

O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

THE RIGHT OF PROTECTION AGAINST SELF-INCRIMINATION

LEANDRO AYRES FRANÇA

Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal. Advogado criminalista. Endereço eletrônico: leandro@ayresfranca.com.

MAIRA DA SILVEIRA MARQUES

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/RS, da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas da OAB/RS. Advogada criminalista. Endereço eletrônico: maira@penalempresarial.com.br.

RESUMO

Estimulado por um recente projeto do grupo de pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal (Série Direito Penal Baseado em Casos) e por contemporâneas publicações europeias (Eser e Burkhardt, Sánchez-Ostiz Gutiérrez), este artigo lança mão do método indutivo para explicar o princípio processual penal da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). O texto faz uma análise da instrumentalização do princípio pelos Tribunais Superiores brasileiros, apresenta uma possível categorização das hipóteses de produções de provas autoincriminatórias, evidencia a razão de ser do princípio proibitivo, aponta as consequências das provas produzidas com a violação do princípio e, ao final, oferece questões abertas para reflexão. O artigo é resultado de uma pesquisa básica, qualitativa, descritiva e documental – por isso, com maior ênfase na compilação de decisões judiciais do que de referências doutrinárias.

PALAVRAS CHAVE: Processo penal, Autoincriminação, Proteção, Método indutivo, Jurisprudência

ABSTRACT

Encouraged by a recent project of the research group Modern Trends in Criminal System (Série Direito Penal Baseado em Casos) and by contemporaneous European publications (Eser and Burkhardt, Sánchez-Ostiz Gutiérrez), this paper draws on the inductive method to explain the criminal procedure right of protection against self-incrimination (*nemo tenetur se detegere*). The text analyzes the right's instrumentalization by the Brazilian Superior Courts, it presents a possible categorization of the hypotheses of self-incriminating evidence formation, it points the consequences of evidence formation through the right's violation and, in the end, it offers open questions for reflection. The article is the result of a basic, qualitative, descriptive and documental research – therefore, with greater emphasis on court decisions compilation than on doctrinaire references.

KEYWORDS: Criminal procedure, Self-incrimination, Protection, Inductive method, Jurisprudence

1. INTRODUÇÃO: O CASO

Durante um procedimento investigativo de possível crime de falsificação de documento público e de uso de documento de identidade de terceiro, A. A. M. foi requisitado a fornecer padrões gráficos de próprio punho para realização de exame grafotécnico. O investigado atendeu à intimação e compareceu à delegacia; porém, diante de sua recusa em fornecer material gráfico, foi-lhe imputado o crime de desobediência de ordem legal de funcionário público (art. 330, Código Penal). O Juízo da 1ª Vara Criminal de Santa Cruz do Rio Pardo não recebeu a denúncia em razão da falta de justa causa para a ação penal (atipicidade de conduta) e da inexigibilidade de se exigir de alguém uma cooperação capaz de destiná-lo à sua incriminação. O Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo acolheu os argumentos do recurso interposto pelo Ministério Público e lhe deu provimento, para o recebimento da denúncia:

“A Constituição Federal no artigo 5º, inciso II, preceitua que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.’ Legem habemus - artigo 174 do Código de Processo Penal. Tem, portanto, o réu a obrigação de fornecer o material gráfico à autoridade policial. Não o fazendo, está sujeito a ser processado por desobediência.”

Alegando constrangimento ilegal por parte do Tribunal estadual, foi impetrado *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal.¹ O impetrante alegou ausência de justa causa para a ação penal, por atipicidade da conduta, porque ao paciente faltara vontade livre e consciente de desobedecer a ordem legal, e argumentou que o art. 174, do Código de Processo Penal, condiciona a ação da autoridade policial a uma sequência procedimental, não se podendo optar por um dos procedimentos aleatoriamente.² Por fim, alegou que, ainda que não houvesse ilegalidade na ordem da autoridade policial, não se poderia exigir do paciente que fornecesse elementos probatórios em seu desfavor.

Em seu voto, o Ministro Ilmar Galvão relatou que o inciso IV, do art. 174, o qual dispõe que “*a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado*”, deve ser interpretado como uma oportunidade ao arbítrio do investigado, e não como uma coação. A autoridade pode requisitar documentos a arquivos ou estabelecimentos públicos, pode examiná-los nos próprios locais em que esses documentos estejam guardados e pode também colher material através de intimação para que pessoa investigada escreva o que lhe for ditado, mas, neste caso, não pode ordenar que o faça. Uma vez que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, o fornecimento de material gráfico de próprio punho por parte do indiciado pode levar à caracterização de sua responsabilidade. Diante dessa possibilidade, o princípio *nemo tenetur se detegere* assegura ao investigado o direito de recusa. Não por outra razão, continuou o Ministro, compelir o indiciado, que figura como um acusado em potencial, à produção de prova constitui constrangimento ilegal. Por

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 77.135-8/SP. Relator Ministro Ilmar Galvão. Data do julgamento: 08/09/1998. Os dados sobre os procedimentos anteriores são escassos. Na pesquisa realizada, obtivemos somente as seguintes informações: o processo criminal tramitou pela 1ª Vara Criminal de Santa Cruz do Rio Pardo, sob o nº 252/97 - 11794; o recurso ministerial foi cadastrado como apelação, sob o nº 9071375-16.1997.8.26.0000 (993.97.019473-8).

² “Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte: I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada; II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida; III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados; IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.” BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

unanimidade, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Ministro Relator.

2. PROBLEMATIZAÇÃO

Sem uma concepção jurídica de direito individual ou de privacidade, o *jus commune* medieval previa alguns postulados que procuravam limitar a intromissão dos acusadores públicos: *nemo tenetur se ipsum prodere* (nenhum homem tem que entregar a si próprio) e *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (nenhum homem tem que revelar sua torpeza) reforçavam a ideia essencial de que o homem somente estava obrigado a mostrar suas faltas perante a divindade ou a ventilar seus pecados nos confessionários.³ Com o desenvolvimento do que se caracterizou posteriormente como sistema inquisitorial, no baixo medievo, um procedimento psicoscópico entrou em cena: as provas do processo serviam para demonstrar o acerto da imputação formulada previamente pelo inquisidor. Por isso, porque se estruturara uma nova relação de poder e porque estava em jogo a alma do acusado, estabeleceu-se a necessidade de se revelar a verdade, fosse pelo compromisso da *veritate dicenda*, fosse pela tortura para romper o silêncio (um escárnio diabólico ao inquisidor) ou para identificar a anestesia física (*punctum diabolicum*).⁴ A máxima inquisitória do *reus tenetur se detegere* manteve-se até a ascensão do racionalismo penal ilustrado⁵, quando, então, *reus* foi substituído pelo sujeito indefinido *nemo* (nenhum homem). O novo axioma passou a carregar consigo uma negação⁶ que tornou o comando *tenetur se detegere* (tem que se revelar) uma obrigação que não pode ser destinada, imposta

³ No entanto, esses postulados eram extremamente porosos às investidas de investigações *ex officio* e submissões a juramentos de *veritate dicenda*. Também havia exceções aos postulados, como a existência de *fama publica* (conhecimento generalizado sobre o crime e a autoria), o que legitimava a instauração de procedimento *ex officio mero* tal como a requisição de juramento. Para um resumo dessas fontes, vide MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo**: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 5-11.

⁴ FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 140-141.

⁵ Sobre o desenvolvimento do *privilege against self compelled incrimination* no *common law*, vide MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo**, *op. cit.* p. 25-34.

⁶ *Nemo* é a contração de *ne* (não) + *hemo* (do latim antigo, homem); bastante afim, a palavra portuguesa *ninguém* deriva da composição *nec* (não) + *quem* (alguém).

ou exigida. Trata-se de uma proteção (*protegere*), desde então aceita e estabelecida⁷, para preservar qualquer pessoa de expor-se, descobrir-se (*se detegere*).

A inteligibilidade do aforismo, contudo, guarda algumas implicações que precisam ser esclarecidas. Primeiro, uma vez que o preceito indica que a pessoa investigada não é obrigada a agir (revelar-se, expor-se, descobrir-se) se dessa ação resultar sua incriminação, questiona-se: o que ocorre quando o investigado é quem sofre a ação, consciente ou inconscientemente, tornando-se, pois, revelado, exposto, descoberto? É possível identificar, quiçá categorizar, distintas formas de participação na produção de prova contra si próprio? Segundo, ainda que a tradição do preceito e o seu reconhecimento pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos produzam um conforto científico, é honesto que se questione por que, afinal, a autoincriminação é vedada. Por fim, impõe-se analisar o que acontece à prova produzida através da violação do princípio da proibição da autoincriminação?

2.1 FORMAS DE PARTICIPAÇÃO NA PRODUÇÃO DE PROVA CONTRA SI PRÓPRIO

O art. 174, do Código de Processo Penal, e a ordem da autoridade policial estabeleceram a exigência de que o indiciado A. A. M. participasse ativamente na produção probatória que poderia lhe incriminar, gravando em papel a sua grafia. Foi o princípio da proibição da autoincriminação que lhe garantiu o direito de recusar-se a participar ativamente. O mesmo fundamento já preservou o direito de indiciados se

⁷ Algumas das mais importantes previsões normativas: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” (5ª Emenda à *Bill of Rights* dos Estados Unidos, ratificada em 1791); “3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.” (Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, 1966); “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada” (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969); vide também o *leading case* *Miranda v. Arizona* (384 US 436, 1966), a partir do qual a Suprema Corte estadunidense explicitou os deveres de advertência ao investigado sob custódia, dentre os quais encontra-se “Anything you say or do may be used against you in a court of law” (algumas variantes utilizam *can* ou *will* no lugar de *may*).

recusarem a participar de reconstituições de crime⁸, de se negarem a fornecer padrões vocais para serem comparados a gravação de escuta telefônica⁹, de permanecerem em silêncio durante interrogatório policial ou judicial¹⁰, de mentirem e de fornecerem nome falso para ocultar os antecedentes criminais¹¹. Pela mesma razão, são vedados meios cruéis, degradantes ou ardilosos, porque violam a vontade do acusado, em prol da obtenção de informações, tais como a prática de tortura e maus tratos, a utilização de polígrafo (*lie detector*) e a subministração de narcóticos que reduzem os freios inibitórios conscientes (“soro da verdade”), e a elaboração de perguntas capciosas ou sugestivas, a promessa de vantagens não previstas em lei e a ameaça de sanções ilegais.

Bastante polêmica, a questão do “teste do bafômetro” merece análise apartada. À primeira vista, as alterações legislativas do Código de Trânsito Brasileiro sugerem uma adequação legal a esse princípio quando se nota que as duas primeiras versões¹² da redação do art. 277 dispunham que todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que fosse alvo de fiscalização de trânsito, sobre o qual recaísse suspeita de dirigir sob a influência de álcool *seria submetido* a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia etc., enquanto a redação atual¹³ prevê a

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 64.354/SP. Data do julgamento: 01/07/1987. Relator Ministro Sydney Sanches; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 69.026/DF. Data do julgamento: 10/12/1991. Relator Ministro Celso de Mello.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83.096/RJ. Data do julgamento: 18/11/2003. Relatora Ministra Ellen Gracie.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99.289/RS. Data do julgamento: 23/06/2009. Relator Ministro Celso de Mello.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 75.257/RJ. Relator Ministro Moreira Alves. Data do julgamento: 17/06/1997; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 471.252/MG. Data do julgamento: 20/10/2003. Relator Ministro Gilson Dipp; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 42.663/MG. Data do julgamento: 20/06/2005. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 30.552/MS. Data do julgamento: 06/03/2006. Relator Ministro Paulo Gallotti; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 86.686/MS. Data do julgamento: 25/10/2007. Relatora Ministra Laurita Vaz. Em sentido contrário, com argumento de que o acusado deve dizer a verdade sobre sua qualificação porque não há, nesse momento, indagação sobre fatos, sob pena de incidir no crime de falsa identidade (art. 307, Código Penal, vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72.377/SP. Data do julgamento: 23/05/1995. Relator Ministro Carlos Velloso.

¹² BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro; BRASIL. Lei nº 11.275, de 7 de fevereiro de 2006. Altera a redação dos arts. 165, 277 e 302 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro.

¹³ BRASIL. Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro.

possibilidade de ser submetido. No entanto, uma lei sancionada nesse ínterim¹⁴ incluiu um terceiro parágrafo no art. 277, o qual estabelece que, ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* do artigo, serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 do CTB.¹⁵ Assim, o condutor que for considerado suspeito de estar embriagado e se recusar a soprar o bafômetro, negar-se a andar em linha reta ou a testar o seu equilíbrio (participações ativas), não permitir que lhe colham o sangue (participação passiva), será punido conforme o art. 165. Trata-se de uma questionável opção legislativa que, para compelir o condutor a participar ativamente dos testes ou do exame, sanciona sua recusa incriminando-o, numa frágil imputação que transforma suposição em fato.

Dentre as possibilidades de autoincriminação acima arroladas, uma delas se difere, pois envolve a participação passiva do investigado: a coleta de sangue para verificação de consumo de álcool ou de outra substância psicoativa (decorrente do art. 277, CTB). O nosso ordenamento jurídico oferece hipóteses semelhantes, em que o acusado é tratado como meio de produção probatória: a determinação de que o investigado atenda à intimação e permaneça em determinada posição para reconhecimento pessoal (arts. 226 e 260, Código de Processo Penal) e as intervenções coercitivas para coleta de material genético¹⁶ de determinados

¹⁴ BRASIL. Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que 'institui o Código de Trânsito Brasileiro', e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências.

¹⁵ "Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração - gravíssima; Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro. Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses."

¹⁶ É importante distinguir a coleta de DNA através de intervenção coercitiva invasiva, que configura caso de participação passiva na autoincriminação, da coleta não invasiva de vestígios biológicos deixados no local do crime ou no corpo da vítima (fios de cabelo; tecido encontrado sob as unhas da vítima; fluídos corporais, como sangue, saliva, suor, urina), a partir dos quais se pode extrair e analisar o material genético. Nesse sentido, por todos, vide LOPES JR., Aury Celso Lima. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 233-234. É necessário que se explicita, todavia, que a coleta não invasiva não pode ser provocada por quem investiga ou acusa: não pode ser oferecido cigarro ao acusado, nem pode ele ser provocado para que, colérico, cuspa à cara da autoridade, do mesmo modo que não pode ser o investigado privado em um local por tempo demasiado para que seja obrigado a urinar nas suas dependências, para que,

condenados (art. 9º-A, Lei de Execução Penal¹⁷). Todas elas compreendem uma investigação ou uma imposição operada no próprio corpo da pessoa, sendo que algumas implicam na extração de elementos do corpo do sujeito passivo, de onde deriva o critério de *invasão* para analisar a legitimidade da intervenção. A busca pessoal (art. 240, CPP), destinada a recolher armas e objetos que possam elucidar um evento criminoso, pela revista corporal externa e das roupas do investigado, situa-se numa zona limítrofe entre a intervenção corporal e a coleta de objetos.

Merecem também reflexão à parte os casos de revista íntima. Considera-se revista íntima tanto a coerção para alguém se despir como a intervenção corporal para inspeção em orifícios digestivos (boca, vagina, ânus). Trata-se de uma prática que tem sido considerada humilhante e danosa no âmbito das relações laborais, tendo as cortes trabalhistas condenado veementemente empresas que exigem a revista de seus funcionários para verificar eventual subtração de valores e produtos. No entanto, trata-se de uma prática amplamente aceita no âmbito prisional: resoluções dos conselhos penitenciários estaduais dispõem que a pessoa que visita um apenado é obrigada a adentrar uma sala, retirar sua roupa e ser inspecionada (oferecendo a boca a exame e fazendo agachamentos). Nesse caso, inexistente jurisprudência ou movimento legislativo para reformar esse procedimento, enquanto há fortes críticas por parte da doutrina e de grupos de defesa dos direitos humanos, os quais recomendam a sua substituição pela revista do detento quando retorna à cela, por detectores mais aprimorados e pelo rearranjo estrutural que impossibilite a transação de objetos proibidos.

posteriormente, recolham-se vestígios genéticos da bituca, do cuspe ou da urina. Sobre isso, vide FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou a inconveniência de existir*, op. cit. p. 441-459.

¹⁷ A Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, acrescentou o art. 9º-A a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: “Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. § 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. § 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.” (BRASIL. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências; BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.)

As possibilidades de autoincriminação com participação passiva do investigado (coleta de sangue e de material genético, reconhecimento pessoal, busca pessoal e revista íntima) encontram previsão normativa no país e são aceitas na praxe forense. Curiosamente, é muito provável que medidas inéditas de intervenções no acusado (e.g., cirurgia para extrair elementos de prova do corpo do acusado, como objetos do seu estômago ou um projétil alojado¹⁸) não seriam admitidas por nossos tribunais. Esse paradoxo pode ser explicado pela fidelidade positivista do nosso pensamento jurídico, a qual atribui às disposições legais um aspecto de incontestabilidade que torna viável a preservação de velhas políticas e práticas autoritárias.

Uma terceira forma de participação compreende os casos em que o investigado produz prova contra si, porém sem a ciência de que a está produzindo. Essa participação inconsciente se opera com o emprego de meios enganosos, os quais foram implementados como reações a eventos criminais contemporâneos (narcotráfico, crimes ambientais, crimes econômicos, terrorismo) e com uma programação legislativa com características bélicas de execução. Atualmente, o art. 3º, da Lei nº 12.850/2013¹⁹, apresenta o rol dos meios de obtenção de prova no âmbito das “organizações criminosas”; dentre eles, três meios, promovidos por agentes do Estado, podem oportunizar a autoincriminação inconsciente da pessoa investigada: a captação ambiental, a interceptação de comunicações telefônicas e a infiltração de policiais.

O nosso ordenamento prevê três modos de se gravar a comunicação de uma pessoa investigada: a captação ambiental de sinais óticos ou acústicos se realiza com câmeras e microfones ocultos (inc. II); a gravação clandestina consiste na gravação ambiental ou telefônica feita por particulares, sem autorização judicial (sem previsão legal); e a interceptação de comunicações telefônicas é feita por terceiro, sendo que ao menos um dos interlocutores não tem ciência da escuta (inc. V). Dominados por

¹⁸ Um excelente caso fictício contrapõe o direito de recusa de extrair o projétil para evitar a autoincriminação (a bala alojada era a única prova da autoria do crime) com a necessidade de cirurgia para extraí-lo (pelo risco iminente à saúde do investigado). Vide BOSTON Legal: “Questionable Characters”: s. 1. ep. 7. Direção: Mel Damski. Produção: David E. Kelley et al. Intérpretes: James Spader, William Shatner, Rhona Mitra et al. Roteiro: Lukas Reiter. Los Angeles: 20th Century Fox Television, 2004.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

um frenesi apocalíptico que hostiliza grupos criminosos como uma horda demoníaca e, em consequência, sob o argumento da inevitabilidade desse meio probatório, a realização de gravações e escutas tornou-se a panaceia da investigação penal contemporânea, subtraindo do investigado o direito de instrução, de silêncio e de não se autoincriminar.

A infiltração de policiais (inc. VII), por sua vez, consiste na introdução de agentes (“homens de confiança”), os quais ocultam suas identidades, em grupos criminosos para identificar seus membros e colher provas. O envolvimento com os fatos criminosos pode alcançar o excesso do *agente provocador* que incita ou instiga outrem a praticar um crime, forma de atuação rechaçada dogmática e político-criminalmente. De outra ponta, o trabalho do agente pode se resumir à mera ocultação da identidade para que, em locais criminógenos, o agente identifique eventuais delitos; neste caso, a atuação do *agente oculto* ou *encoberto* possui maior grau de legitimidade porque se resume a uma forma sofisticada de se passar despercebido em contextos que a identificação do policial prejudicaria o seu trabalho ou majoraria os riscos de violência.²⁰ O maior conflito se estabelece numa forma intermediária de atuação, na qual um *agente infiltrado* acompanha ou participa dos fatos criminosos; enquanto o significado de seus atos envolve questões éticas e dogmáticas, apresenta-se uma preocupação que compreende o tema deste estudo: se uma integrante do grupo investigado confessa um crime ao agente infiltrado, sem o reconhecer como tal, o confesso deixa de ser instruído sobre seus direitos, renuncia o silêncio e produz prova contra si, ou seja, ele participa inconscientemente de sua autoincriminação.

²⁰ No Brasil, os policiais militares vinculados a setores de inteligência da instituição recebem a alcunha de P2 e sua atuação tem sofrido maior resistência em razão da recente e traumática experiência na qual o regime militar (1964-1985) utilizava-se de agentes ocultos para denunciar inimigos políticos; é inegável, porém, que tanto no trabalho investigativo (levantamento preliminar de informações e apuração de infrações penais militares) quanto no preventivo (acompanhamento de grandes movimentações de pessoas), a atuação dessa polícia reservada tem um grande potencial de contribuição ao regime democrático, desde que respeitadas suas limitações funcionais (a P2 não pode usurpar a atividade própria da Polícia Civil de apuração de infrações penais comuns) e os direitos e as garantias dos cidadãos.

2.2 A RAZÃO DO PRINCÍPIO PROIBITIVO

Uma histeria punitivista pode atribuir à aplicação do princípio da não autoincriminação tintas de impunidade. Isso, porém, é um julgamento precipitado e superficial. Sua aplicação decorre de fundamentos jurídicos essenciais ao ser humano (no Brasil, já constitucionalizados) e da própria estrutura do jogo processual penal (em seu modelo acusatório).

A participação ativa do investigado na sua autoincriminação viola princípios e garantias constitucionais, como a dignidade (art. 1º, III) e a liberdade (art. 5º, *caput*). A participação passiva e a participação inconsciente violam esses mesmos princípios e também a proteção contra tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a intimidade e a vida privada (X), a inviolabilidade domiciliar (XI) e comunicativa (XII), a integridade física e moral (XLIX) e a autodeterminação informativa das comunicações e do código genético. A realidade, porém, expõe a flexibilização parcial dessas garantias: se é quase universalmente pacífica a rejeição à participação ativa do acusado que resulte na sua incriminação, há argumentos que atribuem legitimidade às intervenções corporais coercitivas que tratam o investigado como meio de prova (participação passiva) ou que aproveitem de sua ignorância quanto à investigação em andamento (participação inconsciente), exigindo, porém, o cumprimento de certos requisitos, como previsão legal, autorização judicial, existência de indícios suficientes, gravidade do crime, ausência de riscos para a saúde, observância estrita do princípio da proporcionalidade; enfim, tem-se compartilhado o entendimento de que as restrições ao princípio *nemo tenetur se detegere* somente se justificam em casos em que seu absolutismo conflite com outros direitos fundamentais em jogo.

No que toca ao campo processual, é importante ressaltar que a revolução estrutural do procedimento penal, de inquisitório a acusatório, fez com que a posição do arguido tenha se modificado gradativa e substancialmente de *objeto de prova* para *sujeito processual*, titular de direitos fundamentais e com autonomia para decidir se, quando e como se manifestar. A própria presunção de inocência (LVII) desincumbe o investigado de cooperar com o Estado na produção probatória. Assim e além, considerando que na distribuição do ônus da prova a produção desta cabe exclusivamente à acusação, qualquer ato da autoridade investigativa ou acusatória

que enseje na autoincriminação involuntária da pessoa investigada gera uma inversão da carga probatória – e este desequilíbrio do jogo processual resulta em prejuízos ao devido processo legal (LIV) e ao exercício do contraditório e da ampla defesa (LV) – e gera também um constrangimento ilegal ao arguido.

2.3 AS CONSEQUÊNCIAS DAS PROVAS PRODUZIDAS COM A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO

A jurisprudência das nossas cortes superiores tem sido uniforme quanto à inadmissibilidade da participação ativa do investigado na produção de prova contra si, tendo considerado legítimas as recusas em fornecer material gráfico e padrão vocal para exames comparativos, em participar de reconstituições de crime, em se manifestar durante interrogatório policial ou judicial, tal como legítima a conduta de mentir e de fornecer nome falso para ocultar os antecedentes criminais. Quanto ao emprego de meios enganosos que possibilitam a participação inconsciente, o Supremo Tribunal Federal já considerou ilícitas algumas provas, em razão da omissão do dever de advertência²¹ ou de requisito legal (em especial, a autorização judicial). No que toca às provas produzidas com a participação passiva do investigado, inexistente decisão específica de natureza penal²², o que, por certo, contribui para a incerteza que a questão oferece. De qualquer modo, sendo inadmissíveis as provas que violem o princípio da não autoincriminação ou que, excepcionalmente aceitas em prol da proteção de outros princípios, não tiverem satisfeito os requisitos legais, devem elas ser rotuladas com o predicado da ilicitude, sendo vedada sua valoração no processo.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 78.708/SP. Data do julgamento: 09/03/1999. Relator Ministro Sepúlveda Pertence; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80.949/RJ. Data do julgamento: 30/10/2001. Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

²² Há duas decisões da seara civil sobre a coleta compulsória de material genético pelo sangue: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71.373/RS. Data do julgamento: 10/11/1994. Relator Ministro Francisco Rezek; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 76.060/SC. Data do julgamento: 31/03/1998. Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

3. QUESTÕES PARA REFLEXÃO

A discussão sobre o princípio *nemo tenetur se detegere* não se esgota nestas páginas. Como prova disso e com a intenção de oferecer mais questionamentos que respostas, apresentam-se as seguintes questões:

- A busca pessoal (art. 240, CPP) é realizada em caráter preventivo e destinada a recolher objetos que possam indicar um fato criminoso. É possível, porém, estender a legitimidade deste procedimento a operações (*fishing expeditions*) que realizem intervenções corporais genéricas num grande número de pessoas, selecionadas em razão de características pessoais ou da comunidade que habitam?

- O psicólogo americano Paul Ekman (1934-) desenvolveu um complexo estudo das emoções e suas relações com as expressões faciais; suas pesquisas sobre as microexpressões humanas e a construção de uma taxonomia própria (*Facial Action Coding System*) permitiram o desenvolvimento de uma hermenêutica para identificar se uma pessoa protege consigo um sentimento ou uma informação, possibilitando, assim, a descoberta de mentiras. Seria possível a sua aplicação em depoimentos de pessoas investigadas ou acusadas por um crime, ou essa técnica, aplicada a contragosto, violaria o princípio da não autoincriminação do sujeito analisado por lhe tolher o exercício do silêncio, uma vez que a mudez seria suprimida pela involuntariedade das expressões faciais?

- Se o Código Penal (art. 154) e o Código de Ética Médica²³ proibem o médico de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal, sendo também impossível a obtenção de prontuário médico²⁴ de pessoas investigadas, ainda que solicitada por autoridade policial ou judiciária, por que instituições financeiras²⁵ e

²³ Art. 73, Parágrafo único, c. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução nº 1.931, de 24 de setembro de 2009. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 set. 2009. Seção 1, p. 90.

²⁴ Sobre o descompasso entre a proteção absoluta do prontuário médico e a vulnerabilidade de outras fontes potenciais de prova, vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.040/DF. Data do julgamento: 21/02/2002. Relator Ministro Néri da Silveira. Neste julgamento, foi autorizada, em oposição manifesta à vontade da reclamante, a realização de exame de DNA na sua placenta, recolhida num hospital, para averiguação de paternidade do nascituro; o prontuário médico restou preservado, tendo a mesma decisão indeferido o pedido da remessa desse documento à Polícia Federal. (Extrai-se desse acórdão uma outra grave inversão de valores: os direitos da reclamante à intimidade e à preservação da identidade do pai de seu filho foram subjugados pelos direitos à honra e à imagem dos policiais federais acusados de estupro da reclamante e pelo direito à imagem da própria instituição.)

²⁵ Art. 1º, § 4º, Lei Complementar nº 105/2001. (BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.)

empresas²⁶ (provedores de internet, administradoras de cartões de crédito, concessionárias de telefonia, empresas de transporte) são obrigadas a permitir acesso direto e permanente a informações fiscais e bancárias, registros, dados cadastrais, documentos e informações?

- Pode a testemunha, quem assume o compromisso de dizer a verdade, invocar a extensão do princípio, caso o seu depoimento possa resultar em sua autoincriminação?²⁷

- Um réu que se encontra sob custódia do Estado não comparece à audiência de oitiva de testemunhas no Juízo deprecado porque o Juízo deprecante deixou de requisitá-lo para participar do ato, sob o argumento de dificuldades enfrentadas pelo Poder Público em “*promover o transporte e a devida escolta de presos*”. O magistrado que analisa o recurso interposto em razão desse evento argumenta que a ausência do acusado na audiência de instrução por falta de requisição não constitui vício insanável, que inexistiu prejuízo à defesa e que o não comparecimento “*à audiência é uma expressão do direito constitucional ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF/88), pois ‘nemo tenetur se deterege’*.”²⁸ Pergunta-se: o Estado pode tomar a si um princípio de proteção individual, que foi desenvolvido contra o próprio poder punitivo estatal, e exercê-lo em nome de uma pessoa? Ou ao se apoderar do princípio, capturando-o fora de sua jurisdição, estaria exercendo um ato de exceção (*ex-capere*, tomado ou apanhado fora)?

²⁶ Arts. 15 a 17, Lei nº 12.850/2013. Ver n. 19, supra.

²⁷ Sobre a extensão do princípio a depoentes (indiciados ou testemunhas) em Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 23.491/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 02/08/1999; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79.244/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Data do julgamento: 23/02/2000; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79.812/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 08/11/2000. Sobre a imunidade e as prerrogativas dos advogados nas CPIs, vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 23.576/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 29/11/1999; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 24.118/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 29/10/2001.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 109.978/DF. Data do julgamento: 18/06/2013. Relator Ministro Luiz Fux.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOSTON Legal: “**Questionable Characters**”: s. 1. ep. 7. Direção: Mel Damski. Produção: David E. Kelley et al. Intérpretes: James Spader, William Shatner, Rhona Mitra et al. Roteiro: Lukas Reiter. Los Angeles: 20th Century Fox Television, 2004.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

_____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro.

_____. Lei nº 11.275, de 7 de fevereiro de 2006. Altera a redação dos arts. 165, 277 e 302 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro.

_____. Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que ‘institui o Código de Trânsito Brasileiro’, e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências.

_____. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências.

_____. Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro

de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

_____. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 30.552/MS. Data do julgamento: 06/03/2006. Relator Ministro Paulo Gallotti

_____. _____. Habeas Corpus nº 42.663/MG. Data do julgamento: 20/06/2005. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca

_____. _____. Habeas Corpus nº 86.686/MS. Data do julgamento: 25/10/2007. Relatora Ministra Laurita Vaz.

_____. _____. Recurso Especial nº 471.252/MG. Data do julgamento: 20/10/2003. Relator Ministro Gilson Dipp

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 69.026/DF. Data do julgamento: 10/12/1991. Relator Ministro Celso de Mello.

_____. _____. Habeas Corpus nº 71.373/RS. Data do julgamento: 10/11/1994. Relator Ministro Francisco Rezek

_____. _____. Habeas Corpus nº 72.377/SP. Data do julgamento: 23/05/1995. Relator Ministro Carlos Velloso.

_____. _____. Habeas Corpus nº 75.257/RJ. Data do julgamento: 17/06/1997. Relator Ministro Moreira Alves.

_____. _____. Habeas Corpus nº 76.060/SC. Data do julgamento: 31/03/1998. Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

_____. _____. Habeas Corpus nº 77.135-8/SP. Data do julgamento: 08/09/1998. Relator Ministro Ilmar Galvão.

_____. _____. Habeas Corpus nº 78.708/SP. Data do julgamento: 09/03/1999. Relator Ministro Sepúlveda Pertence

_____. _____. Habeas Corpus nº 79.244/DF. Data do julgamento: 23/02/2000.
Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

_____. _____. Habeas Corpus nº 79.812/SP. Data do julgamento: 08/11/2000.
Relator Ministro Celso de Mello.

_____. _____. Habeas Corpus nº 80.949/RJ. Data do julgamento: 30/10/2001.
Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

_____. _____. Habeas Corpus nº 83.096/RJ. Data do julgamento: 18/11/2003.
Relatora Ministra Ellen Gracie.

_____. _____. Habeas Corpus nº 99.289/RS. Data do julgamento: 23/06/2009.
Relator Ministro Celso de Mello.

_____. _____. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 23.491/DF. Data do
julgamento: 02/08/1999. Relator Ministro Celso de Mello.

_____. _____. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 23.576/DF. Data do
julgamento: 29/11/1999. Relator Ministro Celso de Mello.

_____. _____. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 24.118/DF. Data do
julgamento: 29/10/2001. Relator Ministro Celso de Mello.

_____. _____. Reclamação nº 2.040/DF. Data do julgamento: 21/02/2002. Relator
Ministro Néri da Silveira.

_____. _____. Recurso em Habeas Corpus nº 64.354/SP. Data do julgamento:
01/07/1987. Relator Ministro Sydney Sanches

_____. _____. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 109.978/DF. Data do
julgamento: 18/06/2013. Relator Ministro Luiz Fux.

BUSATO, Paulo César (org.). **Fundamentos de direito penal**. Curitiba: Juruá, 2013.
Série Direito Penal Baseado em Casos.

_____. **Teoria do delito**. Curitiba: Juruá, 2012. Série Direito Penal Baseado em Casos.

BUSATO, Paulo César (coord.); CARUNCHO, Alexey Choi (org.). **Teoria da pena**. Curitiba: Juruá, 2014. Série Direito Penal Baseado em Casos.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução nº 1.931, de 24 de setembro de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 set. 2009. Seção 1, p. 90.

ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. **Derecho penal**: cuestiones fundamentales de la teoria del delito sobre la base de casos de sentencias. trad. Silvina Bacigalupo e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Colex, 1995.

FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. [O livro encontra-se licenciado sob uma Licença Creative Commons BY-NC-ND 4.0, gratuita e integralmente disponível em <www.ayresfranca.com>.]

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo (org.). **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: UFRGS, 2009. Série Educação a Distância.

LOPES JR., Aury Celso Lima. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. **Casos que hicieron doctrina en derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2011.