tanto pode ocorrer em razão do contato da amostra com materiais orgânicos ou inorgânicos (tintas, pinturas, carburantes, etc) presentes no local do crime ou no corpo da vítima (contaminação biológica), como também em virtude de materiais estranhos agregados por ocasião da própria coleta (pelos ou fluidos corporais do funcionário responsável, por exemplo)⁶²⁴. Além disso, a conservação inadequada das amostras pode provocar a contaminação por fungos, bactérias ou outros materiais, degradando o material recolhido e

⁶²¹GÖSSEL, Karl-Heinz. Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal. *Revista del ministerio fiscal*, 1996, p.161.

⁶²²ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, 2000, p. 95-96.

⁶²³LEE, Henry C.; TIRNADY, Frank. *Blood evidence: how the DNA is revolutionizing the way we solve crimes*, 2003, p.6.

⁶²⁴ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, 2000, p.340.

prejudicando o resultado do exame. Banda outra, há que se exigir a capacidade técnica e imparcialidade do órgão responsável pela perícia⁶²⁵, recomendando-se que este seja oficial⁶²⁶.

A standardização dos métodos aplicados nos exames afigura-se, também, essencial para a fiabilidade da perícia, na medida em que permite a realização de contraprova por outro laboratório, caso necessário, bem como possibilita a homologação, inclusive internacional, dos sistemas de análises, incrementando-se o controle de qualidade e reduzindo-se as margens de erro⁶²⁷.

Uma vez realizada a análise, com observância dos supracitados requisitos correlatos à coleta e métodos empregados, o *expert* apresentará o resultado com base em juízo probabilístico. Em se tratando de não coincidência entre as amostras, o grau de certeza tende a 100%⁶²⁸.

Caso as amostras coincidam, impende realizar um estudo probabilístico que leve em conta a população do local, no sentido de se aferir as possibilidades estatísticas de coincidência, isto é, de existirem vários indivíduos com as mesmas freqüências fenotípicas⁶²⁹.

A interpretação dos resultados pode levar a juízos equivocados. Uma porcentagem de 1% pode representar aproximadamente 5.000 indivíduos em uma população de 500.000, o que não é, convenha-se, um número irrisório. Assim, torna-se inviável apoiar-se uma sentença condenatória, exclusivamente, em uma probabilidade de 99%. Por razões que tais, tratando-se de uma perícia probabilística, se deve conferir à prova um valor relativo, só podendo ela conduzir à condenação acaso confortada por outras provas (testemunhas, documentos, etc).

É preciso considerar, *verbi gratia*, que a apreensão de material genético do suspeito no local do crime apenas indica, *a priori*, que este esteve

⁶²⁵HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*, 2005, p.308.

⁶²⁶ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, 2000, p.315.

⁶²⁷LEE, Henry C.; TIRNADY, Frank. *Blood evidence: how the DNA is revolutionizing the way we solve crimes*, 2003, p.47.

⁶²⁸ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, 2000, p.351.

⁶²⁹Idem, op. cit., p.351.

ali, e não que tenha sido o autor do delito, conclusão que consistiria, no plano da lógica, em uma verdadeira falácia.

Assim, a prova pericial de DNA deverá ser valorada pelo juiz, através da persuasão racional, aferindo-se, inclusive, os métodos científicos utilizados pelos *experts*, e confirmando-se a existência de condições de cientificidade da prova⁶³⁰. Não consiste, pois, em meio de prova vinculante, senão um indício probabilístico⁶³¹, ainda que bastante valioso, a ser considerado em conjunto com as demais provas do processo.

Há que se resguardar, ainda, como requisito essencial da legitimidade do meio de prova, a possibilidade de se estabelecer o contraditório, ainda que diferido. Com efeito, impõe-se facultar, à Defesa, a possibilidade de questionar os resultados da perícia, seja pelo exame dos métodos empregados, seja pelo direito de ouvir o *expert* em juízo ou de exigir contraprova, estabelecendo-se a igualdade de armas (*Waffengleichheit*)⁶³².

Por derradeiro, anota-se que a prova pericial pode contribuir tanto para a identificação do culpado como para o estabelecimento da inocência, ressaltando-se que os Bancos de Dados de DNA, nos Estados Unidos, permitiram a revisão de mais de 60 condenações, sendo que em algumas delas o condenado aguardava execução no corredor da morte⁶³³.

3.1.4 As Intervenções Corporais Coercitivas e os Exames de DNA no Sistema Processual Brasileiro

No Brasil, o princípio da legalidade (art.5º, II, da Constituição Federal) consiste, atualmente, em um óbice intransponível para a realização das

⁶³⁰TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p.294.

⁶³¹ANCEL, H. La preuve biologique. In: GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève (Dir.). *Les transformations de l'administration de la preuve pénale: perspectives comparées : Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, Etats-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni*. Paris: Société de législation comparée, 2006, p.194.

⁶³²ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, 2000, p.321.

⁶³³HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e sua proposta de regulamentação. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, vol.10, n.39, 2007, p.225. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, 6 ed., 2006, p.339.

intervenções corporais coercitivas⁶³⁴. Não o é, contudo, o direito de não se autoincriminar, que não possui tal sentido ou extensão, conforme vem sendo observado no curso da presente dissertação.

Muito embora a questão, no âmbito penal, ainda não tenha sido enfrentada de forma direta pelo Supremo Tribunal Federal, a tradição da jurisprudência da Corte sempre foi no sentido de não se admitir a exigência de cooperação ativa, destacadamente a participação na reconstituição de delito (Recurso em Habeas Corpus n.64.354/SP, publicado no Diário da Justiça de 14/8/87, p.16.086; Habeas Corpus n.69.026/DF, publicado no Diário da Justiça de 4/9/92, p.14.091), e o fornecimento de material gráfico para exame grafotécnico (Habeas Corpus n.77.135/SP, publicado no Diário da Justiça de 6/11/98). A submissão ao exame compulsório de DNA (que na verdade se trata de hipótese de intervenção corporal coercitiva) foi apreciada apenas na seara cível⁶³⁵ (Habeas Corpus n.76.060/SC, publicado no Informativo STF n.107, de abril de 1998), tendo o Supremo decidido pela inadmissibilidade do meio de prova.

Infelizmente, o tema também não vem sendo objeto de análise detida pela doutrina. Verifica-se, de um lado, a ausência de questionamentos acerca das demais modalidades de cooperação passiva, como as buscas, as inspeções, e os reconhecimentos pessoais, que também restringem o *nemo tenetur* em seu plano principiológico, na medida em que o acusado se converte em objeto de prova.

Por outra banda, no que se refere, especificamente, às intervenções corporais, nota-se uma abordagem ainda incipiente do tema⁶³⁶, conferindo-se um tratamento hipertrófico à garantia contra a autoincriminação, que consistiria, para muitos, em um óbice intransponível à realização das referidas medidas⁶³⁷. É ver.

⁶³⁴HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*, 2005, p.329.

⁶³⁵OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, 2006, p.341.

⁶³⁶CARVALHO, G. Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.62, para quem o debate dogmático insuficiente se deve à falta de aparelhamento do Estado, o que inviabiliza a utilização dos referidos meios de prova.

⁶³⁷Idem, op. cit., p. 64. Destacando-se que, para o autor, a intervenção coercitiva viola a dignidade humana e a garantia contra a autoincriminação.

Antonio Scarance Fernanes⁶³⁸, sem realizar qualquer distinção entre cooperação ativa ou passiva, e aludindo ao artigo 8º, 2, do Pacto de São José da Costa Rica, pondera que o acusado não se encontra obrigado a realizar qualquer conduta que induza à autoincriminação, por força da proteção conferida pelo *nemo tenetur*.

Antonio Magalhães Gomes Filho⁶³⁹ afirma que a garantia contra a autoincriminação e a liberdade pessoal restam mesmo *violadas* pelas intervenções corporais coercitivas, posicionando-se pela sua absoluta ilegitimidade.

João Cláudio Couceiro⁶⁴⁰, monografista do tema, se posiciona no sentido da inadmissibilidade do emprego de coerção para o recolhimento de material genético, ponderando que a negativa do acusado, em se submeter à perícia, deve implicar em indício de culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova.

No mesmo sentido o entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira⁶⁴¹, sustentando, o autor, que a única alternativa que se abre ao Estado, caso admitidas as intervenções corporais, é a valoração da recusa por ocasião da formação do convencimento do juiz.

Maria Elizabeth Queijo⁶⁴², também monografista do tema, assinala que o *nemo tenetur* não deve ser tratado como um direito ilimitado e que a posição predominante da doutrina internacional é no sentido da inadmissibilidade de exigência de conduta ativa que colabore na produção da prova. No que tange às intervenções coercitivas, divide-as, a autora, entre aquelas *invasivas* (coleta de sangue; extração de urina ou sêmen através da introdução de sonda, exames anais, etc) e *não invasivas* (coletas de pêlos ou fios de cabelo; de saliva, desde que não extraída diretamente da cavidade bucal; de unha, etc). Quanto às intervenções *invasivas*, sustenta que se apresenta indispensável o consentimento válido do sujeito passivo, bem como autorização judicial. No que tange às intervenções *não invasivas*,

⁶³⁸FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, 2005, p.292.

⁶³⁹GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, 1997, p.118-119.

⁶⁴⁰COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.358.

⁶⁴¹OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*, 6 ed., 2006, p.344.

⁶⁴²QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, 2003, p.312

observa que, caso haja previsão legal e autorização judicial fundamentada, bem ainda observância estrita ao princípio da proporcionalidade, podem ser praticadas mesmo sem o consentimento do sujeito passivo.

No mesmo rumo, Aury Lopes Junior⁶⁴³ pondera que, em se tratando de delitos graves e observado o princípio da proporcionalidade, a intervenção corporal coercitiva pode ser efetivada, desde que haja lei regulamentando a matéria. Por ora, a ausência de legislação, consiste, para o autor, em um obstáculo intransponível para a realização da coleta coercitiva de material genético. Também neste sentido se posiciona Carlos Henrique Borlido Haddad⁶⁴⁴.

Analisando-se criticamente tais posições, verifica-se que Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho conferem um tratamento extremado à garantia, o que não se apresenta adequado em razão de sua natureza principiológica, que deve comportar restrições, obsequiosas ao princípio da proporcionalidade e respeitadoras dos direitos fundamentais do sujeito passivo.

O posicionamento de João Cláudio Couceiro e de Eugenio Pacelli de Oliveira também não parece adequado, na medida em que a inversão do ônus da prova não se mostra compatível com a presunção de inocência, o que causa uma verdadeira ruptura lógica no sistema, de maior custo do que a própria aceitação das intervenções coercitivas. Além disso, olvidam-se, os autores, das situações em que se faz necessária a realização de intervenção corporal coercitiva em terceiros (vítima ou testemunha), o que não se resolveria pela via da inversão do ônus da prova.

A posição assumida por Elizabeth Queijo, Aury Lopes Junior e Carlos Henrique Borlido Haddad afigura-se mais moderada, compatibilizando-se com boa parte da doutrina internacional pesquisada, e encontrando sintonia em legislações de diversos países, como a Espanha, a Itália, a Alemanha, os Estados Unidos e a Inglaterra.

⁶⁴³LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.130.

⁶⁴⁴A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de regulamentação. *Revista da EMERJ*, v.10, n.39, p.242.

Com efeito, a absolutização da garantia, já no nível do princípio, induz em uma proteção insuficiente dos demais direitos fundamentais envolvidos, com renúncia do emprego de novas tecnologias e com graves prejuízos para o acerto do caso penal.

Já se observou que tanto deve ser proibido o excesso de proteção (*Übermassverbot*) como sua insuficiência (*Untermassverbot*), o que impõe o enfrentamento do tema pelo legislador brasileiro, tal como em inúmeros outros ordenamentos democráticos.

O fato é que, atualmente, à míngua de regulamentação legal, as intervenções corporais, sejam elas invasivas ou não invasivas, só podem se realizar mediante consentimento válido do sujeito passivo. Tal consentimento pressupõe a advertência acerca do direito de não colaborar (tal qual a advertência sobre o direito ao silêncio), bem como a capacidade para consentir (maioridade – 18 anos - e capacidade mental)⁶⁴⁵.

Além disso, face à inexistência de lei, a recusa do sujeito passivo em se submeter à intervenção corporal, no Brasil, não pode ser objeto de valoração negativa, na medida em que não existe o dever de cooperar desacompanhado de determinação legal.

O que se propõe, portanto, e com o apoio teórico do direito comparado - notadamente de ordenamentos democráticos que também consagram, há séculos, o *nemo tenetur* -, é que as intervenções corporais sejam disciplinadas, com urgência, pelo legislador pátrio, para fins de se aparelhar o processo de um importante instrumento a ser posto a serviço da solução eficiente dos casos penais, sem que se descure das garantias e dos direitos fundamentais do acusado, inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Assim, desde que haja previsão legal, observância ao princípio da proporcionalidade, e autorização judicial (como regra), não se vislumbra óbice à realização das intervenções coercitivas que não impliquem em riscos para a saúde do sujeito passivo, nem tampouco violem sua dignidade pessoal.

⁶⁴⁵QUELJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, 2003, p.318-321.

No tocante ao exame de DNA, há que se fazerem algumas distinções correlatas à forma de obtenção das amostras.

Caso as amostras sejam fornecidas voluntária e validamente pelo acusado/investigado, ou mesmo recolhidas no local do crime, não há qualquer empecilho para a realização da perícia, por força do princípio da liberdade dos meios de prova, consagrado no artigo 155 do Código de Processo Penal. Por evidente que, à época da promulgação do Código (1941), o legislador ainda desconhecia a possibilidade de emprego da perícia genética para o esclarecimento de crimes, razão de sua não regulamentação.

Note-se que, diferentemente das intervenções coercitivas, o exame de DNA nada mais é do que um tipo especial de perícia, não exigindo previsão específica na legislação para sua efetivação.

Além disso, nas situações em que a perícia prescinde da intervenção corporal coercitiva, há apenas o aproveitamento de material fornecido voluntariamente pelo acusado/investigado, ou descartado pelo sujeito passivo e apreendido através de regular busca, não havendo que se cogitar de autoincriminação coacionada⁶⁴⁶.

Ainda assim, urge que o legislador regulamente a perícia de DNA, estabelecendo seus requisitos e proibindo a pesquisa do aspecto codificante, no sentido de que seja preservada uma plêiade de direitos fundamentais do acusado (intimidade, autodeterminação genética, etc).

Em arremate, caso a obtenção das amostras demande intervenção corporal, e não haja anuência do sujeito passivo, o regime a ser observado é aquele examinado supra, cujo pressuposto fundamental é a previsão legal.

É certo que, com o passar do tempo, a importância dos novos meios técnicos se apresentará inquestionável, seja no sentido de auxiliar a identificação de autores de crime, seja no sentido de demonstrar a inocência dos réus. O processo penal não pode se alhear em relação ao desenvolvimento da ciência, especialmente no campo da genética, que tantas contribuições pode prestar ao esclarecimento eficiente dos delitos, reduzindo-se as margens de erro judiciário.

⁶⁴⁶LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 2007, p.592.

3.2 A Autoincriminação Inconsciente: os meios enganosos

Dentre as restrições ou limites a que se pode submeter a garantia contra a autoincriminação, avulta em importância o tema dos meios enganosos, que interferem tanto no conteúdo definitivo (da regra) como em seu plano de proteção *prima facie*.

São tidos como espécies do gênero “meios enganosos” os homens de confiança, as gravações ambientais e as interceptações telefônicas, os quais vêm sendo amiúde utilizados, sobretudo no âmbito internacional, para a repressão à criminalidade organizada e ao terrorismo.

Necessário advertir, desde logo, que a proteção contra a autoincriminação não deve se reduzir à proibição do emprego de meios degradantes ou cruéis, sob pena de indevida redução do plano de proteção da garantia e de sua transformação em um mero instituto histórico, de diminuta relevância jurídica⁶⁴⁷.

Ao contrário, o *nemo tenetur se detegere* consiste em um corolário do sistema acusatório, no qual a busca incessante pela confissão não é o objetivo central do processo – como ocorria no sistema inquisitorial – e no qual o acusado não deve ser visto como a principal fonte de provas, senão como sujeito de direitos, dotado de autonomia para decidir sobre quando e como se manifestar.

Em uma palavra, a garantia representa um limite formal imposto à averiguação da verdade no processo democrático, comportando restrições, mas não a violação de seu conteúdo essencial.

Realmente, não há grandes diferenças entre forçar ou pressionar o acusado a fazer o que não quer, e lograr que faça algo na crença de que faz outra coisa.

Ainda que distintos, a coação e o engano possuem similitudes, sendo ambos aptos para a obtenção de provas contra a vontade do argüido. Vale

⁶⁴⁷GARIBALDI, Gustavo E.L. *Las modernas tecnologías de control y de investigación de delito*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p.37.

citar a advertência de Gustavo E. L. Garibaldi⁶⁴⁸, no sentido de que uma interpretação restritiva do conteúdo da garantia em sociedades altamente tecnológicas, que tenham superado a era da brutalidade como guia e motor de suas investigações, significará atribuir, para o *nemo tenetur*, um valor meramente histórico ou simbólico.

Há, atualmente, plena concordância, nos planos doutrinário e jurisprudencial, quanto à proibição definitiva e absoluta de toda classe de coação física contra o imputado para a obtenção de informações. Contudo, no que se refere aos meios enganosos, existem várias matizações, tratando-se de tema verdadeiramente conflituoso⁶⁴⁹.

Imprescindível, pois, enfrentar a problemática dos meios enganosos e aferir sua repercussão no campo do *nemo tenetur*, garantia da qual decorre, *prima facie*, o direito do réu de não cooperar com a produção da prova, a não ser que deseje livremente fazê-lo.

3.2.1 O Combate ao Crime Organizado e a Preservação dos Direitos Fundamentais: a busca por uma zona de equilíbrio

Retomando-se a problemática nuclear do processo penal, consistente na tensão entre a eficácia da atuação do *jus puniendi* e o respeito às garantias individuais, é preciso reconhecer que, na atualidade, a almejada zona de equilíbrio vem sendo sensivelmente afetada pela macro-criminalidade e pelo terrorismo.

Eventos trágicos ocorridos na primeira década do século XXI, como o atentado de 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque, o atentado de 11 de março de 2004, em Madrid, e o atentado de 07 de julho de 2005, em Londres, causaram gravíssimos abalos na confiança no sistema punitivo.

De um lado, os atentados terroristas desvelaram a ineficácia e a fragilidade dos mecanismos tradicionais de controle, seja para a prevenção de tais eventos, seja para sua reprimenda. De outro, as medidas adotadas,

⁶⁴⁸Las modernas tecnologías de control y de investigación de delito, 2010, p.496.

⁶⁴⁹GARIBALDI. Gustavo E.L. Las modernas tecnologías de control y de investigación de delito p.495.

especialmente pelos Estados Unidos através do *Patriot Act* – suprimindo-se garantias individuais e tolerando-se, oficialmente, a prática da tortura, como se verificou na base de Guantánamo⁶⁵⁰ - indicam uma total ruptura com o Estado de Direito e um perigoso retrocesso para o Estado Policial.

Além do terrorismo, é reconhecido que a globalização fomentou a organização criminosa⁶⁵¹, especialmente nas searas do narcotráfico, do tráfico internacional de pessoas (sobretudo de mulheres e crianças), da lavagem de capitais, dos delitos ambientais, dentre outras, altamente impactantes na segurança da população.

Com efeito, os meios de repressão tradicionais revelaram-se ineficazes quando empregados contra organizações criminosas⁶⁵², fundadas em forte hierarquização de seus membros e dedicadas à prática de delitos sem vítimas definidas ou individualizadas.

Para agravar o lúgubre cenário, as poucas vítimas ou testemunhas identificáveis são gravemente intimidadas pelas organizações criminosas – que tratam de punir barbaramente os que ousam violar a “lei do silêncio” (a *omertá*, da máfia italiana) - inviabilizando-se a produção de tais provas tradicionais⁶⁵³.

Um exemplo concreto do poder de tais organizações, que impossibilita a coleta de prova por meios tradicionais, é trazido por Jean Ziegler⁶⁵⁴. Na década de 1990, a *Cosa Nostra* siciliana decidiu tomar o controle da região francesa de Dauphiné. Para fazê-lo, a organização forçou os grupos criminosos ali existentes a se retirar e passou a, sistematicamente, executar os que resistiram, incluindo dois importantes dirigentes locais. A única testemunha potencial da polícia restou imobilizada em uma cama de hospital, com os pulmões perfurados, a língua cortada, a mandíbula destruída e os ossos da bacia e dos ombros quebrados. Com os dedos que

⁶⁵⁰FLUJÁ, Vicente C. Guzmán. El agente encubierto y las garantías del proceso penal. *Revista Ciencias Penales*, n.12, ano 11, p.4, 1996. Disponível em <www.cienciaspenales.net>. Acesso em 24.08.2010.

⁶⁵¹ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime. As novas máfias contra a democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2003, p.33.

⁶⁵²SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado, procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2009, p.30.

⁶⁵³Idem, op. cit., p.31-32.

⁶⁵⁴ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime. As novas máfias contra a democracia*. 2003, p.62.

lhe restaram, a testemunha tentou responder às perguntas dos policiais datilografando em uma máquina especial.

Afirma-se, neste contexto, que a criminalidade organizada é o próprio capitalismo agravado⁶⁵⁵. Nela se identificam traços essenciais, como a organização de grupos para finalidades criminosas; existência de rígidos vínculos hierárquicos; o recurso à intimidação, à violência e à corrupção; a lavagem de lucros ilícitos, etc⁶⁵⁶.

Como exemplo, aponte-se a máfia italiana, verdadeira potência econômica, cujo volume de negócios anual chega a 50 bilhões de dólares, e cujo patrimônio imobiliário supera 100 bilhões de dólares. Apenas a *Cosa Nostra*, da Sicília, reúne 180 clãs, 5.500 homens de honra e 3.000 soldados⁶⁵⁷.

No Brasil, o crime organizado mostra sua face hedionda nas prisões, com o surgimento, entre as décadas de 70, 80 e 90 do século XX, de organizações como o Comando Vermelho (CV), os Amigos dos Amigos (ADA), e o Primeiro Comando da Capital (PCC). O último grupo foi o responsável por gravíssimos atentados à cidade de São Paulo, ocorridos recentemente, que redundaram na morte de mais de 30 policiais, além do assassinato do juiz-corregedor, Antonio José Machado Dias, diretor do Centro de Readaptação Carcerária de Presidente Bernardes, prisão mais rígida do país. Trata-se de organizações especializadas em delitos graves, como tráfico de entorpecentes, extorsões e roubos a bancos⁶⁵⁸.

A resposta estatal - que muitas vezes ignora importantes instrumentos de política criminal -, se traduz (ou se reduz?) no recrudescimento do processo, do direito penal e da execução penal (com a criação, *verbi gratia*, do Regime Disciplinar Diferenciado - art.52 da Lei 7.210/84), em detrimento das garantias individuais.

Fato é que nem a ineficiência repressiva, nem tampouco o arbítrio, são aceitáveis, cumprindo enfrentar os novos e graves problemas sem se renunciar aos princípios fundantes do Estado de Direito.

⁶⁵⁵ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime. As novas máfias contra a democracia*. 2003, p.54.

⁶⁵⁶Idem, op. cit., p. 56.

⁶⁵⁷Idem, op cit., p. 58.

⁶⁵⁸SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado, procedimento probatório*, 2009, p.12.

Nesse contexto, a necessidade de repressão à criminalidade organizada e o desejo de se conferir eficiência ao processo penal exigem a utilização de meios de prova de eticidade questionável, porquanto afetam inúmeros direitos fundamentais⁶⁵⁹.

Cuida-se dos denominados meios ocultos ou enganosos, a saber, da infiltração de agentes, das gravações ambientais (ou vigilância acústica) e das interceptações telefônicas, que restringem direitos fundamentais como a privacidade, a intimidade, a inviolabilidade de domicílio, o sigilo de comunicações telefônicas e, especialmente, a garantia contra a autoincriminação⁶⁶⁰.

Observe-se, no plano normativo, que tratados internacionais foram firmados, admitindo-se o emprego de tais meios de prova, destacando-se, dentre eles, o Tratado de Palermo, resultante da Convenção da ONU sobre o Crime Organizado Transnacional, realizada entre 12 e 15 de novembro de 2000, e ratificado pelo Brasil através do Decreto 5.015/2004.

Como vem sendo pontuado nesta dissertação, os deveres de proteção estatais, correlatos à tutela dos direitos fundamentais coletivos, só podem ser desincumbidos pela via de um processo penal eficiente, apto a enfrentar os desafios lançados pela criminalidade organizada⁶⁶¹.

Conforme corretamente anota Thiago Pierobom de Ávila⁶⁶², o dever de proteção pode validamente justificar a restrição de direitos fundamentais individuais, e a solução das situações de colisão se dará pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Assim, uma vez admitida a necessidade de utilização de meios de prova diferenciados, exige-se, de outro lado, o estabelecimento de requisitos rígidos para a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais afetados, tais como a previsão legal das medidas excepcionais, a autorização judicial e a observância estrita do princípio da proporcionalidade.

⁶⁵⁹GARIBALDI. Gustavo E.L. *Las modernas tecnologías de control y de investigación de delito*, 2010, p.461.

⁶⁶⁰GARIBALDI. Gustavo E.L. *Las modernas tecnologías de control y de investigación de delito*, 2010, p.461.

⁶⁶¹GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2001, p.214.

⁶⁶²*Provas ilícitas e proporcionalidade*, 2007, p.59.

Os meios excepcionais de investigação devem se situar no interior do sistema garantista, sob pena de se ingressar no movediço terreno do direito penal e processual do inimigo⁶⁶³.

Perfilhando advertência formulada por Winfrid Hassemer⁶⁶⁴, o único meio de se enfrentar necessidades concretas, derivadas de perigos concretos, sem se resvalar para o arbítrio e o abuso, é não renunciar à essência do Estado de Direito.

Não há dúvidas de que o emprego dos meios de prova em exame, visto que fundamentados no engano, suscitam inúmeras questões de ordem ética, de direito material e processual.

Perpassa por aspectos ético-filosóficos, na medida em que se relaciona com os princípios básicos do Estado de Direito, os quais restam conspurcados pelo emprego de meios de prova ocultos e altamente invasivos, tais como os “homens de confiança” e a vigilância acústica.

Transita pelo direito penal, porquanto faz eclodir problemas de punibilidade, especialmente nos planos da ilicitude (crime impossível por obra de agente provocador, v.g) e da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa no tocante a delitos praticados pelo agente infiltrado). Além disso, perpassa pela enorme dificuldade em se definir o alvo dos meios de prova excepcionais, dada a complexidade dogmática do conceito de organização criminosa.

Por fim, o problema adentra na seara do processo, face à íntima correlação com os temas da distribuição do ônus da prova, da presunção de inocência, das proibições probatórias, da garantia do contraditório efetivo e, notadamente, com a própria proteção contra a autoincriminação.

Ocupar-se-á, nesta dissertação, mais especificamente dos problemas que suscitam os meios enganosos no âmbito do processo penal e da garantia contra a autoincriminação. Verificar-se-á qual é a medida aceitável de restrição da garantia, bem como em que momento esta deve se tornar

⁶⁶³FLUJÁ, Vicente C. Guzmán. *El agente encubierto y las garantías del proceso penal*, El agente encubierto y las garantías del proceso penal. *Revista ciencias penales*, n.12, ano 11, 1996, p. 8. Disponível em <www.cienciaspenales.net>. Acesso em 24.08.2010.

⁶⁶⁴*Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.144-146.

operativa, no sentido de se aferir a legitimidade das provas obtidas sem o conhecimento do imputado (autoincriminação inconsciente ou involuntária).

Contudo, não se abre mão de algumas referências e reflexões quanto aos problemas éticos e de direito material, ainda que nos limites estreitos impostos pelo objeto da pesquisa.

Para o enfrentamento do tema, será utilizado, novamente, o método comparativo, no sentido de se investigar o tratamento conferido pelos ordenamentos jurídicos ocidentais aos meios ocultos, bem como de se aplicar, no que couber, as respostas apresentadas ao direito brasileiro, contribuindo-se para o aprofundamento do debate teórico/dogmático.

3.2.2 Uma Advertência Prévia: Necessidade de Observância do Princípio da Proporcionalidade

Já se afirmou alhures que qualquer intervenção no âmbito dos direitos fundamentais exige a observância do princípio da proporcionalidade⁶⁶⁵, em sua tríplice dimensão (idoneidade, necessidade, e proporcionalidade *strictu sensu*).

Impende, portanto, para se autorizar a infiltração de agentes, a realização de gravações ambientais ou de interceptações telefônicas, aferir, primeiramente, se a medida revela-se adequada ou idônea para a obtenção da prova que se pretende recolher.

Presente a idoneidade, há de se analisar se não existem outros meios menos gravosos ou restritivos dos direitos fundamentais, disponíveis para a produção da prova (princípio da subsidiariedade ou intervenção mínima).

Por outras palavras, é preciso verificar se a utilização de meios de prova tradicionais, como a testemunhal, a busca e apreensão, dentre outros, menos invasivos, seriam inefetivos para o esclarecimento do fato delituoso em concreto.

Como já se anotou, face ao elevado poder de intimidação das organizações criminosas e à lei do silêncio por elas impostas, não será difícil

⁶⁶⁵GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor Moreno; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Lecciones de derecho procesal penal*, 2001, p.214.

demonstrar a impraticabilidade dos meios de prova tradicionais, desafiando-se a utilização dos meios ocultos ou enganosos⁶⁶⁶.

Por fim, há de se indagar acerca da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, sobre o custo da utilização de meios de prova arriscados e gravosos para direitos fundamentais (sejam do servidor público envolvido na diligência sejam do investigado), à luz da importância dos fins que se pretendem atingir.

Assim, não se deve admitir, por exemplo, a perigosa infiltração de agentes, salvo para a elucidação de delitos graves, executados por organizações criminosas, e que causem sérios abalos à segurança comunitária (a chamada “repercussão social” da jurisprudência alemã).

Ainda que em menor nível de exigência, também as gravações ambientais e interceptações de comunicações telefônicas não de se submeter ao crivo dos três subprincípios da proporcionalidade, na medida em que restringem direitos fundamentais do investigado e, inclusive, de terceiros que com ele mantenham contato.

Cumprido, agora, analisar, detidamente, cada um destes meios excepcionais de prova, com atenção voltada, especialmente, para a garantia contra a autoincriminação.

3.2.3 Os Homens de Confiança

A infiltração policial consiste, resumidamente, no ingresso de alguém (servidor público ou particular) em uma organização criminosa, com ocultação de sua identidade, objetivando descobrir seus membros e colher provas sobre suas infrações⁶⁶⁷.

Cuida-se de um dos mecanismos que vem sendo utilizados por inúmeros países na repressão à criminalidade organizada, e tido como

⁶⁶⁶MONTOYA, Mario Daniel. El agente encubierto en la lucha contra el crimen organizado en la Argentina. *Revista de derecho penal procesal penal y criminología*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, ano 1, n.2, 2001, p.305.

⁶⁶⁷FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide (Coord). *Crime organizado, aspectos processuais*. São Paulo:RT, 2009, p.18.

indispensável para se conferir eficácia à investigação em casos que tais, dada a prevalência da “lei do silêncio” imposta às testemunhas, vítimas e membros das organizações criminosas⁶⁶⁸.

A utilização dos homens de confiança, contudo, visto que sedimentada no engano, pode implicar na restrição de vários direitos fundamentais, como a privacidade, a intimidade, a inviolabilidade de domicílio, dentre outros, gerando um grave conflito ético na atividade estatal⁶⁶⁹.

Interfere, ainda, intimamente, para com a garantia contra a autoincriminação, sendo imperioso aferir, à luz do *nemo tenetur* e das demais regras de proibição probatória, a legitimidade das provas colhidas pelo agente infiltrado.

Antes de fazê-lo, impõe-se delimitar o conceito de “homem de confiança” e analisar os atos que podem ser por ele praticados, com enfoque da legislação, da doutrina e da jurisprudência nacional e alienígena.

3.2.3.1 Conceito e Subespécies

O homem de confiança é a testemunha que colabora com as instâncias formais de persecução penal, sob a promessa de confidencialidade⁶⁷⁰. Neste conceito estão incluídos tanto os particulares como os agentes policiais, que se introduzem no submundo do crime, seja limitando-se à busca de informações, seja provocando a prática do crime.

Nesse conceito amplo inserem-se, ainda, tanto o “agente provocador”, o “agente infiltrado” e o “agente encoberto”⁶⁷¹.

O agente provocador é aquele que convence outrem a prática de um crime, *induzindo-o* ou *instigando-o*⁶⁷², mas adotando as medidas necessárias para fins de se evitar a consumação do ilícito, atuando com o exclusivo

⁶⁶⁸SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime organizado, procedimento probatório*, 2009, p.33.

⁶⁶⁹GARIBALDI, Gustavo E. L. *Las modernas tecnologías de control y de investigación de delito*, 2010, p.137.

⁶⁷⁰ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1992, p.220.

⁶⁷¹COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.286.

⁶⁷²GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor Moreno; CORTES DOMÍNGUEZ, Valentin. *Lecciones de derecho procesal penal*, 2001, p. 216.

propósito de submeter o provocado a um futuro processo penal. Diga-se, desde logo, que a atuação do agente provocador é taxada de ilegítima de modo quase que uníssono⁶⁷³, como se verá a seguir.

O agente infiltrado, por sua vez, é o agente da autoridade, ou o cidadão particular atuando sob determinação desta, que, falseando sua identidade, e com o fim de recolher provas para a incriminação do suspeito, ganha sua confiança, infiltrando-se na organização criminosa⁶⁷⁴. Neste contexto, o agente infiltrado acompanha a execução dos atos criminosos, podendo chegar mesmo a praticá-los para fins de conseguir a informação desejada⁶⁷⁵.

Por derradeiro, o agente encoberto ou oculto é o agente da autoridade ou o particular que, sem revelar sua identidade, freqüenta ambientes criminógenos, na esperança de descobrir possíveis delinqüentes. É um mero observador⁶⁷⁶.

A delimitação conceitual apresenta-se imprescindível, porquanto se entrosa com a problemática da legitimidade da prova produzida, como se observará em continuação.

3.2.3.2 Disciplina Legal e Atos Executáveis pelos Homens de Confiança

No Brasil, a infiltração de agentes encontra tímida e insuficiente disciplina normativa na Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/1995, art.2º, V) e na Lei Antidrogas (Lei 11.343/2006, art. 53, caput e inciso I), exigindo-se, em todos os casos, prévia autorização judicial e oitiva do Ministério Público.

Nenhuma das normas enfrenta problemas essenciais afetos ao tema, deixando de disciplinar os atos que podem ser praticados pelo agente, especialmente as infrações penais que podem ser cometidas sem redundar em responsabilização penal, nem tampouco o prazo de sua duração. Não há, outrossim, qualquer referência ao princípio da proporcionalidade, o que se

⁶⁷³ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1992, p.221.

⁶⁷⁴GIMENO SENDRA. *Manual de derecho procesal penal*, 2010, p.309.

⁶⁷⁵COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.286.

⁶⁷⁶Idem, op. cit., p.287.

fazia de todo necessário, uma vez que sua observância, para o emprego do meio enganoso, é imprescindível.

No direito comparado, a situação é oposta, sendo detalhada a legislação regulamentadora da infiltração de agentes. É ver.

Na Espanha, o artigo 282 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* regulamenta a atuação dos encobertos não infiltrados e dos encobertos infiltrados, autorizando-se, os últimos (encobertos infiltrados), a realizar ações ou omissões criminosas para ganhar a confiança dos outros membros do grupo, sempre com autorização judicial⁶⁷⁷. Estabelecem-se, como regras gerais: a) a necessidade de autorização judicial ou do Ministério Público; b) que o agente estará isento de responsabilidade criminal nas situações em que houver praticado um delito como consequência direta e necessária do desenvolvimento da investigação⁶⁷⁸; c) que atue com observância do princípio da proporcionalidade⁶⁷⁹; d) que solicite autorização judicial sempre que sua atuação implique em restrição de direitos fundamentais⁶⁸⁰. Somente se admite a infiltração em se tratando de delitos definidos em um rol fechado, destacando-se, dentre eles, o tráfico de drogas e de pessoas. Admite-se que o agente seja ouvido como testemunha, em juízo, com sua falsa identidade, preservando-se sua identidade verdadeira⁶⁸¹.

Na Argentina, o artigo 31 *bis* da Lei 23.737/1989 (*Ley de Estupefacientes*) disciplina a atuação do “*agente encubierto*” no combate ao narcotráfico, autorizando-se, inclusive, a execução de crimes⁶⁸². Restringe-se a utilização a delitos previstos na lei de drogas, devendo haver uma investigação acerca de um crime específico em curso⁶⁸³. Exige-se que o meio

⁶⁷⁷COGAN, Marco Antônio Pinheiro Machado; JAMILE JOSÉ, Maria. Crime organizado e terrorismo na Espanha. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord). *Crime organizado - aspectos processuais*, 2009, p.140-141.

⁶⁷⁸ASENCIO MELLADO, José Maria. *Derecho procesal penal*, 2010, p.144.

⁶⁷⁹SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado, procedimento probatório*, 2009, p.80.

⁶⁸⁰GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*, 2010, p.310.

⁶⁸¹GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*, 2010, p.310.

⁶⁸²VILARDI, Rodrigo Garcia; GIDARO, Wagner Roby. O crime organizado e o terrorismo na Argentina – instrumentos e mecanismos legais de proteção. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord). *Crime organizado, aspectos processuais*, 2009, p.77-78.

⁶⁸³MONTOYA, Mario Daniel. El agente encubierto en la lucha contra el crimen organizado en la Argentina. *Revista de derecho penal procesal penal y criminologia*, 2001, p.309.

oculto só possa ser empregado caso as finalidades da investigação não possam ser alcançadas de outra forma. A legislação determina a autorização por meio de decisão judicial fundamentada, bem como que as informações obtidas pelo agente sejam repassadas, de imediato, ao conhecimento do juiz⁶⁸⁴.

Nos Estados Unidos, as atividades do agente infiltrado (*undercover agent*) são detalhadamente disciplinadas, admitindo-se, também, a prática de infrações penais, desde que haja prévia autorização do superior hierárquico. Impõem-se vários limites à atuação, tais como: proibição de obtenção de benefícios pessoais ou favores sexuais; não vulneração de direitos fundamentais, salvo com prévia autorização judicial; não intimidação de investigados ou suspeitos, etc⁶⁸⁵.

Em Portugal, o art.59 do Dec. Lei 15 de 1993, disciplina a conduta do agente infiltrado, também exigindo autorização judicial, e autoriza a prática de determinadas condutas delituosas, notadamente no que concerne ao tráfico de entorpecentes⁶⁸⁶.

Na Alemanha, a atuação do denominado *V-Mann* (*vertrauen Mann* – homem de confiança) ou *Verdeckte Ermittler* (agente infiltrado) também é admitida, negando-se valor à prova obtida apenas nas hipóteses de instigação à prática de crime, pelo agente provocador⁶⁸⁷. A matéria é regulamentada pelo § 110 a – e da *StPO*, onde se admite a infiltração de agentes no âmbito do crime organizado e em outros casos, nos quais a investigação do delito realizada por outra forma resultaria consideravelmente mais difícil⁶⁸⁸. A legislação alude a um rol de crimes, o qual não se apresenta taxativo, na medida em que há uma cláusula genérica, associada às infrações de “considerável significado” (*Straftat von erheblicher Bedeutung*). Exige, a lei, autorização do Ministério Público para a infiltração do agente

⁶⁸⁴GARIBALDI, Gustavo E. L. *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito*, 2010, p.47.

⁶⁸⁵BECHARA, Fabio Ramazzini. MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide de. (Coord). *Crime organizado - aspectos processuais*, 2009, p.161-162.

⁶⁸⁶COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.293.

⁶⁸⁷Idem, op. cit., p.293.

⁶⁸⁸ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, 2007, p.100.

pela polícia, bem como, em situações que impliquem em restrições a direitos fundamentais (ingresso em domicílio, por exemplo), autorização judicial. A infiltração do agente com inobservância dos requisitos legais implica na proibição de valoração das informações por ele adquiridas⁶⁸⁹.

A preocupação que se verifica, no direito comparado, é no sentido de se definirem os limites para a atuação do agente infiltrado, especialmente no que concerne às possíveis infrações penais que este se veja na necessidade de praticar, no escopo de ganhar a confiança do grupo, de recolher provas ou de preservar a própria segurança pessoal. Discute-se, intensamente, acerca da legitimidade da prova obtida, sobretudo à luz da garantia contra a autoincriminação⁶⁹⁰ e dos outros direitos fundamentais afetados.

Recomendável, portanto, que o legislador pátrio melhor defina as condutas a serem praticadas pelo agente, evitando-se uma interpretação casuística e descontrolada, geradora de insegurança jurídica, sobretudo para aquele que se encontra no exercício da perigosa função, expondo, muitas vezes, a própria vida a elevado risco.

Entrementes, e no escopo de se tentar dar alguma disciplina à matéria, parte da doutrina propõe a aplicação analógica da Lei 9.296/96, seja no tocante aos requisitos objetivos (espécies de crimes que podem admitir a medida) e subjetivos (indícios de envolvimento do investigado em tais crimes), seja no tocante aos prazos de duração da infiltração⁶⁹¹.

O vácuo legislativo e a tímida utilização deste meio de prova, no Brasil, são fatores que ainda geram insegurança jurídica, desafiando estudos mais aprofundados, que escapam do limite desta dissertação.

De qualquer forma, insta aferir o valor da prova produzida pelos homens de confiança e seus impactos no *nemo tenetur*.

⁶⁸⁹GUARIGLIA, Fabricio. El agente encubierto: un nuevo protagonista en el procedimiento penal? *Revista ciencias penales*. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/guarig12.htm>. Acesso em 03.12.2010.

⁶⁹⁰GUARIGLIA, Fabricio. El agente encubierto: un nuevo protagonista en el procedimiento penal? *Revista ciencias penales*. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/guarig12.htm>. Acesso em 03.12.2010.

⁶⁹¹SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime organizado, procedimento probatório*, 2009, p.76-77.

3.2.3.3 A Legitimidade das Provas Colhidas pelos Homens de Confiança à Luz da Garantia Contra a Autoincriminação (e de outros Direitos Fundamentais)

A utilização dos homens de confiança para a obtenção de prova é um tema extremamente problemático, que não tem merecido a devida atenção no Brasil. Há importantes autores, como o processualista alemão Friedrich Dencker⁶⁹², que, sem rodeios, englobam todos os meios ocultos em um só pacote e lhes lançam o sugestivo rótulo de “direito penal desonesto”.

Apesar das cautelas, não se deve ir tão longe.

O próprio Friedrich Dencker⁶⁹³ reconhece que, em uma sociedade industrial e tecnologicamente avançada, os meios de prova tradicionais, concebidos para relações sociais mais rudimentares e “idílicas”, não são suficientes para a repressão da criminalidade organizada, asseverando: “em uma sociedade que não está mais organizada em forma agrária, o Estado não pode reagir a formas delitivas industriais com métodos investigativos pré-industriais”.

Para fins da presente pesquisa, o aspecto de maior relevo é, exatamente, aferir a licitude das provas colhidas pelos homens de confiança, especialmente no que concerne aos possíveis impactos no plano de proteção normativo da garantia contra a autoincriminação.

Primeiramente, pode-se afirmar que há quase unanimidade na doutrina em se taxar como inadmissível a prova produzida pelo agente provocador.

A uma, porque, no plano do direito material configura-se a hipótese de crime impossível, o que, de per si, afasta a responsabilidade penal do provocado, tornando despicienda a análise da validade da prova, resolvendo-se a questão já no âmbito do direito material.

A duas, porque se revela incompatível com a eticidade e os demais princípios do Estado de Direito que o próprio Estado, ao pretexto de reprimir

⁶⁹²DENCKER, Friedrich. Criminalidad organizada y procedimiento penal. *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 479, 1998.

⁶⁹³Idem, op. cit., p.490.

o crime, induza ou instigue alguém a cometê-lo⁶⁹⁴, praticando um comportamento malicioso e censurável⁶⁹⁵.

E a três, porque se cuida de uma situação típica de engano, que induz na proibição de valoração da prova⁶⁹⁶.

No Brasil, a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal dispõe sobre a ilegalidade do flagrante em se tratando de obra do agente provocador, classificando-se a hipótese como crime impossível, o que é aceito pela doutrina majoritária, com pouquíssimas exceções⁶⁹⁷.

Nos Estados Unidos, para a fundamentação da não punibilidade do provocado, lança-se mão da chamada *defense of entrapment*, a qual se encontra presente nas codificações penais de praticamente todos os Estados da Federação⁶⁹⁸. Restringe-se, porém, o instituto às situações em que o agente provocador desencadeia efetivamente o crime, e não se limita a instigá-lo, valendo-se de uma idéia pré-existente do provocado⁶⁹⁹. Cuida-se da denominada teoria subjetiva, que leva em conta o estado anímico do provocado (intenção de cometer o delito) e não apenas o aspecto objetivo, consistente na existência da provocação⁷⁰⁰.

Já no tocante ao agente infiltrado, a tendência da doutrina e da jurisprudência, no direito comparado, é de aceitação das provas produzidas, com matizações relacionadas especialmente aos direitos ao silêncio e à intimidade.

Antes de se cuidar, especificamente, da proteção contra a autoincriminação, observe-se que o agente infiltrado sempre poderá ser ouvido, no processo, na qualidade de testemunha, prestando informes relevantes acerca dos fatos por ele presenciados.

⁶⁹⁴GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*, 2010, p.310.

⁶⁹⁵ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1992, p.222.

⁶⁹⁶Idem, op. cit., p.227.

⁶⁹⁷Veja-se a posição divergente de Eugenio Pacceli de Oliveira, que considera válido o flagrante, aproximando os conceitos de flagrante esperado e provocado. In *processo penal*, 6 ed., 2006, p.425-426.

⁶⁹⁸ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições da prova em processo penal*, 1992, p.228.

⁶⁹⁹GARIBALDI, Gustavo E. L. *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito*, 2010, p.179.

⁷⁰⁰Idem, op. cit., p.178-179.

Realmente, no que se refere aos fatos naturalísticos presenciados – a execução de um crime, a prática de atos preparatórios, a localização do ponto de encontro da organização criminosa, *verbi gratia* – não há maiores dificuldades em se aceitar e valorar o depoimento do homem de confiança, ainda que haja afetação de direitos fundamentais como a privacidade, a intimidade e a inviolabilidade de domicílio.

Conforme já se ressaltou, não há preponderância apriorística dos direitos fundamentais afetados sobre o interesse comunitário insito ao processo penal, impondo-se a harmonização do conflito mediante uma ponderação que preserve o mínimo da essência do indivíduo (ao que a doutrina alemã denomina “configuração do núcleo essencial da vida privada”) e promova a máxima realização dos fins e valores comunitários.

Caso contrário, o meio excepcional de prova apresentar-se-á de todo imprestável, não atendendo, sequer, ao requisito da idoneidade/adequação que compõe o princípio da proporcionalidade.

O problema se avulta, exatamente, no que toca às possíveis confissões realizadas pelo investigado perante o agente infiltrado, sem a ciência de que estava renunciando ao direito ao silêncio⁷⁰¹ e de que estava produzindo prova testemunhal contra si mesmo⁷⁰².

Tome-se, a guiza de exemplo, o caso noticiado por Roxin⁷⁰³, da infiltração de um agente policial em uma cela de prisão, no sentido de se ganhar a confiança do companheiro de carceragem, e de se obter a confissão do último em relação à prática de um delito.

Ainda que a confissão realizada perante o agente policial infiltrado não tenha sido extorquida de forma violenta, não há dúvidas de que o investigado laborou em erro, não tendo, outrossim, sido advertido acerca de seu direito ao silêncio.

Surgem, então, várias indagações, tais como: a advertência acerca do direito ao silêncio é exigida fora do processo? A proteção do investigado, em

⁷⁰¹DENCKER, Friedrich. Criminalidad organizada y procedimiento penal. *Nueva doctrina penal*, p.490.

⁷⁰²GUARIGLIA, Fabricio. El agente encubierto: un nuevo protagonista en el procedimiento penal? *Revista ciencias penales*. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/guarig12.htm>. Acesso em 03.12.2010

⁷⁰³*Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*, 2007, p. 94.

situação que tal, encontra-se no plano de extensão normativo da garantia contra a autoincriminação?

No caso apontado (*BGHSt* 34, 362), em que se infiltrou o agente na cela do investigado, o Supremo Tribunal Alemão decidiu pela inadmissibilidade da prova colhida, impedindo a utilização da informação no processo⁷⁰⁴. Tal interpretação decorre da regra específica de proibição probatória, prevista no § 136 da *StPO*, que tem por objeto os meios enganosos⁷⁰⁵ e onde se explicita o dever de instrução acerca do direito ao silêncio.

Contudo, há posições divergentes, que partem do fundamento de que as garantias do investigado só se fazem presentes perante órgãos das instâncias repressivas e no âmbito de procedimentos formais, já que são nestas situações que o último se encontra mais fragilizado e submetido à potestade do Estado. Fora dos interrogatórios formais, não haveria necessidade de advertência acerca do direito ao silêncio, uma vez que a garantia ainda não se encontraria operacional.

Na Inglaterra, por exemplo, as garantias do acusado só se aplicam nos casos em que o suspeito tem ciência de que está sendo interrogado por alguém que tem autoridade sobre ele⁷⁰⁶.

Nos Estados Unidos, divide-se a matéria em declarações realizadas sob atmosfera coercitiva policial (*Police dominated atmosphere*) e realizadas fora desta atmosfera. Na segunda situação, em que o suspeito presta declarações perante o agente encoberto sem qualquer tipo de coação moral, as advertências – “*Miranda’s warnings*” – não são exigidas, admitindo-se a valoração da prova⁷⁰⁷.

No plano específico da garantia contra a autoincriminação, e conforme já se sustentou alhures (capítulo 2), tem-se que o direito ao silêncio, por ocasião do interrogatório formal pela Autoridade pública, se situa no nível da

⁷⁰⁴ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, 2007, p. 94.

⁷⁰⁵ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1992, p.231.

⁷⁰⁶COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.291.

⁷⁰⁷FLUJÁ, Vicente C. Guzmán. *El agente encubierto y las garantías del proceso penal*, p.20.

regra, não admitindo restrições, sob pena de violação do núcleo essencial do direito fundamental.

Resta, contudo, responder se a garantia deve ser aplicada fora dos procedimentos formais, bem como se a advertência acerca do direito ao silêncio é um requisito essencial a ser observado em qualquer situação.

Primeiramente, tem-se que, caso o agente infiltrado conduza um autêntico interrogatório, com o objetivo específico de se obter a confissão, o Estado encontra-se de um lado e o investigado de outro⁷⁰⁸. Nesta situação, a regra da não autoincriminação há de vigorar, não sendo de se admitir a valoração da confissão no processo, sob pena de vulneração do núcleo essencial da garantia. Certamente, caso o investigado houvesse sido advertido pelo agente infiltrado, sobre o direito ao silêncio – o que seria de todo inconcebível, até mesmo em face dos riscos pessoais aos quais o funcionário estaria exposto - a confissão não ocorreria.

A mesma solução há de ser dada às situações de atmosfera coercitiva policial ou coação, nas quais o investigado é induzido a confessar, sob pena de sofrer represálias, o que equivale ao emprego de meio cruel para obtenção da confissão, vedado pela regra da não autoincriminação. Foi o que ocorreu no caso em que um agente infiltrado, a serviço do FBI, alegou para o companheiro de cela que este seria agredido e que somente iria auxiliá-lo caso confessasse sua participação em um homicídio⁷⁰⁹. A Suprema Corte Estadunidense, no julgado 499 US 279 (1991), decidiu pela inadmissibilidade da prova, anulando a condenação.

Porém, desde que a atuação do agente se dê com observância dos requisitos legais – autorização judicial, proporcionalidade, ausência de coação – não há razão para se classificar a fonte de prova (informação obtida) como ilícita, sendo possível, a partir dela, se chegar a outros meios de prova lícitos. É o que ocorre, por exemplo, caso o investigado preste informações acerca da localização de substâncias entorpecentes, que podem

⁷⁰⁸DENCKER, Friedrich. Criminalidad organizada y procedimiento penal. *Nueva doctrina penal*, 1998, p.479.

⁷⁰⁹COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004 p.289.

ser apreendidas pela via de uma regular medida de busca e apreensão, autorizada judicialmente.

De outra banda, nas situações em que o investigado presta declarações espontaneamente – ainda que desconhecendo a verdadeira identidade do agente – há de se admitir o testemunho do agente infiltrado, no sentido da ocorrência da confissão informal⁷¹⁰.

Isso porque, em que pese a situação de engano – ínsita a qualquer um dos meios de prova de que ora se trata – a proteção contra a autoincriminação não atua no sentido de evitar que o autor de um delito trave conversações livres com quem quer que seja, assumindo o risco de que as informações cheguem ao conhecimento de terceiros. Nesse norte, *verbi gratia*, a posição do Pleno do Supremo Tribunal Alemão, repercutida, embora censurada, por Francisco Muñoz Conde⁷¹¹.

Ainda assim, nessas situações de confissões informais, realizadas espontaneamente perante o agente infiltrado, a prova produzida pelo último, no processo, não poderá ser classificada como uma verdadeira *confissão*, senão como uma mera prova indireta, ou como um testemunho de “ouvir dizer” (*hearsay*), de reduzidíssimo valor. É dizer, não se poderá admitir uma condenação supedaneada na confissão informal realizada perante o homem de confiança, salvo quando houver outras provas a corroborá-la, inclusive submetidas ao crivo do contraditório.

A rigor e em resumo, o agente infiltrado, nestes casos de confissões informais, atuaria como fonte de prova, permitindo que se buscassem outras provas para se corroborar as informações obtidas⁷¹², mas nunca como meio de prova⁷¹³. Tal conclusão, que se faz presente em diversos julgamentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁷¹⁴, é uma exigência do processo democrático, uma vez que as provas obtidas na fase pré-processual só valem

⁷¹⁰HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*, 2005, p.229.

⁷¹¹*De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del inimigo*, 2008, p.34-35.

⁷¹²ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (um estudio comparado)*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p.129.

⁷¹³MUÑOZ CONDE, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del inimigo*, 2008, p.57.

⁷¹⁴ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (um estudio comparado)*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p.129.

enquanto fontes para outros meios de prova a serem produzidos em juízo, sob o crivo do contraditório.

Por fim, tais assertivas não implicam em que a garantia contra a autoincriminação não incida nessas hipóteses.

A incidência, no plano principiológico, acarreta que a atuação dos agentes infiltrados ao arrepio da lei viola o *nemo tenetur*, uma vez que a cooperação inconsciente prestada pelo acusado (protegida *prima facie*), será classificada como sendo ilegítima, não podendo ser valorada no processo.

3.2.4 As Interceptações Ambientais e Telefônicas, as Gravações Clandestinas e o *Nemo Tenetur*

Dentre os meios enganosos que também resvalam no *nemo tenetur*, e que vem sendo utilizados com alarmante frequência, estão as interceptações ambientais, as gravações clandestinas e as interceptações telefônicas, exigindo atenção detida.

Com razão, adverte Francisco Muñoz Conde⁷¹⁵ que o progressivo debilitamento do princípio *nemo tenetur* é uma realidade cada vez mais frequente na praxis policial e judicial, que, “com um ou outro pretexto, e com mais ou menos engenho jurídico, conseguem seja o próprio inculcado o que subministre material probatório contra si”.

Não há dúvida de que as provas obtidas com a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, ou através de gravações ambientais, além de restringirem direitos fundamentais como a privacidade, a intimidade e a inviolabilidade de domicílio, também impactam na órbita da garantia contra a autoincriminação⁷¹⁶, na medida em que é o próprio acusado quem fornece os elementos probatórios contra si mesmo⁷¹⁷.

Vive-se, na contemporaneidade, e em função dos avanços tecnológicos, uma verdadeira atmosfera de “*Gran Hermano*”, na qual o Estado possui

⁷¹⁵De Las Prohibiciones probatorias al derecho procesal del inimigo, 2008, p.65. Tradução livre.

⁷¹⁶DE LANGHE, Marcela. Escuchas telefonicas: limites a intervenció del estado en la privacidad e intimidad de las personas, 2009, p.33.

⁷¹⁷ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, 2007, p.108.

meios materiais para vigiar a vida privada dos cidadãos, ainda que no recôndito domiciliar⁷¹⁸.

O direito à palavra falada e a crença em sua transitoriedade, inerentes à comunicação humana, restam seriamente periclitados pelo emprego de meios sub-reptícios, que permitem a captação e a reprodução daquilo que foi dito para ser ouvido apenas em um instante e pelo interlocutor⁷¹⁹.

Porém, já se observou que a utilização de tais meios probatórios excepcionais afigura-se inevitável, sobretudo na repressão à criminalidade organizada⁷²⁰, e no escopo de se proteger, com eficiência, direitos fundamentais comunitários e individuais.

Novamente, o que se deve buscar, com apoio do princípio da proporcionalidade, é a zona de equilíbrio entre os legítimos interesses punitivos e os direitos individuais do investigado.

Cumpra investigar, agora, a disciplina normativa das gravações clandestinas, das interceptações ambientais e telefônicas, e aferir a admissibilidade bem como o valor das provas colhidas, com atenção particularizada para a garantia contra a autoincriminação.

3.2.4.1 As Interceptações Ambientais

As interceptações ambientais, também denominadas de vigilância acústica ou gravações ambientais, englobam a captação de sinais óticos e acústicos por intermédio de dispositivos eletrônicos, tais como câmeras e microfones ocultos. Podem se classificar, nas palavras de Eugenio Pacelli de Oliveira⁷²¹, em “clandestinas, quando desconhecidas por um ou todos os interlocutores, ou autorizadas, quando realizadas com a ciência e concordância destes ou quando decorrente de ordem judicial”.

⁷¹⁸MUÑOZ CONDE, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del inimigo*, 2008, p.68.

⁷¹⁹ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em matéria processual penal*, 2009, p.249.

⁷²⁰FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide de (Coord). *Crime organizado - aspectos processuais*, 2009, p. 24.

⁷²¹OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Processo penal*, 2006, p.299.

Cuida-se de meio de prova utilizado em vários países para a repressão da criminalidade organizada.

Empregar-se-á, doravante, o termo vigilância acústica ou interceptação ambiental para se designar as gravações realizadas por agentes públicos, com autorização judicial; utilizar-se-á o termo gravação clandestina para se designar gravações ambientais ou telefônicas realizadas por particulares, envolvidos na conversação, sem autorização judicial.

É sabido que, sobretudo, os criminosos mais astutos dificilmente se comunicam por telefone, o que desafia o emprego da vigilância eletrônica para a obtenção da prova.

Lamentavelmente, os infindáveis recursos da criminalidade organizada a colocam à frente do Estado mesmo nesta seara, visto que as organizações se utilizam de *scanners* e detectores de última geração, que localizam, facilmente, os mecanismos utilizados nas escutas, como observa Jean Ziegler⁷²².

Ainda assim, a vigilância eletrônica vem sendo empregada com freqüência, sobretudo na Europa e nos Estados Unidos, e com razoável eficácia.

Na Espanha, a vídeo-vigilância de pessoas é autorizada pela *Ley Organica* 4/1997, ficando restrita a espaços públicos⁷²³. No que tange às escutas ou filmagens em ambiente reservado, exige-se autorização judicial⁷²⁴. Além disso, as gravações ambientais são classificadas como um fato extraprocessual, não possuindo, assim, o mesmo valor de uma declaração prestada durante o interrogatório judicial⁷²⁵.

Nos Estados Unidos, a espionagem eletrônica – *electronic surveillance* – é freqüentemente utilizada na repressão ao crime organizado, demandando autorização judicial e só podendo ser praticada no que toca a um rol

⁷²²Os *Senhores do Crime*, 2003, p.280.

⁷²³GARIBALDI, Gustavo E. L. *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito*, 2010, p.56.

⁷²⁴COGAN, Marco Antônio Pinheiro Machado; JAMILE JOSÉ, Maria. Crime organizado e terrorismo na Espanha. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord). *Crime organizado - aspectos processuais*, 2009, p.139.

⁷²⁵COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.284.

específico de crimes⁷²⁶. Vale ressaltar que, nos Estados Unidos, a justiça federal publica, trimestralmente, um relatório, denominado *Wire Tap Report*, sobre todos os casos de vigilância eletrônica, onde se descreve o motivo da vigilância, sua duração, o número de pessoas vigiadas e o número de pessoas detidas e condenadas em consequência da vigilância. Com isto, é possível combater a desconfiança generalizada do público no tocante ao referido instrumento de prova⁷²⁷.

Na Inglaterra, a vigilância eletrônica também é regulada pelo *Regulation of Investigator Powers Act 2000*, classificando-se como vigilância dirigida (*directed surveillance*) e vigilância invasiva (*invasive surveillance*). A vigilância dirigida só pode ser deferida no âmbito de uma investigação específica, e com observância do princípio da proporcionalidade. A vigilância invasiva, de natureza mais intensa, pressupõe autorização do Secretário de Estado e tem por objeto a prevenção de crimes graves, que possam comprometer a segurança do Reino Unido⁷²⁸.

Na Alemanha, a vigilância acústica domiciliar (*grosser Launshangriff*) é regulamentada pelo § 100 “c” da *StPO*, exigindo-se autorização de três juízes, somente sendo admissível para fins de investigação de delitos graves (como homicídio, genocídio, roubo agravado, dentre outros), catalogados em um rol taxativo⁷²⁹. Exige-se, ainda, que seja deixado a salvo o âmbito nuclear da conformação da vida privada⁷³⁰ (*unantastbaren Kernbereich*), em consonância com a teoria dos três níveis⁷³¹ (*Dreisphärentheorie*) adotada

⁷²⁶BECHARA, Fabio Ramazzini. MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord). *Crime Organizado - aspectos processuais*, 2009, p.164.

⁷²⁷ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime*, 2003, p.280.

⁷²⁸PEREIRA, Fábio Franco; HÖHN JUNIOR, Ivo Anselmo. O combate ao crime organizado e terrorismo na Inglaterra. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide (coord). *Crime organizado, aspectos processuais*, 2009, p.225-226.

⁷²⁹MUÑOZ CONDE, Francisco. Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal. *Revista Penal*, Vol.14, p.103. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTAPENALIST/NUMEROS11A15:N14>. Acesso em 07/09/2010.

⁷³⁰ROXIN, Claus. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, 2008, p.86.

⁷³¹A “teoria dos três níveis” (*Dreisphärentheorie*) foi elaborada na Alemanha, em julgamentos do Supremo Tribunal Alemão. De acordo com a teoria, existe uma diferença entre a área nuclear inviolável da conformação da vida privada (*unantastbaren Kernbereich*) e a

naquele país, no campo das proibições probatórias. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal Alemão considerou inadmissível, porquanto violadora do *nemo tenetur* e do núcleo essencial da privacidade, uma gravação tendo por objeto um solilóquio do acusado, no interior de seu quarto de hospital, através da qual o último afirmava que deveria ter matado a vítima com um tiro na cabeça⁷³². O Supremo Tribunal Federal assinalou que, na referida situação, não houve uma verdadeira conversação, na medida em que inexistia interlocutor, o que violaria a regulamentação do § 100, c, 4, da *StPO*, implicando na proibição da prova⁷³³.

Naquele país, o objeto da proibição probatória se identifica, nesses casos, com revelações orais/escritas de pensamentos, ou com conversações acerca de intenções criminosas ainda não concretizadas, as quais não podem servir de fundamento para a responsabilização penal⁷³⁴. Porém, em se tratando de conversações acerca de delitos cometidos, que tenham repercussão social, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão caminha no sentido da admissibilidade da prova, sob o fundamento de que aquelas se encontram fora do núcleo intangível da personalidade⁷³⁵.

No sentido de se equacionar o problema e propiciar a aplicação da lei, Roxin propôs uma “interpretação de compromisso”, sustentando que as escutas domiciliares deveriam ser admitidas desde que se cuide de investigação relativa à criminalidade organizada e desde que as conversações se dêem entre cúmplices ou membros da organização criminosa. Ao contrário, em se tratando de crimes comuns, ainda que graves (homicídio, por exemplo), e caso as conversas se estabeleçam entre familiares ou conhecidos que nada tenham a ver com a infração, sustenta, o autor, que as

privacidade da pessoa. Toda prova que atinja o núcleo essencial da personalidade deve ser tida como inadmissível. No que tange ao restante da área da privacidade, deve haver uma ponderação, no caso concreto, com aplicação do princípio da proporcionalidade, para fins de se aferir sobre a legitimidade da prova. ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal Penal*, 2007, p.104. No mesmo sentido cf.: GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da república federal da Alemanha. *Revista portuguesa de direito criminal*, ano 2, fasc.3, 1992, p.424.

⁷³²MUÑOZ CONDE, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal del enemigo*, 2008, p.77.

⁷³³ROXIN, Claus, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, 2008, p.101.

⁷³⁴Idem, op. cit., p. 93.

⁷³⁵Idem, op. cit., p.96.

escutas não são admissíveis, devendo ser protegido, de forma absoluta, o âmbito essencial da vida privada⁷³⁶.

No ano de 2004, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional as escutas domiciliares (*grosse Launshangriff*) no que se refere ao âmbito essencial de conformação da vida privada, vindo, o legislador, no § 100, c, IV 1, da *StPO*, a proibir a valoração das provas obtidas por meio daquelas, caso seja afetado este aspecto mais restrito da intimidade⁷³⁷.

Ressalte-se que as escutas domiciliares permanecem admitidas na Alemanha, não podendo, contudo, atingir o núcleo essencial da conformação da vida privada, que é resguardado de forma absoluta.

No § 100, f, da *StPO*, autorizam-se, também, as denominadas pequenas escutas (*kleiner Launshangriff*), realizadas fora do domicílio ou de áreas privativas⁷³⁸, através da colocação de câmeras e microfones em espaços públicos ou abertos ao público (bares e restaurantes, por exemplo).

Na França as gravações ambientais podem ser autorizadas pelo juiz em se tratando de delitos graves (homicídio, tortura, tráfico de drogas e outros catalogados no art.706 – 73 do Código de Processo Penal), nos termos do artigo 706 - 96 do Código de Processo Penal Francês, com a redação dada pela Lei n.2005-1549, de 12 de dezembro de 2005⁷³⁹. Autoriza, a lei francesa, a instalação de dispositivos em veículos e residências, fixando, a lei, o prazo máximo de 04 meses de duração para a diligência, renovável por igual período (art. 706 – 97 do Código de Processo Penal Francês). As declarações gravadas não têm, contudo, a natureza de confissão, pois que realizadas fora do interrogatório, valendo apenas como indícios⁷⁴⁰.

Na Itália, os artigos 266 e ss. do *Codice de Procedura Penale* regulamentam as gravações ambientais, em conjunto com as interceptações

⁷³⁶ROXIN, Claus, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, 2008 p.110-111. No mesmo sentido cf. DENCKER, Friedrich. Criminalidad organizada y procedimiento penal. *Nueva doctrina penal*, 1998, p.491-492.

⁷³⁷BELING, Ernst; AMBOS, Kai; GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*, 2009, p.89-90.

⁷³⁸ROXIN, Claus. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, 2008, p.75.

⁷³⁹Disponível em : <www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em 06/09/2010.

⁷⁴⁰COUCEIRO, João Cláudio, *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.283.

telefônicas⁷⁴¹, prevendo um rol fechado de delitos em relação aos quais a medida se faz admissível⁷⁴². O artigo 267 do Código, reformado em 2007, exige autorização judicial fundamentada, que deve atestar a presença de graves indícios da prática do delito, bem como a indispensabilidade da medida para a investigação. Em casos de urgência, o Ministério Público pode autorizar a medida, comunicando-a imediatamente ao Juiz, que deverá convalidá-la ou não.

No Brasil, as interceptações ambientais foram regulamentadas pela Lei 9.034/1995, com a redação dada pela Lei 10.217/2001.

A Lei 9.034/1995 regula os meios de prova e os procedimentos investigatórios que versem sobre delitos praticados por quadrilha ou bando ou organizações criminosas de quaisquer tipos (art.1º), permitindo, em seu artigo 2º, IV, a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante autorização judicial.

Não há, no Brasil, detalhamento dos limites da vigilância acústica, a qual, em tese, pode se realizar tanto em espaços privados como públicos. A regulamentação do meio de prova também se revelou tímida, e a ausência de um rol específico de delitos amplia, indevidamente, a possibilidade do emprego de tal meio excepcional de coleta de prova.

De todo modo, verifica-se, seja na seara do direito comparado seja no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, que o emprego das interceptações ambientais, em se tratando da repressão à criminalidade organizada, vem sendo autorizada pela legislação, com maior ou menor grau de exigência e intensidade, o que recomenda a adoção de precauções para se evitar que o Estado se converta em um “*Gran Hermano*”, sempre disposto a imiscuir-se nos âmbitos mais íntimos dos cidadãos⁷⁴³.

No que se refere, mais particularmente, ao *nemo tenetur*, tem-se uma limitação do plano de proteção *prima facie* da garantia, na medida em que o

⁷⁴¹GREVI, Vittorio. Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei Diritti. IN: *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: un problema cruciale del processo e per le garanzie dei diritti*. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p.41.

⁷⁴²CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*, 2009, p.352.

⁷⁴³MUÑOZ CONDE, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del enemigo*, 2008, p.87.

acusado coopera inconscientemente com a produção da prova, o que, no plano do princípio, é vedado, ressalvadas as hipóteses excepcionais, devidamente previstas em lei.

Aqui, cabem as mesmas matizações relacionadas aos agentes encobertos.

Não devem, as declarações colhidas, receber o mesmo valor de uma confissão formal, realizada após a advertência acerca do direito ao silêncio. Devem, as gravações, ser submetidas ao contraditório diferido e podem servir como fonte de prova, no sentido de que se possam obter, por meio delas, outros meios de prova a corroborar a responsabilidade penal do acusado. Tudo isso sob pena de verdadeira derrogação do *giusto processo*, exigência do Estado Democrático de Direito.

3.2.4.2 As Gravações Clandestinas

Tema delicado e altamente controvertido consiste na aferição da legitimidade das gravações ambientais e telefônicas realizadas por particulares, sem autorização judicial.

O direito à intimidade, genericamente considerado, torna, *prima facie*, proibida a gravação de conversa, seja entre presentes, seja a realizada por meio telefônico.

No Brasil, não há regulamentação da matéria, seja no campo do direito penal seja na seara do processo.

Em vários ordenamentos jurídicos, a gravação de conversa por particular é tipificada, inclusive, como delito.

Assim, por exemplo, na Espanha (art. 197 do Código Penal)⁷⁴⁴, na Alemanha (§ 201 do *StGB (Strafgesetzbuch)*, *Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes* – violação da confidencialidade da palavra) e em Portugal (art.199 do Código Penal)⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴MUÑOZ CONDE, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del enemigo*, 2008, p.94-95.

⁷⁴⁵ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1992, p.246.

A objetividade jurídica tutelada penalmente, em tais casos, seria a confiança na volatilidade da palavra, tratando-se de impedir que aquilo que se pretendeu fosse uma expressão fugaz e transitória se converta em um produto suscetível de ser utilizado a qualquer momento⁷⁴⁶.

Protege-se, penalmente, o direito à palavra falada (*Recht auf eigenen Wort* – direito à própria palavra), que tem uma dimensão negativa, no sentido de determinar as pessoas não autorizadas a ouvir as gravações, uma vez que a palavra foi proferida com a intencionalidade e a confiança em sua transitoriedade. Tutela-se a autonomia e o domínio pessoal sobre o discurso oral, preservando-se a ação comunicativa inocente e autêntica contra gravações ilícitas⁷⁴⁷.

Contudo, em que pese a destacada ilicitude, que conduz à proibição probatória⁷⁴⁸, a incidência de possíveis causas de exclusão – como a legítima defesa e o estado de necessidade, *verbi gratia* – podem tornar admissível a produção da prova no processo.

Isso decorre da idéia geral, amiúde repercutida nesta pesquisa, acerca dos limites dos direitos fundamentais e da necessidade de sopesamento em situações de conflito.

Na concepção da doutrina e jurisprudência alemãs, por exemplo, o autor de um delito faz caducar (*verwikt*) a proteção à palavra, na medida em que o que se protege, com os direitos fundamentais, é o desenvolvimento da personalidade e não a sua degradação⁷⁴⁹.

Neste contexto, a vítima de um crime de extorsão poderia, legitimamente, registrar em um gravador as ameaças proferidas pelo agente em ordem de se obter a sua condenação⁷⁵⁰.

No Brasil há precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 74.678/SP) e do Superior Tribunal de Justiça (RHC 12.266/SP, DJ

⁷⁴⁶ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1992, p.245.

⁷⁴⁷Idem, op. cit., p.250.

⁷⁴⁸Idem, op. cit., p.242.

⁷⁴⁹GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da república federal da Alemanha. *Revista portuguesa de direito criminal*, p.430.

⁷⁵⁰ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1992, p.256. Observe-se que a posição do autor é no sentido de manter a proibição probatória mesmo nestas situações. Veja-se, op. cit. p.261.

20.10.2003) admitindo-se a prova decorrente de gravação realizada pela vítima de crime.

Obviamente, se nas situações nas quais incidem excludentes da ilicitude pode-se admitir a produção da prova, fora delas as proibições probatórias incidem, porquanto as gravações são vulneradoras de direitos fundamentais, como a intimidade e o *nemo tenetur*, em seu plano de proteção *prima facie*.

Destarte, gravações clandestinas, realizadas sem justa causa, geralmente no escopo de constranger o titular da palavra, são absolutamente inadmissíveis, já no nível da ilicitude material. Dito de outra forma, não há, sequer, necessidade de aferição na órbita da legitimidade, sendo terminantemente vedada a produção da prova⁷⁵¹.

3.2.4.3 As Interceptações Telefônicas

As interceptações telefônicas consistem em gravações, realizadas por terceiro, de comunicações telefônicas travadas entre dois ou mais interlocutores, com ou sem o conhecimento de um deles⁷⁵².

A rigor, a gravação realizada por um dos interlocutores da comunicação telefônica não se classifica como interceptação, senão como gravação clandestina⁷⁵³, recebendo o mesmo tratamento dado às gravações ambientais, exposto nos tópicos anteriores.

No presente momento, cuida-se de investigar, restritamente, as interceptações telefônicas efetivadas pelo Estado, mediante autorização judicial.

As interceptações telefônicas também são disciplinadas na maioria dos ordenamentos estrangeiros pesquisados.

Na Espanha, o art.579. 2, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* prevê a possibilidade de interceptação telefônica, mediante autorização judicial

⁷⁵¹MUÑOZ CONDE, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo*, 2008, p.109.

⁷⁵²GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *REVISTA CEJ*, Brasília, Conselho Federal da Justiça, v.1, n.3, set./dez. 1997.

⁷⁵³Idem, op. cit., 1997.

motivada. Contudo, em se tratando do crime de terrorismo, nos termos do artigo 579.4 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, a interceptação pode ser determinada por ordem do Ministro do Interior e do Diretor de Segurança do Estado, com imediata comunicação ao juiz de direito, no prazo máximo de 72 horas, o qual a manterá ou revogará⁷⁵⁴.

Na Argentina, a Lei 25.520/2001 regula as interceptações telefônicas, exigindo autorização judicial e estipulando o prazo de 60 dias, renovável por igual período, para as medidas⁷⁵⁵.

Na França, as interceptações telefônicas encontram disciplina no artigo 100 do Código de Processo Penal, podendo ser autorizadas pelo Juiz, pelo prazo máximo de 04 meses, renovável por igual período, desde que o delito seja punido com pena máxima igual ou superior a 02 (dois) anos⁷⁵⁶.

Destaque-se que a regulamentação é fruto de condenações da França pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, uma vez que a medida vinha sendo aplicada sem qualquer disciplina legal⁷⁵⁷.

Na Inglaterra as interceptações telefônicas encontram disciplina no *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*. A autorização é conferida pelo Secretário de Estado, para prevenir ou detectar crimes graves, no interesse da segurança nacional, para proteger o bem-estar econômico do Reino Unido ou em razão de acordo internacional de colaboração, sempre com observância do princípio da proporcionalidade. Estipula-se o prazo de 03 a 06 meses, com possibilidade de sucessivas prorrogações⁷⁵⁸.

Na Itália, os artigos 266 e ss. do Código de Processo Penal regulamentam as interceptações telefônicas (*intercettazioni di comunicazioni*

⁷⁵⁴GIMENO SENDRA. *Manual de derecho procesal penal*, 2 ed., 2010, p.266-270.

⁷⁵⁵VILARDI, Rodrigo Garcia; GIDARO, Wagner Roby. O crime organizado e o terrorismo na argentina – instrumentos e mecanismos legais de proteção. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide de (Coord). *Crime organizado, aspectos processuais*, 2009, p 138.

⁷⁵⁶Disponível em: <www.legifrance.gouv.fr >. Acesso 08/09/2010.

⁷⁵⁷CAÇAPAVA, Elisa Pires da Cruz Reale, VILARES, Fernanda Regina. Crime organizado e terrorismo na França. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide (coord). *Crime organizado, aspectos processuais*. São Paulo: RT, 2009, p 195.

⁷⁵⁸PEREIRA, Fábio Franco, HÖHN JUNIOR, Ivo Anselmo. O combate ao crime organizado e ao terrorismo na Inglaterra. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide (coord). *Crime organizado, aspectos processuais*, 2009, p 225.

telefonichi), que só podem ser efetivadas em se tratando de delitos graves, elencados no rol fechado do artigo 266⁷⁵⁹ (*verbi gratia*, tráfico de drogas, contrabando, delitos dolosos com pena cominada superior a 05 anos)⁷⁶⁰, e desde que haja graves indícios da ocorrência daqueles. Prevê-se a possibilidade de decretação da medida pelo Ministério Público em casos de urgência, devendo esta ser comunicada ao Juiz no prazo máximo de 24 horas, o qual poderá, ou não, convalidá-la⁷⁶¹.

Enrico Marzaduri⁷⁶² adverte que não se pode utilizar o recurso da interceptação em situações nas quais não se tenha individualizado a infração a investigar, pois, sem uma conduta específica a apurar, a limitação da liberdade fundamental restaria de todo injustificável. Além disso, observa o autor, que a existência dos graves indícios do delito se faz imprescindível para que o Juiz possa aferir a indispensabilidade da medida para a investigação, conforme exigência da lei (art.267 do Código de Processo Penal).

Na Alemanha, as interceptações telefônicas são disciplinadas no âmbito do § 100, “a”, da *StPO*, somente se admitindo seu emprego no tocante a delitos graves, discriminados em um catálogo fechado⁷⁶³ (*verbi gratia*: homicídio, tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, roubo, extorsão, etc). Tal qual ocorre em relação à vigilância acústica, exige-se seja posto a salvo o núcleo intangível da conformação da vida privada⁷⁶⁴. Exige-se, ainda, a observância do princípio da subsidiariedade (§ 100, a, 3, da *StPO*), no sentido de que o meio só deve ser empregado na inviabilidade da coleta da prova por outros meios menos invasivos⁷⁶⁵. A medida demanda autorização judicial, podendo, em casos de urgência, ser autorizada pelo Ministério

⁷⁵⁹TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, 2002, p.249.

⁷⁶⁰Disponível em: <www.altalex.com>. Acesso 08/09/2010

⁷⁶¹CHIAVARIO, MARIO. *Diritto procesuale penale: profilo istituzionale*, 2009, p.353.

⁷⁶²*Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: un problema cruciale per la civiltà e la efficienza de processo e per le garanzie dei diritti*, 2009, p.257. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

⁷⁶³MUÑOZ CONDE, Francisco Muñoz. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del enemigo*, p.77.

⁷⁶⁴Idem, op. cit., p.77.

⁷⁶⁵ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1992, p.290.

Público. Nesta última hipótese, a medida deve ser confirmada em 03 dias pelo Juiz, sob pena de perder a validade (§ 100, b, 1, da *StPO*),

No Brasil, o sigilo das comunicações telefônicas se encontra resguardado no art.5º, XII, da Constituição Federal, que admite sua quebra por ordem judicial, nas hipóteses estabelecidas e regulamentadas pela lei, para fins de investigação criminal ou processual penal.

A matéria foi regulamentada pela Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, que estabelece os requisitos para a realização da interceptação, mediante autorização judicial. Exige, a lei nacional, que haja fundados indícios de participação do investigado em uma infração penal, excluindo-se a medida em se tratando de infrações punidas com detenção. Acolhe, a referida norma, o princípio da subsidiariedade (§ 2º, II), só autorizando a medida caso a prova não possa se realizar por outros meios. Por fim, prevê que a medida ser autorizada pelo prazo de 15 dias, renovável por igual período.

Tais quais as gravações ambientais, as interceptações telefônicas podem ensejar a autoincriminação mediante engano, na medida em que o investigado não tem ciência de que sua conversa está sendo captada por terceiro, para fins de investigação ou de prova em um processo penal.

Não há, no caso, espaço para a advertência sobre o direito de calar, sob pena de óbvia inocuidade da medida.

Uma vez que, no tocante à comunicação telefônica, a quebra do sigilo foi autorizada pelo próprio legislador constituinte, não há mesmo por que sancionar seu emprego com a mácula da ilicitude.

Contudo, sendo certo que o *nemo tenetur* resta debilitado em seu plano de proteção *prima facie*, não é possível valorar uma conversa interceptada como sendo uma verdadeira confissão, obtida em um interrogatório formal, com assistência da Defesa e após as advertências acerca do direito de calar.

3.2.4.4 Os meios enganosos e o *Nemo Tenetur*: síntese crítica

As interceptações ambientais e telefônicas, bem como a atuação dos homens de confiança, afetam sensivelmente, direitos fundamentais, como a

intimidade, a privacidade, a inviolabilidade domiciliar e o sigilo das comunicações.

Retomando-se a problemática à luz da garantia contra a autoincriminação, é forçoso reconhecer que o plano de proteção normativo apresenta-se sensivelmente reduzido nas situações de vigilância acústica e de interceptação telefônica.

Realmente, as comunicações verbais do acusado, no recesso do lar, ou mesmo em espaços públicos, podem ser captadas conduzindo a uma verdadeira autoincriminação mediante engano⁷⁶⁶.

Não se devem restringir os objetivos da garantia à prevenção do emprego da violência física para a obtenção da confissão. O investigado deve ser protegido contra o emprego de meios enganosos, através dos quais se aproveita de seu erro ou ignorância para a obtenção da prova, com sua cooperação inconsciente⁷⁶⁷. Porém, esta conclusão se submete a matizações.

Já se observou que, por ocasião de um interrogatório formal, realizado pela autoridade pública em um procedimento investigatório ou em um processo penal, o direito ao silêncio não pode ser restringido, sob pena de vulneração da regra da não autoincriminação.

Porém, no tocante às manifestações comunicativas do acusado, seja no âmbito da vida privada seja nas relações públicas, há, tão somente, uma proteção *prima facie* no plano do *nemo tenetur*, que tem por objetivo evitar uma cooperação inconsciente ou involuntária com a produção da prova.

Tal proteção *prima facie*, de estrutura normativa principiológica, pode ser restringida em situações excepcionais⁷⁶⁸, desde que haja previsão legal, autorização judicial e observância estrita do princípio da proporcionalidade.

Retoma-se, aqui, a idéia já desenvolvida de que a garantia contra a autoincriminação, em sua estrutura normativa de princípio, pode ser restringida nas situações de colisões com outros direitos fundamentais,

⁷⁶⁶MUÑOZ CONDE, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del enemigo*, 2008, p.86.

⁷⁶⁷GARIBALDI, Gustavo E. L. *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito*, 2010, p.495.

⁷⁶⁸ROXIN, Claus. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, 2008, p.72.

devendo se proceder ao sopesamento, no caso concreto, entre os princípios envolvidos.

Isso se dá porque, embora o acusado titule o direito de se autodeterminar no processo, decidindo sobre se colabora ou não nos atos probatórios (plano de proteção *prima facie* do princípio da não autoincriminação), não pode deter, aquele, o total controle sobre os dados que serão introduzidos no processo⁷⁶⁹.

A previsão legal dos meios ocultos ou enganosos, tida como necessária por praticamente todos os ordenamentos jurídicos ocidentais, não se coadunaria, por óbvio, com a dependência da anuência do acusado para a introdução da prova no processo.

É dizer, ao réu não se pode conferir a soberania sobre a produção de todas as provas e a decisão sobre a conveniência de sua utilização do processo⁷⁷⁰, sob pena de se desguarnecerem, por completo, os interesses correlatos à repressão dos delitos. Em uma palavra: não se deve confundir a proteção contra a autoincriminação com o (inexistente) “direito de se evitar uma condenação legítima”.

Há, porém, posições em sentido contrário, que merecem referência crítica.

Gustavo E.L. Garibaldi sustenta que o emprego dos meios enganosos fere o *nemo tenetur*, atuando como um verdadeiro substitutivo da tortura nas sociedades tecnologicamente avançadas. Nesse sentido, defende que os meios enganosos só podem ser empregados para prevenir ou neutralizar a prática de delitos, mas não para recolher provas daqueles já consumados, sob pena de violação da garantia contra a autoincriminação⁷⁷¹.

O processualista alemão Friederich Dencker, de sua vez, assinala que o direito do imputado de não ter que aportar informações ao processo perde

⁷⁶⁹HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*, 2005, p.251.

⁷⁷⁰Idem, op. cit. p.253.

⁷⁷¹*Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito*, 2010, p.497.

seu objeto quando se trata do emprego de métodos de investigação secretos⁷⁷².

Com a devida vênia, tais posicionamentos conferem uma extensão hipertrófica à garantia.

As normas legais que disciplinam os meios ocultos – gravações ambientais, homens de confiança e interceptações telefônicas – estabelecem, licitamente, os limites e os contornos da garantia contra a autoincriminação, em seu plano de proteção *prima facie*⁷⁷³.

Sem prejuízo de tais limites, a proteção continua a incidir nas relações diretas entre o acusado e a autoridade pública, conferindo-se ao primeiro a decisão sobre a conveniência de se manifestar (direito ao silêncio – nível da regra).

Além disso, fora das situações excepcionais regulamentadas pela lei, os meios ocultos não podem ser legitimamente empregados, prevalecendo o direito a não-cooperação com a produção da prova, correlato ao plano de proteção *prima facie* do *nemo tenetur*.

Disso decorre, *verbi gratia*, que caso seja empregada a interceptação telefônica para a apuração de um delito punido com detenção, ou caso seja utilizada a vigilância acústica para a elucidação de um simples delito de estelionato, cometido por um só indivíduo, as provas obtidas serão ilícitas, seja em virtude da violação dos direitos à privacidade, intimidade e sigilo telefônico, seja em razão da proteção contra a autoincriminação involuntária.

Decorre, ainda, que a coleta casual de provas, tendo por objeto outras infrações em relação às quais o emprego dos meios enganosos não se admitiria, deve ser classificada como inadmissível⁷⁷⁴, na medida em que a restrição da garantia só é legítima nos referidos casos excepcionais.

Desta maneira, preservando-se o plano de proteção *prima facie* da garantia contra a autoincriminação, e admitindo-se as restrições decorrentes

⁷⁷²DENCKER, Friedrich. Criminalidad organizada y procedimieno penal. *Nueva doctrina penal*, 1998, p.486.

⁷⁷³HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*, 2005, p.256-257.

⁷⁷⁴BELING, Ernst; AMBOS, Kai; GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*, 2009, p.87-88.

das intervenções legislativas, é possível alcançar a tão almejada zona de equilíbrio, sem o sacrifício da garantia fundamental e sem que se renuncie aos importantes meios probatórios, extremamente úteis e indispensáveis na repressão à criminalidade organizada.

No plano da valoração da prova, há que se assegurar o contraditório diferido, oportunizando-se o debate acerca do conteúdo dos elementos colhidos através do emprego dos meios ocultos.

Além disso, impõe-se um tratamento diferenciado no tocante às declarações colhidas através dos homens de confiança, de interceptações telefônicas e ambientais, e às confissões voluntárias, obtidas com todas as garantias processuais. Por outras palavras, as declarações captadas pelos meios ocultos, em que pese não recebam a mácula da ilicitude, não podem ser valoradas no processo como verdadeiras confissões, senão como provas indiretas ou fatos extraprocessuais, demandando o respaldo de outras provas para servir de fundamento a uma possível sentença condenatória⁷⁷⁵.

⁷⁷⁵ Neste sentido, e fazendo referências aos sistemas francês e italiano, cf. COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.283.

4 CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO: AS PROVAS ILÍCITAS E O NEMO TENETUR

O processo penal é o instrumento necessário de que se vale o Estado para a atuação do *jus puniendi*. Não há como penar, legitimamente, a não ser pela via do processo (*nulla culpa sine iudicio*), sendo este um dos axiomas do garantismo penal⁷⁷⁶.

Por outro lado, e dado que a aplicação da pena pressupõe o estabelecimento racional da verdade processual, é preciso que esta seja buscada no processo, seja para que haja punição legítima do culpado, seja para a tutela do estado de inocência⁷⁷⁷. Tal busca conhece limites precisos, traçados pelos direitos fundamentais do acusado, em conformidade com o processo acusatório. Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal Alemão, não há princípio algum do ordenamento processual penal que imponha a investigação da verdade a qualquer preço (*BGHSt*, 14, 358)⁷⁷⁸.

Estabelece-se, pois, a conhecida tensão, que impregna o processo penal, entre os direitos individuais e a tutela do interesse social na repressão ao delito⁷⁷⁹.

Se no sistema inquisitorial a mitológica “verdade real” era perseguida a qualquer preço, reduzindo-se o acusado a mero objeto de prova⁷⁸⁰, no sistema acusatório o réu se erige a sujeito de direitos⁷⁸¹, e o que se busca é a verdade aproximativa ou histórica, que se constrói com respeito às regras do jogo⁷⁸².

Neste campo, joga um decisivo papel o tema da ilicitude probatória, na medida em que se cuida, em essência, de estabelecer a ineficácia das provas produzidas com violação dos direitos individuais do imputado, ainda que

⁷⁷⁶FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, 2002, p.433.

⁷⁷⁷Idem, op. cit., p.39.

⁷⁷⁸GÖSSEL, Karl-Heinz. La busqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos juridico-constitucionales y politico-criminales. *Cuadernos de política criminal*, 1991, p.677.

⁷⁷⁹ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, 2009, p.19-20.

⁷⁸⁰ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições probatórias em processo penal*, 1992, p.122-123.

⁷⁸¹HUERTAS MARTÍN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, 1999, p.20.

⁷⁸²FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, 2002, p.38.

com prejuízos para a eficiência do processo e para a tutela dos direitos sociais vinculados à atuação do *jus puniendi*.

Se o processo, em sua essência, consiste em um limite ao poder; se o direito processual penal representa o direito constitucional aplicado⁷⁸³, os fins não podem, jamais, justificar os meios.

O objetivo deste capítulo é apresentar um panorama geral do tratamento da prova ilícita, com destacada atenção para a ilicitude decorrente da violação do *nemo tenetur* em seus planos principiológico e da regra, bem como de suas conseqüências no processo.

Será realizada uma análise crítica das fontes bibliográficas e documentais, especialmente, quanto às últimas, de julgados de Cortes Constitucionais e Supremas Europeias (Alemanha e Espanha), do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, da Suprema Corte Estadunidense, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, observando-se os distintos enfoques e matizações do *common law* e do *civil law* acerca do tema.

4.1 Provas Ilícitas e Ilegítimas: conceitos preliminares

É tradicional a distinção, na doutrina, entre provas ilícitas e ilegítimas - ambas espécies do gênero “provas ilegais” -, cabendo, aqui, uma breve explanação.

Ilícitas são as provas obtidas com violação às normas de direito material, ferindo direitos fundamentais como a intimidade, a privacidade, a integridade física, o sigilo de comunicações, dentre outros⁷⁸⁴.

Ilegítimas são aquelas provas produzidas em desconformidade com normas tipicamente processuais, desobedecendo-se a forma estabelecida para sua realização⁷⁸⁵.

No tocante à disciplina constitucional, que tem por finalidade a tutela dos direitos e garantias fundamentais, o objeto se restringe às provas ilícitas,

⁷⁸³DENCKER, Friedrich. Criminalidad organizada y procedimieno penal. *Nueva doctrina penal*, 1998, p.480.

⁷⁸⁴CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho. *Processo penal e constituição*, 2006, p. 91.

⁷⁸⁵Idem, op. cit., p.91.

porquanto para as provas ilegítimas já há sanções de ineficácia no âmbito da legislação processual⁷⁸⁶.

Releva anotar, em um acanhado esboço histórico, que as teorias acerca da proibição da prova ilícita se desenvolveram nos Estados Unidos, no final do século XIX e no início do século XX, por meio de decisões proferidas pela Suprema Corte Norte-Americana, determinando a exclusão das provas obtidas por meios ilícitos⁷⁸⁷. Neste sentido os *leading cases* *Boyd v. United States* - 116 U.S. 616 (1886), *Adams v. New York* - 192 U.S. 585 (1904), e, notadamente, *Weeks v. United States* - 232 U.S. 383 (1914), que versaram sobre a obtenção ilegal de documentos, em violação da IV e V Emendas⁷⁸⁸.

Nas décadas de 60 e 70 do século passado, o Supremo Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof*) e a Corte Constitucional Italiana também passaram a decidir no sentido da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, aplicando a teoria das proibições probatórias⁷⁸⁹, em julgados que serão adiante analisados.

No Brasil, o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu, em 1960, importantes decisões no sentido da invalidação da prova produzida de forma irregular pela polícia judiciária, notadamente no que tange às buscas domiciliares ilegais⁷⁹⁰.

No presente momento, deve-se partir do próprio texto constitucional para se frisar que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos (art.5º, LVI, da Constituição Federal).

Realmente, o impacto das provas ilícitas nos direitos fundamentais do acusado, como a intimidade, a privacidade, o direito a não autoincriminação, a integridade corporal, dentre outros, é intenso, o que obriga à imposição da sanção de ineficácia àquelas, para fins de se assegurar o *due process of law*

⁷⁸⁶GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 1997, p.131.

⁷⁸⁷GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas - Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal*, 2008, p.262.

⁷⁸⁸LFAVE, Wayne R. et al *criminal procedure*, 2009, p.126.

⁷⁸⁹GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas - Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal*, 2008, p.264.

⁷⁹⁰Idem, op. cit., p. 265.

(art.8º da Convenção Americana de Direitos Humanos) ou o *procès équitable* (art.6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos).

No campo da garantia contra a autoincriminação, deve ser aferida a questão da ilicitude probatória em virtude da violação da regra e do princípio, no sentido que vem sendo abordado na presente dissertação. É o que se fará a seguir, pedindo-se vênica para o tratamento da questão na jurisprudência em itens autônomos, por questões metodológicas.

4.1.1 Violações da Garantia no Plano da Regra

Por óbvio, no plano de proteção da regra do *nemo tenetur*, deve ser considerada como absolutamente ilícita toda prova obtida pelo emprego de meios cruéis ou degradantes, com fins de obtenção de confissão⁷⁹¹.

O emprego de tortura ou de meios que interfiram na liberdade intelectual do acusado (como o soro da verdade e o *lie detector*), já se assinalou, só pode resultar em prova não utilizável no processo, devendo ser desconsiderada de plano pelo julgador⁷⁹². E isso ainda que haja o consentimento do argüido, uma vez que o Estado não pode renunciar a sua reputação (*Ansehen*) nem à imagem de Estado de Direito⁷⁹³. O tema foi analisado precedentemente (capítulo 2), dispensando-se novas observações.

Ainda, classifica-se como ilícita, em face da violação da regra em seu nível instrumental, a prova colhida no âmbito de interrogatório formal, sem que seja o acusado advertido do direito de permanecer em silêncio, ou sem que tenha lhe sido assegurado o direito à assistência de defensor.

Quanto à advertência, já se fez menção, múltiplas vezes, ao conhecido precedente da Suprema Corte Estadunidense, *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966), que influenciou decisões de vários Tribunais Europeus.

⁷⁹¹ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições da prova em processo penal*, 1992, p.210.

⁷⁹²GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, 1997, p.114-117.

⁷⁹³ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições da prova em processo penal*, 1992, p.215-217.

As legislações alienígenas do *civil law* também sancionam, expressamente, a omissão do dever de advertência com a proibição ou inutilidade da prova.

Na Alemanha, a *instrução* quanto ao direito ao silêncio foi inserida no §136 da STPO através de uma reforma ocorrida em 1964⁷⁹⁴. Em 1974, o Tribunal Supremo Alemão decidiu pela inutilizabilidade das declarações obtidas sem a respectiva instrução, vindo, em 1992, a considerar que a instrução prévia era necessária para se assegurar o devido processo⁷⁹⁵. Ressalte-se que a omissão da instrução, pelo juiz, exigida pelo § 243 da *StPO*, induz à proibição de valoração da prova, sendo classificada como um vício ainda mais grave do que a omissão na fase policial⁷⁹⁶.

Na Itália, o artigo 64 do Código de Processo Penal exige a advertência acerca do direito ao silêncio, sendo aplicada a sanção de *inutilizzabilità* da prova colhida com omissão da garantia⁷⁹⁷. Observe-se que a advertência deve ser feita desde a fase de investigação (*indagini preliminari*) até a fase do *dibattimento*, em qualquer interrogatório do acusado.

Em Portugal, o artigo 61, 1, c e g, do Código de Processo Penal, no qual se encontram arrolados os direitos do arguido, explicitam-se os de não responder às perguntas formuladas e de ser informado pela autoridade judiciária ou policial acerca de seus direitos⁷⁹⁸, cuja violação desafia a incidência da regra de proibição probatória⁷⁹⁹, invalidando-se eventual confissão.

Conforme já se assinalou alhures, na Espanha, o direito ao silêncio e de ser advertido sobre este são previstos no artigo 24.2 da Constituição e no artigo 520 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, observando-se que a omissão

⁷⁹⁴DENCKER, Friedrich. Criminalidad organizada y procedimiento penal. *Nueva doctrina penal*, 1998, p.488.

⁷⁹⁵Idem, op.cit., p.488.

⁷⁹⁶GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da república federal da Alemanha. *Revista portuguesa de direito criminal*, ano 2, fasc.3, 1992, p.409.

⁷⁹⁷GREVI, Vittorio. Diritto al silenzio dell'Imputato sul fatto próprio e sul fatto Altrui. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p.1130.

⁷⁹⁸ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições probatórias em processo penal*, 1992, p.202.

⁷⁹⁹DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, 2004, p.447.

da advertência impede a valoração da prova, conforme precedentes do Tribunal Supremo⁸⁰⁰.

No Brasil a doutrina também se posiciona no sentido da nulidade da prova em virtude da omissão da advertência acerca do direito de calar, sendo este um dever da autoridade interrogante⁸⁰¹. Há, contudo, precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 78708 / SP, DJ 16/04/1999) e do Superior Tribunal de Justiça (HC 66298 / PE, DJ 05/11/2007; HC 31680 / RJ, DJ 03/09/2007; HC 27339 / MS, DJ 24/05/2004) no sentido de que se trata de nulidade relativa, devendo ser comprovado o prejuízo. Já decidiu, o Supremo Tribunal Federal, que o prejuízo não se verifica caso reste constatado que o interrogando tinha ciência acerca do direito ao silêncio, seja em razão da postura esclarecida assumida no ato, seja em razão da atuação da defesa técnica (HC 78708 / SP, DJ 16/04/1999).

Serão, em continuação, analisados precedentes de Tribunais Internacionais acerca do tema. Por ora, pretende-se fixar que a violação da garantia, no plano da regra, implicará na ilicitude da prova obtida, bem assim daquelas dela derivadas, face à incidência da teoria dos frutos da árvore venenosa.

4.1.2 Violações da Garantia no Plano do Princípio

Retomando-se a idéia desenvolvida no capítulo precedente, as *restrições* da garantia contra a autoincriminação, aqui examinadas, só não consistirão em verdadeiras violações, dando origem a provas ilícitas, caso observem os requisitos legais, sejam autorizadas judicialmente, e sejam obsequiosas ao princípio da proporcionalidade. Em hipótese contrária, classificar-se-ão como verdadeiras provas ilícitas, inadmissíveis no processo, e que podem contaminar outras provas colhidas que delas sejam derivadas.

⁸⁰⁰QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*, 2003, p.154.

⁸⁰¹LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual e sua conformidade constitucional*, vol.1, 2007, p.600-601.

O emprego de intervenção corporal coercitiva, por exemplo, sem autorização judicial, ou com inobservância do princípio da proporcionalidade, redundará na sanção de ineficácia da prova produzida.

Repise-se, nesse passo, que à míngua de regulamentação legal, qualquer intervenção corporal coercitiva é proibida no Brasil, ainda que resulte em lesão de ínfima monta do direito à integridade física. Recebendo, a prova, o rótulo da ilicitude por violação ao princípio da legalidade estrita e ao plano de proteção *prima facie* do *nemo tenetur* (que só pode ser restringido por lei).

No tocante aos meios ocultos, tem-se a ilicitude da prova colhida, *verbi gratia*, através de interceptação telefônica não autorizada judicialmente⁸⁰², ou com autorização insuficientemente motivada; da prova colhida por agente infiltrado em situações de atmosfera coercitiva policial⁸⁰³; de gravações ambientais e telefônicas realizadas fora das hipóteses regulamentadas pela lei (como, por exemplo, para a apuração de delito punido com detenção).

Esses problemas vêm sendo enfrentados pela jurisprudência nacional – ainda que de forma incipiente – e alienígena, notadamente por Cortes Internacionais, o que será examinado nos próximos tópicos.

O que se pretende reafirmar, no momento, é que a restrição da garantia no plano principiológico, ou de proteção *prima facie*, só não consistirá em uma sua violação, dando origem a uma prova ilícita, caso sejam observados todos os requisitos legais para ela exigidos e, em especial, seja realizada em obséquio ao princípio da proporcionalidade em sua tríplice decomposição.

4.2 Provas Ilícitas por Derivação: a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e sua relação com o *Nemo Tenetur*

A proibição de utilização da prova ilícita vai além da exclusão da própria prova produzida com violação de direitos ou garantias fundamentais.

⁸⁰²ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, 2007, p.102.

⁸⁰³COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004 p.289.

A discussão gira em torno do alcance da proibição, ou seja, sobre se esta abarca a prova mediata, e em que medida o faz. Cuida-se do efeito à distância (*Fernwirkung*) do direito alemão⁸⁰⁴ ou da doutrina dos frutos da árvore venenosa, do direito estadunidense⁸⁰⁵.

Por força da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree doctrine*, na conhecida expressão do Juiz norte-americano, Frankfurter), a prova derivada daquela obtida por meios ilícitos também é inadmissível, porquanto contaminada por ela.

Neste sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho⁸⁰⁶ adverte, com os olhos voltados para a finalidade profilática do estabelecimento das proibições probatórias, que “de nada valeriam as restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz.”

A teoria foi desenvolvida pela Suprema Corte Norte-Americana, tendo sido aplicada, pela primeira vez, em 1920, no caso *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, 251 U.S. 385 (1920) no qual foi realizada uma apreensão ilegal de documentos. Após a apreensão, os réus foram intimados a apresentar os mesmos documentos, que haviam sido devolvidos por decisão judicial⁸⁰⁷. A Corte decidiu pela aplicação da regra de exclusão a toda prova maculada por uma investigação inconstitucional⁸⁰⁸.

Assim, caso se obtenha, através de uma interceptação telefônica ilícita – violando-se o direito ao sigilo e o plano de proteção *prima facie* do *nemo tenetur* - uma prova documental, pela via regular de um mandado judicial de busca e apreensão, esta prova também não será admissível no processo, face

⁸⁰⁴GÖSSEL, Karl-Heinz. As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Direito Criminal*, ano 2, fasc.3, 1992, p.436. Destaque-se que, segundo o autor, o Supremo Tribunal Federal Alemão somente aplica o efeito à distância em situações excepcionais, como na obtenção de prova através de escuta telefônica ilegal, tendo por objeto delito que esteja fora do catálogo. Nos demais casos, o Supremo Tribunal tem se posicionado contra a aplicação do efeito à distância.

⁸⁰⁵MAIER, Julio B. J.; GUARIGLIA, Francisco. Las prohibiciones de valoracion probatoria em el procedimiento penal. *Revista de ciencias penales*. Montevideo, Carlos Alves Editor, n.4, 1999, p.187.

⁸⁰⁶GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*, 2008, p.267.

⁸⁰⁷LAFAYE, Wayne et al. *Criminal Procedure*, 2009, p.526.

⁸⁰⁸GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*, 2008, p.266.

ao seu vínculo de origem com a prova ilícita.

No âmbito do processo penal brasileiro, o tema encontra disciplina normativa no artigo 157, par.1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei Federal 11.690/08.

Nesse passo, impende destacar que há várias limitações e exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada, tais como a *teoria da fonte independente* (*independent source limitation*) e a *teoria da descoberta inevitável* (*inevitable discovery limitation*)⁸⁰⁹, as quais também foram desenvolvidas pela jurisprudência da Suprema Corte Estadunidense e acolhidas pela legislação processual penal brasileira, no § 2º, do artigo 157 do CPP.

Conforme adverte Wayne R. LaFave⁸¹⁰, uma coisa é afirmar que a polícia não pode obter vantagens por violar direitos individuais; outra coisa bem diferente é declarar que uma violação por parte da polícia colocará o acusado acima do alcance da lei, ainda que sua culpa possa ser provada por evidências obtidas legalmente.

Com base na teoria da descoberta inevitável emprega-se o método indutivo (hipotético-causal) para se postular que, em determinadas situações, a prova seria descoberta de qualquer forma, independentemente do direcionamento da prova ilícita⁸¹¹.

O exemplo clássico é o precedente da Suprema Corte Estadunidense *Nix v. Williams*, 467 US 431 (1984)⁸¹², em que foi obtida ilegalmente, do acusado, uma declaração acerca da localização do corpo de uma vítima, que havia sido abandonado às margens de uma movimentada rodovia⁸¹³.

Uma vez que, com fundamento nas regras de experiência, era possível inferir que o corpo seria localizado de qualquer modo pela polícia - pois havia

⁸⁰⁹PACHECO, Denilson Feitosa. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*, 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.819.

⁸¹⁰*Criminal procedure*, 2009, p.528.

⁸¹¹GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal*, 2008, p.268.

⁸¹²LAFAVE, Wayne R. et al *Criminal Procedure*, 2009, p.530.

⁸¹³PACHECO, Denilson Feitosa. *Direito processual penal: Teoria, Crítica e Práxis*, 2005, p.820.

mais de 200 voluntários participando das buscas -, sua descoberta não foi tida como contaminada pela prova ilícita originária⁸¹⁴.

É preciso reconhecer, contudo, que a teoria da descoberta inevitável flexibiliza demasiadamente as regras de proibição probatória, fragilizando o conteúdo ético que deve impregnar o direito processual penal, especialmente neste campo sensível. Através de um subjetivo e inseguro método hipotético-causal - que não pode levar a resultados certos, na medida em que os fatos (supostos) não ocorreram -, abre-se o campo para a convalidação de provas obtidas ilegalmente, muitas vezes decorrentes de má conduta policial e que violaram direitos fundamentais do imputado⁸¹⁵.

No que se refere ao *nemo tenetur*, o tema ainda ganha maior relevância, uma vez que a prova ilícita se obtém através de uma cooperação do acusado, que dele não se poderia legitimamente exigir, permitindo a coleta de uma prova lícita derivada.

Destarte, caso não se pretenda desviar dos preceitos éticos do *giusto processo*, não há espaço para a aceitação da prova derivada, uma vez que se verifique a violação do *nemo tenetur* na aquisição da prova originária.

Por sua vez, a *teoria da fonte independente* postula que não há contaminação naquelas situações em que a prova derivada possui duas fontes, ou seja, uma lícita e uma ilícita. Assim, sendo demonstrado que, mesmo que suprimida a prova ilícita, o dado probatório decorreu de uma fonte independente de investigação, este não é excluído do processo. Nesta situação, na verdade, não há incidência da teoria da prova ilícita por derivação, na medida em que o próprio nexo de causalidade é excluído⁸¹⁶. Isso se dá porque não se trata de um objeto de prova proibido (*Beweisthemaverbote*), a ensejar uma limitação absoluta, mas sim do emprego de meios de prova (*Beweismittel*) lícito e ilícito, que atingiram o mesmo resultado⁸¹⁷.

⁸¹⁴ÁVILA, Thiago André Pierobom. *Provas ilícitas e proporcionalidade*, 2009, p.156.

⁸¹⁵MAIER, Julio B.J., GUARIGLIA, Fabricio. Las prohibiciones de valoracion probatória em el procedimiento penal. *Revista de ciencias penales*, 1998, p.189.

⁸¹⁶GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no pProcesso penal*, 2008, p.268.

⁸¹⁷MAIER, Julio B.J., GUARIGLIA, Fabricio. Las prohibiciones de valoracion probatória em el procedimiento penal. *Revista de ciencias penales*, 1998, p.189.

De toda sorte, o que se nota é que a teoria dos frutos da árvore venenosa vem sofrendo restrições, no sentido de que a má conduta policial não consista em um obstáculo de natureza absoluta e intransponível para a apuração da verdade processual.

Tais restrições devem ser interpretadas com a máxima cautela, especialmente na seara da garantia contra a autoincriminação, que não pode ser violada em nome da eficiência, sob pena de perda dos referenciais éticos que devem imperar no processo penal democrático.

4.3 O Tratamento Jurisprudencial da Prova Ilícita em Matéria do *Nemo Tenetur*: perspectivas do *civil law* e do *common law*

O problema da ilicitude probatória é enfrentado sob diferentes perspectivas nos países do *civil law* (ou de direito continental), e nos países do *common law*.

Em síntese, pode-se afirmar que, nos países de tradição jurídica continental, as proibições probatórias funcionam como limites à busca da verdade, entrosados com a observância do devido processo legal (*fairness process*) e com a tutela dos direitos individuais⁸¹⁸.

Em um enfoque funcionalista, observa-se que o Estado deve estabilizar as normas jurídico-penais pela via de uma persecução penal eficiente e, a um só tempo, estabilizar as normas consagradoras dos direitos fundamentais do acusado, aplicando proibições de utilização de provas que os tenham violado⁸¹⁹.

Na Alemanha, *verbi gratia*, a violação das regras de proibição probatória (*Beweisverbote*) é aferida por meio da ponderação de bens, podendo redundar, ou não, na exclusão da prova⁸²⁰. Assim, aprecia-se o peso do direito fundamental violado e a gravidade da infração investigada, no sentido de se decidir acerca da utilização ou exclusão da prova⁸²¹.

⁸¹⁸ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, 2009, p.19-20.

⁸¹⁹Idem, op. cit, p.50.

⁸²⁰GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista portuguesa de direito criminal*, ano 2, fasc.3, 1992, p.424.

⁸²¹ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, 2009, p.19-20p.51,

A ponderação, neste campo, é sempre perigosa, na medida em que a integridade do processo dependerá da magnitude da imputação deduzida.

Como advertem Julio Maier e Francisco Guariglia⁸²², seria algo como dizer, aos órgãos da persecução: “em casos de criminalidade grave, procurem respeitar as formas do procedimento, mas si não o fizerem, isso só excepcionalmente consistirá em obstáculo para a persecução e condenação”.

No *common law* as regras de exclusão (*exclusionary rules*) se fundamentam, especialmente, na necessidade de dissuasão da má conduta policial (*deterrenct efect*)⁸²³, tutelando-se os direitos individuais e a própria integridade judicial (*judicial integrity*)⁸²⁴.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte proferiu inúmeros julgados, tendo por objeto as IV, V, VI e XIV Emendas, aplicando as regras de exclusão, seja para a tutela dos direitos nelas consagrados, seja para desestimular a má conduta dos policiais. Dentre tais julgamentos, destaca-se, no que se refere ao *nemo tenetur*, o precedente *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966), aqui já repercutido, que tornou obrigatórias as advertências ao investigado sobre seus direitos ao silêncio e à assistência de advogado, e invalidou a confissão do acusado realizada na fase policial.

Aplicam-se, no *common law*, várias matizações acerca da vedação da prova ilícita, tal como a *good faith exception* (exceção de boa-fé), que possibilita a utilização da prova caso o agente policial a tenha obtido de boa-fé. Isso se revela coerente com o objetivo nuclear do *deterrenct efect* (efeito dissuasório), na medida em que se o funcionário público atuou com boa-fé não há razão para a dissuasão do comportamento.

Na Inglaterra, por razões históricas intrínsecas ao liberalismo, as regras de exclusão tem por objeto específico as confissões obtidas de forma coercitiva, conforme dispõe a Seção 76, 2, a, do *Police and Criminal Evidence Act* 1984. No tocante às provas colhidas com violação de outros direitos fundamentais (como o domicílio, por exemplo), não incide a regra de

⁸²²Las prohibiciones de valoracion probatória em el procedimiento penal. *Revista de ciencias penales*, 1998, p.185.

⁸²³LAFAVE, Wayne R. *Criminal procedure*, 2009, p.128.

⁸²⁴ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (um estudio comparado)*, 2009, p.27.

exclusão, restando a responsabilização civil ou administrativa do funcionário⁸²⁵.

No que toca às provas ilícitas por derivação, a teoria dos frutos da árvore venenosa e suas limitações (*independent source* e *inevitable discovery*), encontram aplicação também nos países de tradição continental, embora tenham sido desenvolvidas pela Suprema Corte Estadunidense.

Oportuno repercutir, agora, à jurisprudência dos Tribunais, seja do *civil law*, seja do *common law*, tendo por objeto o tema das proibições probatórias, mais particularmente no que se relaciona ao *nemo tenetur*.

4.3.1 As Decisões da Suprema Corte Estadunidense e o *Nemo Tenetur*

Conforme já se anotou, a Suprema Corte Estadunidense desenvolveu, pioneiramente, a jurisprudência acerca das proibições probatórias e das regras de exclusão, servindo de paradigma para tribunais de outros países, inclusive de tradição jurídica continental, e constituindo referência obrigatória no estudo do tema⁸²⁶. Por estas razões, seus precedentes serão objeto de análise, deixando-se, também por limites do trabalho, de se repercutir a julgamentos de outros Tribunais do *common law*, como os ingleses, por exemplo.

O *privilege against self compelled incrimination*, na seara das proibições probatórias, tem por escopo coibir a autoincriminação mediante coação ou falsa representação (engano). Existem inúmeros precedentes da Suprema Corte sobre a matéria.

Em *Leyra v. Denno*, 347 US 556 (1954), o imputado - suspeito da morte dos pais - foi interrogado, de forma sub-reptícia, por um psiquiatra, o qual alegou que as fortes dores de cabeça que o primeiro sentia decorriam da angústia por não confessar. Prometendo-lhe alívio, o psiquiatra logrou obter

⁸²⁵HENDLER, Edmundo S. La regla de exclusión en Inglaterra. *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2000, p.259-263.

⁸²⁶ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita*, 2009, p.27.

a confissão do imputado, a qual foi invalidada sob o fundamento de violação do *privilege*⁸²⁷.

No precedente *Spano v. New York*, 360 US 315 (1959), um acusado da prática de homicídio foi interrogado durante 08 horas ininterruptas por vários policiais, em revezamento. Por fim, foi interrogado por um policial que o conhecia, o qual alegou, para o acusado, que perderia o cargo se o último não confessasse. Aos fundamentos de que a confissão foi obtida por pressão, fadiga e falsa simpatia, a Suprema Corte invalidou prova⁸²⁸.

No precedente *Massiah v. United States*, 377 US 201 (1964), o corréu do acusado, que cooperava com a polícia, passou a dialogar com o último, no interior do carro deste. No momento em que o acusado proferiu declarações incriminatórias, o corréu, subrepticamente, gravou suas palavras, transmitindo-as a um agente federal. A prova foi considerada inadmissível sob os fundamentos de que o agente realizou um verdadeiro interrogatório e de que, neste caso, o acusado teria direito a um advogado⁸²⁹.

Em *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964), o investigado, após ser incriminado pelo comparsa, perante os policiais, foi conduzido à Delegacia. Ali, foi interrogado, algemado e de pé, por mais de quatro horas, sendo-lhe negada a assistência de advogado. A confissão foi utilizada no julgamento e o réu foi condenado. A Suprema Corte invalidou a condenação, declarando a confissão constitucionalmente inadmissível.

Em *Arizona v. Fulminante*, 499 US 279 (1991), um companheiro de cela do acusado – que na verdade era um agente infiltrado - o convenceu a confessar a prática de um homicídio, aos argumentos de que iria protegê-lo de outros presos, os quais pretendiam lhe conferir um “tratamento especial”. A Corte decidiu que as circunstâncias representavam uma ameaça crível de violência física contra o acusado e que, assim, a confissão foi produto de coerção, não podendo ser considerada⁸³⁰.

Em *Jacobson v. US*, 503 US 540, (1992), agentes federais enviaram diversos panfletos ao acusado, durante anos, com o objetivo de convencê-lo

⁸²⁷LAFAVE, Wayne R. et al, *Criminal procedure*, 2009, p.348.

⁸²⁸RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*, 2006, p.136.

⁸²⁹LAFAVE, Wayne R. et al, *Criminal procedure*, 2009, p.354.

⁸³⁰Idem, op. cit., p.346.

a comprar material pornográfico envolvendo menores. Após receber 26 comunicações, o acusado acabou adquirindo o material, sendo processado pelo delito. A Suprema Corte, com fundamento na “defesa de armadilha” (*defense of entrapment*), anulou a condenação, uma vez que não se demonstrou que o acusado estava predisposto à prática do delito (teoria subjetiva), que veio a cometer em razão da provocação da polícia⁸³¹.

Por último, mas não menos importante, o precedente mais conhecido na matéria, já referido inúmeras vezes na dissertação, foi *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966), relatado por Earl Warren. Neste caso, Ernesto Miranda foi ilegalmente detido e conduzido à Delegacia, onde veio a confessar delitos de estupro e seqüestro. Contudo, o acusado não havia sido advertido de seu direito de permanecer em silêncio, nem tampouco de ter acesso a um advogado. A confissão - aceita pelo Júri -, foi considerada inadmissível pela Suprema Corte, porquanto violadora da V Emenda, e a condenação foi anulada⁸³².

No conhecido julgamento, foram estipuladas as famosas advertências (*Miranda's warnings*) que devem ser feitas ao acusado, por ocasião de sua prisão: **i)** de que tem o direito de permanecer em silêncio; **ii)** de que tudo o que disser pode ser usado contra ele no tribunal; **iii)** de que tem o direito de consultar um advogado e de ter um advogado durante o interrogatório; **iv)** e de que se não tiver condições de contratar um advogado, um será nomeado para representá-lo⁸³³.

Os precedentes citados, em especial o último, revelam a preocupação com a voluntariedade (*voluntariness*) das declarações do acusado⁸³⁴, que não pode ser coagido ou enganado para que forneça prova de conteúdo testemunhal contra si mesmo. As advertências são exigidas em qualquer situação material de custódia, ainda que o investigado não se encontre formalmente preso ou privado de sua liberdade.

⁸³¹GARIBALDI, Gustavo E. L. *Las modernas tecnologías de control y investigación del delito*, 2010, p.145.

⁸³²COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, p.87-88.

⁸³³LFAVE, Wayne R. et al, *Criminal procedure*, 2009, p.368.

⁸³⁴Idem, op. cit., p.349.

Cuida-se da proteção do núcleo essencial da garantia contra a autoincriminação (plano de proteção da regra), qual seja, o direito de não produzir manifestação de cunho testemunhal, em cooperação com a acusação, salvo voluntária e conscientemente.

4.3.2 Decisões das Cortes Européias, do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o *Nemo Tenetur*

Convém estudar, separadamente, as decisões dos países de tradição jurídica continental, face às distintas perspectivas adotadas para o tratamento das proibições probatórias, conforme já se assinalou.

Opta-se pelo exame de decisões dos Tribunais Espanhóis e Alemães, bem como do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em virtude da profundidade dogmática com que enfrentam o tema, em especial no que concerne ao *nemo tenetur*, bem como em razão da necessidade de delimitação da pesquisa.

4.3.2.1 Alemanha

Na Alemanha, o *nemo tenetur* se vincula à proteção do núcleo intangível da personalidade, que deve encontrar-se a salvo de intromissões estatais, bem como à proteção dos outros círculos da intimidade e da privacidade, que se encontram fora do núcleo intangível e comportam restrições⁸³⁵.

Roxin⁸³⁶ define o núcleo intangível como sendo as informações relacionadas com enfermidades, experiências sexuais, ideias e conflitos internos registrados unicamente em documentos privados. Nesta esfera, não se admite qualquer intervenção do Estado.

⁸³⁵ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1992, p.140.

⁸³⁶*Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, 2007, p.105.

No âmbito da privacidade, mas fora dos limites do núcleo intangível, qualquer intromissão estatal só se faz admissível até o limite explicitamente permitido pela lei⁸³⁷. Além disso, tais ingerências não são permissíveis de forma generalizada, senão apenas em situações específicas.

Verifica-se, assim, uma tendência de ponderação entre os interesses da investigação da verdade e os direitos individuais⁸³⁸, pendendo a balança para a tutela dos primeiros em se tratando de delitos graves⁸³⁹.

Conforme acentua Manoel da Costa Andrade⁸⁴⁰, saber se há de se aplicar, ou não, a proibição probatória é uma questão que terá de ter uma “resposta normativa, encontrada a partir da consideração do interesse concreto da perseguição penal, da gravidade da infração da lei, bem como da dignidade de tutela do interesse lesado”.

Foram apreciados, pelo Tribunal Constitucional Federal e pelo Supremo Tribunal Federal, vários casos relacionados ao *nemo tenetur*, notadamente correlatos ao emprego de meios enganosos, como as gravações ambientais e os agentes infiltrados, que restringem os direitos à privacidade e intimidade.

No precedente conhecido como “segundo caso do diário” (*BGHSt*, 34,397), julgado pelo Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) em 1987, foram enfrentadas as questões relativas à proteção contra a autoincriminação e à inviolabilidade do núcleo intangível da personalidade. O caso teve por objeto o homicídio de uma mulher que se encontrava descansando em um parque. A polícia apreendeu o diário de um investigado, no qual este, apesar de não relatar o crime, descrevia seus problemas com as mulheres e sua predisposição a cometer crimes por motivos sexuais⁸⁴¹. O diário foi utilizado como prova no processo, tendo sido fundamental para a condenação do acusado⁸⁴².

⁸³⁷ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, 2007, p.102.

⁸³⁸ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita: um estudo comparado*, 2009, p.49-51.

⁸³⁹MAIER, Julio B. J.; GUARIGLIA, Francisco. Las prohibiciones de valoración probatoria em el procedimiento penal. *Revista de ciencias penales*, 1998, p.189.

⁸⁴⁰Sobre as proibições de prova em processo penal, 1992, p.142.

⁸⁴¹ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, 2007, p.105.

⁸⁴²GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista portuguesa de direito criminal*, ano 2, fasc.3, 1992, p.428.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o caso, decidiu que deveria haver uma ponderação entre os direitos fundamentais em jogo e que, face à gravidade do crime, a prova deveria ser aceita, ainda que representasse violação do núcleo intangível da personalidade⁸⁴³.

Posteriormente, o Tribunal Constitucional Federal também apreciou o caso, tendo mantido a condenação, sob o fundamento de que o acusado, ao externar seus pensamentos no diário, os excluiu do núcleo intangível da intimidade (*BverfGE* 80, 367)⁸⁴⁴.

A decisão foi duramente criticada pela doutrina, especialmente por Claus Roxin⁸⁴⁵ e Karl-Heinz Gössel⁸⁴⁶, aos argumentos de que houve violação do núcleo intangível da intimidade, bem como do direito ao silêncio, o que deveria resultar na proibição de valoração da prova.

Em outro importante julgamento, conhecido como “primeiro caso do gravador”, o Supremo Tribunal Federal proclamou inadmissível a utilização de conversa ambiental gravada por um dos interlocutores, aos fundamentos de que todos têm o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, garantindo-se o direito à vida familiar e privada⁸⁴⁷.

Contudo, em se tratando de gravações ambientais de conversas que se encontram fora do núcleo intangível, a tendência é a ponderação de interesses, admitindo-se a prova caso se trate de delitos graves, e vedando-se esta em se tratando de delitos de média ou pequena gravidade.

O Supremo Tribunal Federal, neste sentido, decidiu pela inadmissibilidade de gravação ambiental realizada para a investigação de delito de falso testemunho (*BGHSt*, 14, 358)⁸⁴⁸.

No que tange à instrução sobre o direito a não declarar, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em vários julgados, que a omissão da

⁸⁴³ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, 2007, p.105.

⁸⁴⁴Idem, op. cit., p.106.

⁸⁴⁵Idem, op. cit., p.106-107.

⁸⁴⁶GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista portuguesa de direito criminal*, ano 2, fasc.3, 1992, p.428.

⁸⁴⁷ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1992, p.141.

⁸⁴⁸ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, 2007, p.106-108.

formalidade torna inadmissível a valoração da prova, conforme se verifica nos precedentes *BGHSt* 25, 325 e 31, 395, colacionados por Roxin⁸⁴⁹.

No ano de 1992, o Supremo Tribunal decidiu que as afirmações feitas na fase policial só podem ser utilizadas caso se demonstre que o investigado foi devidamente instruído sobre o direito ao silêncio (*BGHSt* 38, 214)⁸⁵⁰.

No caso *BGHSt* 38, 372, o Supremo Tribunal reconheceu violação do direito de defesa, bem como do *nemo tenetur*, em situação na qual foi negado ao réu, por ocasião de suas declarações, a consulta ao advogado. Assim, a confissão foi rechaçada e a condenação anulada⁸⁵¹.

No caso *BGHSt* 5, 532, foi declarado inadmissível o emprego do detector de mentiras, uma vez que tal equipamento registra processos inconscientes da pessoa, tais como a respiração e a pressão sanguínea, obrigando-se o imputado a ministrar provas contra sua vontade livre. Isso decorre da única regra expressa de proibição de valoração, explicitada no parágrafo 136a),3,2 da *StPO*, que proíbe, independentemente da concordância do arguido, a valoração dos interrogatórios produzidos à custa da liberdade de formação da vontade⁸⁵².

No precedente *BGHSt* 34, 39, conhecido como “caso Schleyer”⁸⁵³, o Supremo Tribunal Federal proclamou inadmissível o registro de voz secretamente obtido, para fins de comparação da voz do inculcado (que havia permanecido em silêncio durante todo o julgamento) e a voz de um dos seqüestradores. Os fundamentos foram no sentido de que as gravações secretas constrangeram o acusado a incriminar-se contra sua vontade e sem o conhecimento do que fazia, o que consiste em uma violação à dignidade humana⁸⁵⁴.

No caso *BGHSt* 34, 362 o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inadmissibilidade da prova colhida por um agente infiltrado na cela do

⁸⁴⁹ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, 2007, p.90.

⁸⁵⁰Idem, op. cit., p.90.

⁸⁵¹Idem, op. cit., p.93.

⁸⁵²GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista portuguesa de direito criminal*, ano 2, fasc.3, 1992, p.415.

⁸⁵³ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1992, p.129.

⁸⁵⁴ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, 2007, p.95.

acusado, que ganhou a confiança do último, obtendo sua confissão⁸⁵⁵. Porém, a decisão foi revertida pelo órgão máximo do Tribunal (composto pelo Presidente e dois juízes), que veio a declarar admissível o interrogatório por ardil, uma vez que o investigado não foi induzido a acreditar que teria uma obrigação de declarar, objeto de tutela do § 136 da *StPO*. Além disso, decidiu-se que o interrogatório por ardil só se admite em se tratando de delitos graves e caso a coleta da prova por outros meios seja especialmente dificultosa⁸⁵⁶.

Posteriormente, foi apreciado um caso semelhante, no qual uma presa, passando-se por adivinha, convenceu várias outras presas a lhe confessarem seus crimes, argumentando que, caso o fizessem, poderia usar de forças sobrenaturais para atenuar suas penas. As confissões escritas foram entregues à polícia e utilizadas para a condenação, por um Tribunal Estadual. O Supremo Tribunal Federal julgou inadmissíveis as confissões, por terem sido obtidas por meio de ardil provocado pelo Estado (*BGHSt* 44, 129)⁸⁵⁷.

No precedente *BGHSt* 44, 49, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não admissibilidade, como prova, de anotações feitas pelo acusado durante o julgamento, sob o fundamento de que isto viola o direito de defesa e a garantia contra a autoincriminação, prevista no § 136 da *StPO*⁸⁵⁸.

No precedente *BGHSt*, 24,125, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela admissibilidade de valoração da prova em virtude do recolhimento de amostra de sangue realizada por funcionário que não era médico, violando-se o parágrafo 81, a, da *StPO*, e o direito fundamental à integridade física⁸⁵⁹. Ponderou-se que o vício que inquina a medida coercitiva não se reveste da gravidade suficiente para impor o recuo do interesse da descoberta dos fatos.

Em relação à vigilância acústica - que se divide, como já se anotou, em pequenas (*kleine Laushangriff*) e grandes escutas (*grosse Lauschangriff*), - as

⁸⁵⁵ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, 2007, p.94.

⁸⁵⁶ROXIN, Claus. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, 2008, p.63.

⁸⁵⁷Idem, op. cit., p.63.

⁸⁵⁸Idem, op. cit., p.68.

⁸⁵⁹GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista portuguesa de direito criminal*, 1992, p.411.

últimas realizadas no domicílio do investigado -, o Tribunal Constitucional Federal proferiu uma importante sentença em 3/3/2004 (*BVerfGE*, 109, 279), traçando os limites dentro dos quais a medida pode se realizar no âmbito do domicílio. Consta, da citada decisão, que deve haver fundadas suspeitas da prática de delito grave, determinado especificamente pela lei, bem como que deve ser preservado o âmbito essencial da vida privada, sob pena de inadmissibilidade da prova colhida.⁸⁶⁰

Na sentença *BGHSt* 31, 296, de 1983, o Supremo Tribunal Federal declarou inadmissível uma gravação de diálogo entre dois cônjuges, realizados no domicílio, acerca de delito de tráfico de drogas. A gravação havia sido realizada em razão de o telefone do suspeito estar sendo interceptado, tendo permanecido fora do gancho, o que permitiu a captação da conversa. Sustentou-se que a gravação havia infringido o âmbito essencial da vida privada bem como que não havia autorização par a gravação do tipo ambiental no caso, não podendo ser valorada a prova⁸⁶¹.

Nota-se uma clara tendência de se proteger a vida privada e a liberdade de manifestação do acusado (*Aussagefreiheit*). Há, contudo, várias matizações, em função da reiterada aplicação da ponderação de interesses, admitindo-se, em casos graves, a utilização de provas obtidas por meios enganosos (interrogatórios por ardil, por exemplo) ou violadores do núcleo essencial da intimidade (gravações domiciliares - *grosse Lauschangriff*).

Quanto às interceptações telefônicas, o Supremo Tribunal tem se pronunciado pela proibição de valoração quando não se verificam os pressupostos legais de intromissão. A não previsão do delito no catálogo (*BGHSt*, 26, 298), a ausência de autorização judicial (*BGHSt*, 27, 535), e os conhecimentos obtidos acerca de outros crimes não relacionados no catálogo (*BGHSt*, 29, 244) são exemplos de julgados nos quais se decidiu pela proibição da valoração⁸⁶².

⁸⁶⁰BELING, Ernst; AMBOS, Kai; GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*, 2009, p.90.

⁸⁶¹ROXIN, Claus. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, 2008, p.98.

⁸⁶²GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista portuguesa de direito criminal*, ano 2, fasc.3, 1992, p.412.

As decisões se relacionam com a garantia no plano da regra (proibição de emprego do *lie detector*, *verbi gratia*) e do princípio, com a exigência de limites para a restrição do plano de proteção *prima facie*, consistente na autoincriminação inconsciente.

4.3.2.2 Espanha

O Tribunal Supremo e o Tribunal Constitucional Espanhóis também proferiram importantes julgamentos envolvendo o *nemo tenetur* e suas possíveis vulnerações, tendo por objeto os meios enganosos (agentes infiltrados, gravações e interceptações telefônicas) e os métodos ilegais de interrogatório.

O regime jurídico do interrogatório vem disciplinado no artigo 389 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. A norma, essencialmente, proíbe toda fórmula que, direta ou indiretamente, constrinja ou force a vontade do declarante. O objetivo é garantir que as declarações emitidas se produzam em total e absoluta liberdade⁸⁶³.

Todo interrogatório conduzido de forma desleal⁸⁶⁴, com infração ao direito fundamental de livre declaração e de não confessar-se culpado resulta em prova proibida, que deve ser excluída do processo.

No que tange aos métodos ilegais de interrogatório, como o emprego de narcoanálise e do detector de mentiras, tidos como degradantes e violadores da liberdade de manifestação do argüido, pronunciou-se o Tribunal Supremo, na STS 697/1982⁸⁶⁵, declarando que tais meios não são outra coisa que uma forma direta e delituosa de se obter a confissão, depreciando a personalidade humana⁸⁶⁶. Nesta sentença foi apreciado requerimento do próprio acusado para submeter-se à narcoanálise, por intermédio do pentotal de sódio, o que foi negado pelo Tribunal, aos fundamentos de que,

⁸⁶³ASENCIO MELLADO, José María. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, 2008, p.199.

⁸⁶⁴Idem, op. cit., p.206.

⁸⁶⁵Disponível em: <www.poderjudicial.es>. Acesso em 28.10.2010.

⁸⁶⁶ASENCIO MELLADO, José María, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, 2008, p.203.

para além da ausência de cientificidade comprovada, o método priva o imputado da liberdade, depreciando a dignidade humana.

O Tribunal Supremo, em vários casos versando tráfico de drogas, declarou inadmissível a coleta de provas por intermédio do agente provocador, uma vez que tal proceder vulnera os princípios inspiradores do Estado Democrático de Direito, e ofende os princípios da legalidade e interdição da arbitrariedade dos Poderes Públicos.

Na STS 7379/1993⁸⁶⁷, sob os fundamentos de que a indução dos agentes da polícia foi decisiva para a prática do crime, e de que tal circunstância afasta a culpabilidade, o Tribunal Supremo confirmou uma sentença absolutória, desprovendo recurso do Ministério Público.

Na STS 54/1995⁸⁶⁸ o Tribunal Supremo se pronunciou sobre a ilicitude de uma interceptação telefônica decretada em uma investigação de delito de tráfico. A interceptação foi considerada ilegal por falta de fundamentação da decisão judicial, bem como em razão da inexistência de indícios concretos da prática do delito, tendo sido autorizada de forma genérica pelo magistrado. Assim, a prova foi declarada inadmissível, redundando na absolvição do acusado.

Na STC 299/2000⁸⁶⁹ o Tribunal Constitucional decidiu pela ilicitude de uma interceptação telefônica autorizada para a investigação de delito de contrabando. Na fundamentação, a Corte consignou que a interceptação telefônica há de pressupor a existência de indícios concretos da participação do investigado em um delito, indícios estes que inexistiam por ocasião da decisão que autorizou a medida, a qual restou insuficientemente fundamentada. Além disso, pronunciou-se a Corte, aplicando a teoria dos frutos da árvore envenenada, pela contaminação das provas decorrentes da interceptação ilegal, face ao nexo de ilicitude entre elas. Conseqüentemente, a Corte Constitucional anulou a condenação dos recorrentes, provendo o recurso de amparo.

⁸⁶⁷Disponível em: <www.poderjudicial.es>. Acesso em 30/10/2010.

⁸⁶⁸Disponível em: <www.poderjudicial.es>. Acesso em 30/10/2010.

⁸⁶⁹Disponível em <www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia>. Acesso em 30/10/2010.

No mesmo sentido, na STC 18/2003, o Tribunal Constitucional anulou uma condenação, tendo por objeto delito de corrupção, aos fundamentos de que as interceptações telefônicas foram autorizadas sem que houvesse indícios suficientes de autoria, embasando-se em meras denúncias anônimas⁸⁷⁰.

Como adverte Francisco Muñoz Conde⁸⁷¹, se assim não fosse, bastaria que alguém, no escopo de molestar seu inimigo ou mediante provocação da polícia, formulasse uma denúncia anônima para que, automaticamente, o telefone de qualquer cidadão pudesse ser interceptado, sem base objetiva alguma.

Nestas sentenças é possível vislumbrar a violação, além de outros direitos fundamentais (intimidade, sigilo de comunicações, presunção de inocência, devido processo, etc), do plano de proteção principiológico do *nemo tenetur*, na medida em que este só pode sofrer restrições com observância da regulamentação legal (legalidade), mediante decisão judicial fundamentada (judicialidade) e com o atendimento ao princípio da proporcionalidade⁸⁷².

4.3.2.3 Brasil

Já foi observado, no curso da dissertação, que o Supremo Tribunal Federal Brasileiro limitou-se, até o presente momento, a apreciar possíveis violações da garantia contra a autoincriminação no plano da regra, especificamente no que se refere ao exercício do direito ao silêncio e ao direito à não realização de conduta ativa, de conteúdo comunicativo.

Apenas para se permitir uma comparação mais direta com os julgados das Cortes alienígenas e internacionais, serão colacionados novamente arestos já citados nos capítulos precedentes, sem a preocupação de uma pesquisa documental exaustiva, não objetivada na presente dissertação.

⁸⁷⁰MUÑOZ CONDE, Francisco. *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, 2007, p.53.

⁸⁷¹*Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, 2007, p.53.

⁸⁷²MUÑOZ CONDE, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo*, 2008, p.68-71.

Quanto ao direito ao silêncio, a Corte concedeu, preventivamente, inúmeros *habeas corpus* assegurando seu exercício no que toca a depoimentos prestados perante Comissões Parlamentares de Inquérito (cf. HC 75.287-0, HC 79.244-DF, HC 79.812-SP, HC 83.357 DF, MSMC 23.491/DF, MSMC 23.576/DF, MSMC 24.118/DF), tutelando-se, por via oblíqua, o direito de liberdade, ao inibir eventuais prisões em flagrante pelo delito de desobediência.

No que concerne à valoração do silêncio, no julgamento do HC 84517 / SP, o Supremo Tribunal cassou uma condenação na qual o exercício do direito ao silêncio foi avaliado negativamente como fundamento para a sentença condenatória, por violação do *nemo tenetur*. No mesmo rumo, decidiu, o Tribunal, pela inadmissibilidade de se considerar o silêncio para a exasperação da pena (HC 72.815/MS).

Quanto ao dever de advertência, que instrumentaliza a garantia, o Supremo Tribunal proferiu decisões no sentido de que a omissão não induz a nulidade absoluta do interrogatório, desde que se comprove que o acusado estava ciente do direito de permanecer calado (cf., *verbi gratia*, HC 78.708 / SP, DJ 16/04/1999).

Com relação ao emprego dos meios enganosos, o Supremo Tribunal já decidiu (HC 80.949 / RJ; HC 78.708/SP) pela ilicitude de prova obtida através de gravação ambiental clandestina, efetuada por policiais, exatamente em razão da omissão do dever de advertência. Considerou-se que, na referida situação, ocorreu um verdadeiro interrogatório sub-reptício, violando-se o *nemo tenetur*.

No tocante às condutas ativas, decidiu, o Supremo Tribunal, pela inadmissibilidade da exigência de participação em reconstituição do crime (RHC 64.354/SP), revogando prisão preventiva decretada em razão da recusa dos indiciados; de fornecimento de material gráfico para exame grafotécnico (HC 77.135 / SP); bem como de submissão forçada ao teste etilométrico (HC 93 916/PA).

Com relação à exigência de conduta passiva, como o fornecimento de material genético para a realização de perícia, a Suprema Corte ainda não se defrontou diretamente com o tema na seara do processo penal. Houve

apenas uma decisão (RCL. n.2.040/DF), autorizando-se a coleta de material genético da placenta da gestante, sem sua autorização, para fins de exame de DNA, em investigação de delito de estupro. No rumoroso caso, a gestante encontrava-se recolhida em cela da polícia federal⁸⁷³, e imputava o delito a policiais federais. Porém, deve se acentuar que o material a ser examinado já se encontrava fora do corpo da gestante, não se tratando, a rigor, de intervenção corporal em sentido estrito.

No âmbito cível, conforme já se assinalou, o Supremo Tribunal decidiu pela inadmissibilidade de coleta coercitiva de material genético para exame de DNA (HC 76.060/SC, 71.373 RS).

Verifica-se, portanto, que a mais alta Corte brasileira ainda há de se confrontar com inúmeras questões concernentes à ilicitude probatória no campo do *nemo tenetur*, sobretudo no plano principiológico (da *cooperação passiva e inconsciente*), conferindo-se um tratamento mais satisfatório a uma temática tão fundamental, conforme já vem fazendo as Cortes Constitucionais alienígenas há algumas décadas.

4.3.2.4 Tribunal Europeu de Direitos Humanos

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos funciona como o intérprete da Convenção Européia de Direitos Humanos, conformando, através de seus julgamentos, a jurisprudência dos Tribunais da União Européia.

Em que pese sua jurisdição seja facultativa, caso seja aceita pelo país torna-se obrigatória de pleno direito, no que se refere à interpretação e aplicação da Convenção Européia de Direitos Humanos, nos termos do artigo 46.1, do Convênio.

A doutrina do TEDH se constrói sobre a conexão entre a prova ilícita e o direito a um processo equitativo. Sob tal perspectiva, e através da ponderação de interesses no que se refere à admissibilidade da prova ilícita, o Tribunal aplica as regras de exclusão com base em dois fundamentos

⁸⁷³OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, 6 ed., 2006, p.340.

centrais: a) provas obtidas por agente provocador; b) provas obtidas com violação do direito ao silêncio e não autoincriminação.⁸⁷⁴

São considerados, fundamentalmente, três artigos da Convenção Europeia de Direitos Humanos para as decisões: o artigo 3º, que proíbe o tratamento desumano e degradante; o artigo 6º, que assegura o direito a um processo equitativo; e o artigo 8º, que resguarda o direito à vida privada, à intimidade e ao sigilo de correspondência⁸⁷⁵.

Um dos julgamentos mais repercutidos pela doutrina foi *Valenzuela v. Espanha*⁸⁷⁶, que merece análise face ao impacto no *nemo tenetur*.

Na petição endereçada à Corte, o Sr. Valenzuela Contreras alegou que não teve um julgamento justo e que o monitoramento de seu telefone infringiu o direito ao respeito por sua vida privada.

Tratava-se, na hipótese, de investigação sobre delitos de ameaça e injúria, supostamente cometidos pelo Sr. Valenzuela, por intermédio de ligações telefônicas e correspondências enviadas à vítima.

Ao apreciar o caso, o Tribunal salientou, em linhas gerais, tomando por base o artigo 8º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos: a) que as interceptações telefônicas constituem uma interferência da autoridade no direito de respeito à vida privada; b) que tal interferência revela-se necessária em uma democracia, mas só se admite se estiver de acordo com a lei; c) que o requisito “de acordo com a lei” não exige, apenas, regulamentação legal, mas também uma lei legítima; d) que a lei deve prever a natureza de infrações que autorizem as interceptações, bem como o prazo da medida, além de estabelecer requisitos formais no sentido de se preservar a autenticidade das gravações.

No caso específico, a Corte decidiu que, à época da interceptação, não havia, na Espanha, lei específica regulamentando a medida, muito embora a Constituição, no artigo 18, par.3º, a proclamasse admissível. Neste sentido, anotou que o artigo 579 do Código de Processo Penal Espanhol (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*), que regulamentava as medidas de busca e

⁸⁷⁴ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita: un estudio comparado*, 2009, p.128.

⁸⁷⁵Idem, op cit., p.126-129.

⁸⁷⁶Disponível em: < <http://cmiskp.coe.int>>. Acesso em 01/11/2010.

interceptação de comunicações telegráficas, e foi utilizado como fundamento para a decisão judicial, não era dotado de normatividade suficiente para embasar a interceptação telefônica⁸⁷⁷.

Assim, a Corte decidiu que a lei espanhola, à época, não conferia as salvaguardas suficientes ao direito fundamental da privacidade, revelando-se ilícita a interceptação telefônica realizada no caso em apreço.

Julgamentos semelhantes foram proferidos nos casos *Kopp v. Suíça*, *Malone v. Reino Unido* e *Kruslin v. França*⁸⁷⁸.

Os fundamentos adotados pelo Tribunal, nada obstante se refiram diretamente ao direito à intimidade/privacidade, também repercutem no plano de proteção principiológico do *nemo tenetur*.

Como já se observou, o emprego dos meios enganosos, dentre os quais as interceptações telefônicas, só se admite em situações excepcionais, devidamente regulamentadas por lei, e com obediência ao princípio da proporcionalidade.

Não há dúvidas de que a falta de previsão legal, ou mesmo a regulamentação legal insuficiente das interceptações telefônicas pode desguarnecer a garantia contra a autoincriminação, em seu plano de proteção *prima facie*, provocando uma cooperação involuntária do acusado, em situação na qual esta seria inexigível.

Isso se verificaria, *verbi gratia*, com o emprego do meio enganoso para a apuração de infração de pequena gravidade; com a prorrogação indevida de uma interceptação, ante a falta de prazo previsto em lei; com a falta de exigência de controle judicial da medida; com a utilização de informações obtidas casualmente, para a prova de delitos não contemplados no catálogo, etc.

Em tais hipóteses, seja pela violação do direito à intimidade, seja pela violação do plano de proteção do *nemo tenetur*, a prova obtida deve receber o rótulo da ilicitude.

⁸⁷⁷MUÑOZ CONDE, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo*, 2008, p.70.

⁸⁷⁸Todos disponíveis em: <<http://cmiskp.coe.int>>. Acesso em 01/11/2010.

No que se refere aos homens de confiança, há vários precedentes do Tribunal decidindo pela inadmissibilidade da atuação dos agentes provocadores (*agents provocateurs*).

No caso *Teixeira Castro v. Portugal*⁸⁷⁹, o Tribunal apreciou a questão, à luz do artigo 6, § 1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Na hipótese examinada, agentes infiltrados instigaram o acusado, Teixeira Castro, a obter drogas junto a um terceiro indivíduo, e a lhes entregar o produto. O acusado não possuía antecedentes criminais e não detinha drogas em sua residência. O Tribunal decidiu que, no caso, os policiais atuaram como agentes provocadores, violando o artigo 6º, § 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

No que toca, especificamente, ao direito à não autoincriminação, foram proferidos diversos julgamentos, tais como: *K. v. Áustria*, de 13 de outubro de 1992; *Funke v. França*, de 25 de fevereiro de 1993; *Quinn v. Irlanda*, de 21 de novembro de 2000; *J.B. v. Suíça*, de 3 de maio de 2001; *Weh v. Áustria*, de 8 de julho de 2004; e *Shanon v. Reino Unido*, de 4 de outubro de 2005, nos quais se declarou que o direito à não autoincriminação forma parte essencial do processo equitativo, garantido no artigo 6º da Convenção⁸⁸⁰.

Em *Funke v. França*, o acusado havia sido condenado por não ter apresentado documentos bancários e fiscais, após ser intimado a fazê-lo por fiscais do imposto de renda. O Tribunal considerou que a intimação teve por escopo compelir o acusado a comprovar delitos em investigação, apresentando provas contra si mesmo, o que viola o direito ao processo justo, consagrado no artigo 6º da Convenção⁸⁸¹.

Em *Shannon v. Reino Unido* o Tribunal decidiu que a exigência de que o acusado prestasse informações a investigadores financeiros, no curso de um processo penal, sob pena de multa ou prisão de seis meses, violou o direito à não autoincriminação e, por conseguinte, ao processo equitativo⁸⁸².

⁸⁷⁹Disponível em: <<http://cmiskp.coe.int>>. Acesso em 03/11/2010.

⁸⁸⁰ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita: un estudio comparado*, 2009, p.128.

⁸⁸¹Disponível em: <<http://cmiskp.coe.int>>. Acesso em 03/11/2010.

⁸⁸²Disponível em: <<http://cmiskp.coe.int>>. Acesso em 03/11/2010.

Nota-se, em referidos julgados, a tutela da garantia no plano da regra, ao se estabelecer que a exigência de contributo ativo do acusado não é admissível, violando as bases do processo equitativo.

4.3.2.5 Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui competência para apreciar violações da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*), da qual o Brasil é signatário.

Conforme observa Teresa Armenta Deu⁸⁸³, a Corte não tem ditado uma doutrina específica acerca das proibições probatórias, ressaltando-se a inexistência de regra específica acerca da ilicitude probatória na Convenção.

O principal fundamento aplicado pela Corte Interamericana, no que se refere aos temas da ilicitude probatória e do *nemo tenetur*, é o artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, onde se assegura que a confissão do acusado só será válida se obtida sem coação de qualquer natureza. A violação da regra implica em responsabilidade internacional do Estado, que origina deveres de indenização.

No caso *Cantoral Benavides vs. Peru*, série C, num.69, Sentença de 18 de agosto de 2000⁸⁸⁴, a Corte decidiu que os atos de agressão, deliberadamente praticados contra o acusado na fase policial, para fazê-lo confessar, podem se qualificados como torturas, físicas e psíquicas, violando-se a Convenção.

No caso *Tibi v. Equador*, série C, núm.114, Sentença de 7 de setembro de 2004⁸⁸⁵, a Corte também decidiu que o acusado Daniel Tibi foi vítima de tortura, aplicada no sentido de obter sua autoincriminação, violando-se o artigo 8.2 da Convenção, em inúmeros incisos, o que redundou na condenação do Estado pelo Tribunal.

⁸⁸³ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita: un estudio comparado*, 2009, p.141.

⁸⁸⁴Citado por Teresa Armenta Deu, in: *La prueba ilícita: un estudio comparado*, 2009, p.143. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=8, acesso em 17.06.2011.

⁸⁸⁵Idem, op. cit., p.144-145. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=10, acesso em 17.06.2011.

No caso *Castillo Petruzi y otros vs. Peru*⁸⁸⁶, a Corte decidiu que restou comprovado que o Juiz Instrutor Militar advertiu os acusados a dizer a verdade. Porém, embora os imputados possuam o direito ao silêncio e não estejam obrigados a declarar a verdade, a Corte decidiu que não houve violação à Convenção no caso, uma vez que a exortação não consistiu em ameaça de pena ou de qualquer consequência jurídica desfavorável, voltadas a obter a confissão⁸⁸⁷.

Ainda que o *nemo tenetur* não esteja inserido explicitamente no Pacto, e que neste não haja previsão de regras claras de proibição probatória, verifica-se, nos julgamentos mencionados, a preocupação com o plano de proteção da *regra* contra a autoincriminação, especialmente no que concerne à vedação do emprego de meios cruéis e degradantes, direcionados à obtenção da confissão.

⁸⁸⁶Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=8, acesso em 17.06.2011.

⁸⁸⁷ARMENTA DEU, Tereza. *La prueba ilícita: un estudio comparado*, 2009, p. 143.

CONCLUSÃO

É sabido que, no processo penal democrático, a verdade não pode ser perseguida a qualquer preço, consistindo, os direitos fundamentais do acusado, em um limite ético e normativo para a produção da prova.

Nesse âmbito, o princípio *nemo tenetur se detegere* joga um papel decisivo, extremando os modelos processuais acusatório e inquisitivo. Seu plano de proteção impõe que qualquer contributo do argüido, que resulte em desfavor de sua posição processual, seja uma afirmação livre, de um verdadeiro sujeito processual.

Da presunção de inocência deriva que a carga probatória há de ser suportada pela acusação, não sendo dever do argüido colaborar com o Estado, se autoincriminando.

Contudo, esse perfil democrático de processo, no qual o acusado não é visto como a principal fonte de prova, só foi alcançado após uma lenta e secular evolução.

Nesse contexto, tem-se que a efetivação da garantia contra a autoincriminação coincide com a prevalência do sistema acusatório sobre o inquisitório, no *civil law*, e com a implementação do sistema adversarial, no *common law*.

É reconhecido, pelos estudiosos, que os conflitos religiosos ocorridos na Inglaterra, notadamente no século XVII, bem como a brutalidade da Inquisição - que prevaleceu na Europa Continental entre os séculos XII e XVIII - foram o estopim das revoluções ocorridas na península e no continente, com sensíveis repercussões na seara do processo.

No *common law*, a garantia se consagrou na fórmula anglossaxônica do *privilege against self-incrimination*, sendo aplicada, primeiramente, contra a imposição do juramento de *veritate dicenda* pelas Cortes Eclesiásticas inglesas, as quais adotavam o sistema inquisitorial, em oposição ao modelo acusatório do *trial jury*, já utilizado pelas cortes seculares.

Paralelamente, nas Cortes do *common law* - ainda que não se admitisse o emprego da tortura para a obtenção da confissão -, o acusado havia de se defender pessoalmente, vedando-se a representação pelo

defensor perante o júri, em um sistema conhecido como *accused speaks*. Neste sistema, o silêncio implicava, obviamente, em verdadeiro suicídio processual, não havendo espaço para o *privilege*.

Constata-se, assim, que o exercício efetivo do direito ao silêncio só se concretizou, na Inglaterra, a partir do *Treason Act*, estatuto que autorizou a representação do réu pelo defensor, perante o júri. Com efeito, a atuação integral da defesa assegurou, ao acusado, a possibilidade real de manter-se em silêncio, o que passou a ser aplicado, no curso dos séculos XVIII e XIX, a todos os processos criminais.

Ainda no século XVIII, o *privilege against sefl-incrimination* se difunde para as colônias americanas, passando a ser reconhecido, explicitamente, em várias Declarações de Direitos daquele período, tal como a Declaração de Virginia.

No Continente Europeu, ao menos até o final do século XVIII, não havia qualquer espaço para a incidência do *nemo tenetur*, pois que prevalecia o sistema inquisitorial, altamente dependente da confissão (*regina probatio*), no qual o acusado era mero objeto do processo.

A superação do *Ancien Regimen* e a derrocada do sistema inquisitivo, provocados pela Revolução Iluminista, abriram caminho para o desenvolvimento do *nemo tenetur se detegere* no *civil law*, no ocaso do século XVIII.

A necessidade de se varrer a tortura do palco do processo, fez com que o acusado fosse brindado e blindado com o direito ao silêncio, no sentido de que suas manifestações de cunho testemunhal não mais pudessem ser extorquidas pelo inquisidor, obsessivamente comprometido com a confissão.

De mero objeto de prova no sistema inquisitivo, o acusado é alçado à categoria de sujeito processual, titular de direitos fundamentais, como a dignidade pessoal, a integridade física, a intimidade e a ampla defesa.

Neste restaurado sistema processual acusatório, assegura-se a plena liberdade de manifestação do acusado, seja para apresentar sua versão sobre os fatos, seja para permanecer calado, sem que se possa interpretar tal *non facere* em seu prejuízo.

Pode-se afirmar, portanto, que os ordenamentos processuais ocidentais acolheram, no final do século XVIII e no curso do século XIX, o *nemo tenetur* em sua primeira e mais básica manifestação, qual seja, na outorga do direito ao silêncio.

Não há mesmo dúvidas de que o principal escopo do *privilege against self-incrimination*, inserido à Constituição Americana pela V Emenda, foi o de tutelar o direito do acusado de não ser coagido a fornecer manifestação de conteúdo testemunhal contra si mesmo.

Na contemporaneidade, da garantia não decorre tão somente o direito de calar. Seu plano de proteção normativo é sensivelmente mais amplo, traduzindo-se pelo direito, *prima facie*, de não cooperação com a produção da prova.

Por outras palavras, no processo penal democrático o acusado possui o direito de decidir, livremente, sobre quais as manifestações e condutas praticará no processo, sobretudo daquelas que possam lhe acarretar desvantagens.

Há duas notas essenciais que preenchem, contemporaneamente, o conteúdo jurídico essencial do *nemo tenetur* (nível da regra): a liberdade irrestrita no que tange às declarações do imputado durante interrogatórios formais, sendo ele livre para escolher sobre se deve, ou não, se manifestar; e o direito de não ser compelido, pela força ou por coação, a realizar uma conduta ativa ou positiva que subministre informação em seu prejuízo.

Para além das fronteiras do conteúdo essencial, a garantia ainda protege, *prima facie*, o acusado contra a autoincriminação inconsciente, e lhe outorga o direito de não contribuir, ainda que apenas passivamente, com a produção da prova.

Esse extenso plano de proteção desafia, porém, uma delimitação, tal qual se verifica com todo e qualquer direito fundamental no Estado Social de Direito, face às colisões que inevitavelmente ocorrem entre interesses legítimos.

Observa-se, neste aspecto, que a estrutura normativa complexa da garantia contra a autoincriminação pode ser decomposta em *regra* e em *princípio*.

No plano da regra, resguarda-se o acusado contra qualquer coação e contra o emprego de todo meio que debilite sua vontade livre, no que se refere às suas manifestações de conteúdo testemunhal. Resguarda-se, ainda, o imputado contra o emprego de força física ou coação moral para constrangê-lo à prática de uma conduta naturalística ativa que introduza informação no processo. Neste plano, não há lugar para qualquer restrição, sob pena de violação do conteúdo essencial da garantia.

No nível do princípio, porém, a garantia comporta limites ou restrições.

Primeiramente, tem-se que o acusado pode ser constrangido a cooperar passivamente com a produção da prova, como se verifica nas hipóteses de inspeções, registros, reconhecimentos pessoais e intervenções corporais coercitivas, as últimas destinadas a colher material genético para futuras perícias, notadamente para exames de DNA. Em síntese, o acusado, a um só tempo, ostenta a qualidade de sujeito de direitos e objeto de prova, resguardando-se sua dignidade pessoal e o direito à prova, imprescindíveis para um processo garantista e funcionalmente eficiente.

Além disso, o arguido pode ser induzido a uma autoincriminação inconsciente ou involuntária, através do emprego dos denominados meios enganosos, a saber, das interceptações telefônicas, das gravações ambientais e dos homens de confiança. Nada obstante problemáticos no campo ético, os meios enganosos apresentam-se imprescindíveis para se conferir eficiência ao processo, sobretudo no que concerne à repressão da criminalidade organizada, em uma sociedade tecnologicamente avançada.

A eficiência na atuação do *jus puniendi* pressupõe um processo penal garantista e, a um só tempo, funcional, no qual os direitos fundamentais do acusado sejam respeitados e os meios de prova sejam idôneos para o esclarecimento dos fatos.

Para que isso se verifique, impõe-se estabelecer, com clareza, os limites da garantia contra a autoincriminação no plano principiológico, compatibilizando-se o processo com os avanços tecnológicos, reduzindo-se as margens de erro judiciário e dotando-se as instâncias repressivas de instrumentos aptos a fazer frente aos novos desafios, sobretudo àqueles lançados no tabuleiro pela criminalidade organizada.

Porém, toda e qualquer restrição ao direito fundamental, em seu plano de proteção *prima facie*, só poderá se efetivar com estrita observância dos requisitos estabelecidos em lei, mediante autorização judicial, e com respeito ao princípio da proporcionalidade, em sua trílice vertente (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

No prisma oposto, há que se rotularem as violações da garantia, seja no plano principiológico seja no nível da regra, com a etiqueta da ilicitude, proibindo-se a valoração das provas ilícitas (ou delas derivadas) no processo, assegurando-se o conteúdo ético da persecução penal e desestimulando-se a má conduta policial.

Por derradeiro, observa-se que o estudo da garantia contra a autoincriminação, longe de visar enfraquecê-la, pretende intensificar sua eficiência normativa, reafirmando sua validade na perspectiva funcionalista. Isso porque, a um só tempo, busca-se colaborar para a fixação de um conteúdo essencial, que não pode ser restringido, e porque visa viabilizar a definição de limites que a tornam compatível com os interesses comunitários, conferindo-lhe legitimidade social e política.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. (Trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4^a ed., v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

_____. *O processo criminal brasileiro*. 4^a ed., v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

ALSCHULER, Albert W. A peculiar privilege in historical perspective. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*. Chicago: University of Chicago Press, 1997, p.181.

ANCEL, Hervé. La preuve biologique. In: GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève (Dir.). *Les transformations de l'administration de la preuve pénale: perspectives comparées: Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, Etats-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni*. Paris: Société de Législation Comparée, p.139-222, 2006.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. *Leciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

_____. Nuevo proceso penal: sistema y valoración de pesos y contrapesos. *Criminalia*, México, Academia Mexicana de Ciencias Penales, ano LXX, n. 1, ene./abr., p. 251-270, 2004.

_____. El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas. *Ciencias Penales*, São José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, n.13, ano 9, p.19-35, 1997.

ASENCIO MELLADO, José Maria. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*. Lince (Peru): Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008.

_____. *Derecho procesal penal*, 5^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. (Trad. Torrieri Guimarães). 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BECHARA, Fabio Ramazzini. MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord). *Crime organizado - aspectos processuais*. São Paulo: RT, p. 153/184, 2009.

BELING, Ernst; AMBOS, Kai; GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Editorial Temis, 2009.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BINDER, Alfredo M. *Introdução ao direito processual penal*. (Trad. Fauzi Hassan Choukr). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BIZZOTTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; EBERHARDT, Marcos. Sistema acusatório: (apenas) uma necessidade do processo penal constitucional. In: AZEVEDO, Rodrigo G. de; CARVALHO, Salo de (Org.). *A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal*. Porto Alegre: Notadez, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico*. (Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues). São Paulo: Ícone, 2006.

BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2005.

CAÇAPAVA, Elisa Pires da Cruz Reale; VILARES, Fernanda Regina. Crime organizado e terrorismo na França. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide (coord). *Crime organizado, aspectos processuais*. São Paulo: RT, p. 185-206, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Livraria Almedina, 2003.

CAPITTA, Ana Maria. *Ricognizioni e individuazione di persone nel diritto delle prove penali*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARRIÓ, Alejandro. Agentes encubiertos y testigos de identidad reservada: armas de doble filo, confiadas a quem? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudência Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, n.6, ano 3, p.311-322, 1997.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*. 4ª ed. Torino: Utet, 2009.

_____. O impacto das novas tecnologias: os direitos do indivíduo e o interesse social no processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, v.3, ano 7, p.387-401, 1997.

_____. Limites en matière de preuve dans la nouvelle procédure pénale italienne. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, Davoz, v.1. janv/mars, p.30-41, 1992.

_____. Le garanzie fondamentali del processo nel Patto Internazionale sui Diritti Civili e politici. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, Giuffrè Editore, ano XXI, fasc. 2, apr./giu., p. 465-500, 1978.

COGAN, Marco Antônio Pinheiro Machado; JAMILE JOSÉ, Maria. Crime organizado e terrorismo na Espanha. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide de (Coord). *Crime organizado - aspectos processuais*. São Paulo: RT, p.123-152, 2009.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

_____. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2006.

CÓRDOBA, Gabriela E. Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de passividad? In: *Estudios sobre Justicia Penal*, Buenos Aires, Editora Del Porto, p. 279/301, 2005. (Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier)

COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004. (Coleção Estudos de Processo Penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida – v.8)

DE LANGHE, Marcela. *Escuchas telefonicas: limites a intervención del Estado en la privacidad e intimidad de las personas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

DE LUCA, Javier Augusto. Notas sobre la clausula contra la autoincriminación coaccionada. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, Vol.5, p.265-275, 1999.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos penais da Europa*. (Trad. Fauzi Hassan Choukr). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DENCKER, Friedrich. Criminalidad organizada y procedimiento penal. *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires, Editores Del Puerto, p.479-494, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. (Clássicos Jurídicos).

DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n.19, ano 5, p.179-204, 1997.

DI GERONIMO, Paolo. *Il contributo dell'imputato all'accertamento dell fatto*. Milano: Giuffré Editore, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado, Vol. III. Campinas: Bookseller, 2000.

ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*. Madrid: Trivium, 1999.

_____. *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*. Granada: Comares, 2000.

FARIA, Bento. *Código de processo penal*. v.1. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960.

FELICIONE, Paola. Le ispezioni e le perquisizioni. *Tratato di Procedura Penale*, Milano, Giuffré Editore, v. VII, ano XX, p.66-119, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord). *Crime organizado - aspectos processuais*. São Paulo: RT, p. 09-28, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. (Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. O que é o garantismo penal (integral)? In: *Garantismo penal integral*. CALABRICH, Bruno; FISHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (Orgs). Salvador: Jus Podivm, p.25-50, 2010.

FLUJÁ, Vicente C. Guzmán. El agente encubierto y las garantías del proceso penal. *Revista Ciências Penales*, n.12, ano 11, p.4, 1996. Disponível em <www.cienciaspenales.net>. Acesso em 24.08.2010.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. (Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes). 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005.

GARIBALDI, Gustavo E. L. *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

GIL HERNÁNDEZ, Ángel. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid: Colex, 1995.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2001.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*, 2ª ed. Madrid: Colex, 2010.

GOLDSHMIDT, James. *Princípios gerais do processo penal*. (Trad. Hiltomar Martins Oliveira). Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcíá-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: RT, p. 246-297, 2008.

GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Direito Criminal*, Coimbra, Editorial Notícias, ano 2, fasc.3, p.397-441, 1992.

_____. Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal. *Revista del Ministerio Fiscal*, Madrid, Ministerio de Justicia, num. 3, p.137-166, 1996.

GÖSSEL, Karl-Heinz. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, num. 45, p.673-693, 1991.

GRAY, Charles M. Self-incrimination in interjurisdictional law: the sixteenth and seventeen centuries. In: HELMHOLZ, R. H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, p. 47/81, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

GREVI, Vittorio. O segredo como limite à prova no processo penal italiano. *Ciência Penal*, São Paulo, Editora Convívio, ano II, n. 4, p.3-23, 1975.

_____. Il diritto al silenzio dell'Imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal*, Milano, Giuffrè Editore, ano XLI, 1129-1150, 1998.

_____.Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari. *Associazione tra gli Studiosi de Processo Penal*, Milano, Giuffrè Editore, p.9-49, 1993.

_____.Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei Diritti. IN: *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: un problema cruciale del processo e per le garanzie dei diritti*. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p.41.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, Ministério da Justiça, 1 (18), jan./jun., 2005.

_____. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *REVISTA CEJ*, Brasília, Conselho Federal da Justiça, v.1, n.3, set./dez. 1997. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/108/151>, acesso em 11.06.2011.

GUARAGNI, Fábio. *As teorias da conduta em direito penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUARIGLIA, Fabricio. El agente encubierto: un nuevo protagonista en el procedimiento penal? *Revista ciencias penales*. Disponível em:

<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/guarig12.htm>. Acesso em 03.12.2010.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.10, n.39, p. 216-253, 2007.

_____. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. (Trad. Regina Greve). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HELMHOLZ, R.H. The privilege and the jus commune: the middle ages to the seventeenth century. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

HENDLER, Edmundo S. La regla de exclusión en Inglaterra [Comentário de jurisprudência]. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, p.253-268, 2000.

HUERTAS-MARTÍN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Barcelona: J.Bosch, 1999.

ILLUMINATI, Giulio. In difesa del diritto al silenzio. *L'Indice Penale*, Padova, Edizioni Cedam, n.2, ano XXVII, p.549-550, 1993.

JASON-LLOYD, Leonard. *The Criminal Justice and Public Order Act 1994: a basic guide for practitioners*. Londres: Frank Cass, 1996.

JESUS, Damásio de. Limites à prova da embriaguez ao volante: A questão da obrigatoriedade do teste do “bafômetro”. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, Magister Editora, Ano I, n.1, p.14-21, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. (Trad. Leopoldo Holzbach). São Paulo: Martin Claret, 2006.

LAFAVE, Wayne R. et. al. *Criminal procedure*. 5 ed. St. Paul: West Publishing Co., 2009.

LANGBEIN, John H. 1997. The privilege and common law criminal procedure: The sixteenth to the eighteenth Centuries. In: HELMHOLZ, R. H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, p. 47 - 108, 1997.

LEE, Henry C.; TIRNADY, Frank. *Blood evidence: how the DNA is revolutionizing the way we solve crimes*. Londres: Perseus Publishing, 2003.

LEIGH, L. H. La procedure pénale anglaise à la lumière de la Convention Européenn des Droits de l'homme. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, n.3, juill./sept., p. 453-467, 1988.

LEVY, Leonard W. *Origins of the fifth amendment: the right against self incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee, 1999.

_____. *Origins of the Bill of Rights*. New Haven: Yale University, 2001.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. (Trad. Julio Fischer). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOPERA MESA, Glória Maria. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MAIER, Julio J. B., GUARIGLIA, Fabrício. Las prohibiciones de valoracion probatória en el procedimiento penal. *Revista de Ciencias Penales*, Montevideo, Carlos Alvarez Editor, n.4, p.181-190, 1998.

MARCÃO, Renato. Embriaguez ao volante; exames de alcoolemia e teste do bafômetro: uma análise do novo artigo 306, caput, da Lei 9.503, de 23.09.1997 (Código de Trânsito Brasileiro). *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, Magister Editora, ano IV, n.24, p.87-93, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal, Vol.III*. Campinas: Bookseller, 1997.

MARZADURI, Enrico. Meccanismi operative e regole procedurali. In: *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: un problema cruciale per la civiltà e la efficienza de processo e per le garanzie dei diritti*, p.245-275, Milano: Giuffrè Editore, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Nacional de Trânsito: questões diversas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n. 24, p.232, out/dez, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed, São Paulo: Atlas, 2007.

MIR PUIG, Santiago. Una tercera via en materia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, num. 06-01, p.1:16. Disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>.

MOGLEN, Eben. The privilege in British North America: The colonial period to the fifth Amendment. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p.109-144, 1997.

MONTOYA, Mario Daniel. El Agente encubierto en la lucha contra el crimen organizado en la Argentina. *Revista de Derecho Penal Procesal Penal y Criminología*, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Cuyo, ano 1, n. 2, p.290-337, 2001.

MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel. La prueba del ADN em el proceso penal. *Bioética y Derecho*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, p.187-237, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Prueba prohibida y valoracion de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal. *Revista Penal*, Vol.14, p.103. Disponível<http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVIS_TAPENALIST/NUMEROS11A15:N14> Acesso em 07/09/2010.

_____. *Escuchas telefónicas: limites a la intervención del Estado en la privacidad e intimidad de las personas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

_____. *De las prohibiciones probatórias al derecho procesal penal del inimigo*. Buenos Aires: Hamurabi, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, 9ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6ª ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PACHECO, Denilson Feitosa. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 3ª ed. Niterói: Impetus, 2005.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003.

PEREIRA, Fábio Franco; HÖHN JUNIOR, Ivo Anselmo. O combate ao crime organizado e terrorismo na Inglaterra. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide (coord). *Crime organizado, aspectos processuais*. São Paulo: RT, p. 207-231, 2009.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 6ª ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1995.

PIMENTA BUENO, José Antonio, *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1959, p.357.

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

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006.

REID, Anne. Un nouveau départ dans la procédure pénale anglaise: le « Police an Criminal Evidence Act ». *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, n.3, juill./sept., p. 577-587, 1987.

REVERÓN PALENZUELA, Benito. La nueva ley organica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, Universidad de Deusto, n.29, p.67-109, 2008.

ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

_____. *Derecho procesal penal*. (Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor). Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

_____. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. (Trad. Francisco Muñoz-Conde). Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

_____. *La evolución de la política criminal el derecho penal y el proceso penal*. (Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantízano) Valencia: Tiranc Lo Blanch Alternativa, 2000.

ROVIRA VIÑAS, Antoni. *El abuso de los derechos fundamentales*. Barcelona: Ediciones Península, 1983.

RUIZ, Thiago. Escorço sobre a colheita compulsória de DNA do acusado. *Boletim*, ano 18, n.218. São Paulo, 2010.

SALGADO, Joaquim. *A idéia da Justiça em Kant*. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Editora Tecnos, 2002.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SMITH, Henry E. The modern privilege: its nineteenth-century origins. In: HELMHOLZ, R.H. *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*, Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

STONE, Adriene. Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co PTY LTD Corporations and the privilege against self-incrimination. *UNSW LAW JOURNAL*, Sydney, University of New South Wales School of Law, vol.17, p.628-647, 1994.

TAPIA, Juan Francisco. *Intervenciones corporales en el proceso penal*. Disponível em <<http://www.pensamientopenal.com.ar>>. Acesso em 02.02.2010.

TAK, J. P. ; HOMMES, Gertrud A. Van. Le Test ADN et la procédure pénale en Europe. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, out-dez, p. 679-693, 1993.

TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y verdad. *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, n. 11, ano VII, jan/dez, p.99-123, 2002.

_____; *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TEDESCO, Ignacio F. La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado. In: HENDLER, Edmundo S. *Las garantías penales y proesales. Enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. (Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz). São Paulo: RT, 2002.

TORRES, Jaime Vargas. *Presuncion de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993.

TRAINOR, Scott. A. Un análisis comparativo del derecho de una corporación contra la auto incriminación. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, LexisNexis, n. 1, v.1, jan, p. 05 – 34, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, prelievo ematico coativo e “test” del DNA. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffr  Editore, p.1022-1051, 1996.

VILARDI, Rodrigo Garcia; GIDARO, Wagner Roby. O crime organizado e o terrorismo na Argentina – Instrumentos e mecanismos legais de proteção. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide de (Coord). *Crime organizado, aspectos processuais*. São Paulo: RT, p. 65-85, 2009.

WARREN, Samuel. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge, The Harvard Law Review Association, v. 5, p. 193-220, 1890.

WIGMORE, John H. The privilege against self-incrimination; its history. *Harvard Law Review*, Cambridge, The Harvard Law Review Association, v. 16, p. 610 – 637, 1902.

_____. Nemo tenetur seipsum prodere. *Harvard Law Review*, Cambridge, The Harvard Law Review Association, v.5, p.71-88, 1891.

WILLIAMS, Robin; Johnson Paul. *Genetic policing: the use of DNA in criminal investigations*. Cullompton: Willian Publishing, 2008.

WITT, John Fabian. Making the fifth: the constitutionalization of american self-incrimination doctrine. *Texas Law Review*, v. 77, Austin, University os Texas School of Law, 1999, p.902.

ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime: as novas máfias contra a democracia*. (Trad. Clóvis Marques). Rio de Janeiro: Record, 2003.

ÍNDICE

StPO – Strafprozessordnung (Código de Processo Penal Alemão)

BGH – Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal Alemão)

BGHSt – Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen (Sentenças do Supremo Tribunal Federal Alemão em matéria penal)

BVerfGE – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Sentenças do Tribunal Constitucional Alemão)

STS – Sentenza Tribunal Supremo (Sentença do Tribunal Supremo Espanhol)

STC – Sentenza Tribunal Costitucional (Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol)