

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
FACULDADE DE DIREITO**

**DIREITO AO SILÊNCIO E EXIGÊNCIA DE COOPERAÇÃO DO ACUSADO NA  
PRODUÇÃO DE PROVAS NÃO VERBAIS**

**CURITIBA  
2011**

**VINICIUS VIOLIN**

**DIREITO AO SILÊNCIO E EXIGÊNCIA DE COOPERAÇÃO DO ACUSADO NA  
PRODUÇÃO DE PROVAS NÃO VERBAIS**

**Monografia de Conclusão de Curso  
apresentada como requisito parcial para  
obtenção do grau de bacharel em Direito  
pela Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Sérgio Fernando Moro**

**CURITIBA**

**2011**

## TERMO DE APROVAÇÃO

VINICIUS VIOLIN

### DIREITO AO SILÊNCIO E EXIGÊNCIA DE COOPERAÇÃO DO ACUSADO NA PRODUÇÃO DE PROVAS NÃO VERBAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel  
no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,  
Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. Dr. Sérgio Fernando Moro

Orientador – Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR

---

Prof. Dr. André Ribeiro Giamberardino

Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR

---

Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos

Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR

A Livia, pelo amor, carinho e companheirismo.  
Aos meus pais, cuja dedicaçao tornou isso tudo possivel.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Sérgio Fernando Moro, pela orientação e pelos ensinamentos transmitidos com dedicação e comprometimento.

Ao Prof. Dr. André Ribeiro Giamberardino, pelas críticas sempre construtivas.

Ao meu irmão, Jordão Violin, porque às vezes o Google Tradutor não basta.

## RESUMO

O direito do acusado ao silêncio tem sido reiteradamente considerado pelos tribunais pátrios como um óbice absoluto à exigibilidade de cooperação do imputado na produção de provas de toda e qualquer natureza. Inexiste, todavia, correspondente previsão expressa em nosso ordenamento, limitando-se a Constituição da República Federativa do Brasil a garantir ao acusado o direito de permanecer calado, o que abrangeria, *a priori*, apenas as provas de natureza verbal. A partir de tal constatação, o presente trabalho analisa se há argumentos jurídicos, históricos e de direito comparado que sustentem satisfatoriamente a ampliação do direito ao silêncio à categoria de direito genérico de não produção de provas do acusado contra si próprio, concluindo-se pela impossibilidade de se invocar o direito ao silêncio do acusado como obstáculo à exigência de coadjuvação do imputado senão para a produção de provas de natureza comunicativa. Entretanto, os direitos individuais do acusado podem vir a configurar óbice a tal exigibilidade, porém, um empecilho meramente relativo, passível de ponderação diante do interesse público na persecução penal, do direito à prova e da busca da verdade real no processo penal.

Palavras-chave: Processo penal. Direito ao silêncio. Produção probatória. Provas. Cooperação do acusado. Exigência.

## ABSTRACT

The privilege against self-incrimination has been repeatedly considered by Brazilian courts as an absolute obstacle to the cooperation of the defendant in producing evidence against himself. However, there is no corresponding express provision in our positive Law. The Constitution just mentions the right to remain silent, which would include, *a priori*, only the evidence of verbal nature. Starting from this observation, this work examines whether there are legal, historical and comparative law arguments to support the expansion of the right to remain in silence to the rank of general right not to produce evidence against the accused himself. The conclusion is for the impossibility of this expansion. However, the individual rights of the defendant are likely to set obstacles to such liability, but they are relative and may be defeated in the name of the public interest in criminal prosecution, the right to trial and the seek for truth in criminal proceedings.

Keywords: Criminal proceedings. Privilege against self-incrimination. Evidence production. Defendant. Cooperation. Requirement.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 NOTAS HISTÓRICAS SOBRE O DIREITO AO SILÊNCIO</b> .....	11
1.1 ANTIGUIDADE .....	11
1.2. PERÍODO CLÁSSICO .....	12
1.3 IDADE MÉDIA E INQUISIÇÃO .....	13
1.4 <i>IUS COMMUNE</i> EUROPEU .....	14
1.5 IDADE MODERNA E IDADE CONTEMPORÂNEA .....	16
<b>2 O DIREITO AO SILÊNCIO NO DIREITO ESTRANGEIRO</b> .....	19
2.1 DIREITO ITALIANO .....	19
2.2 DIREITO ALEMÃO .....	21
2.3 DIREITO ESPANHOL .....	22
2.4 DIREITO PORTUGUÊS .....	24
2.5 DIREITO FRANCÊS .....	24
2.6 DIREITO INGLÊS .....	25
2.7 DIREITO NORTE-AMERICANO .....	25
2.8 CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS .....	28
<b>3 O DIREITO AO SILÊNCIO NO BRASIL</b> .....	29
3.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA .....	29
3.2 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA .....	31
<b>4 DIREITO AO SILÊNCIO E PROVAS QUE DEPENDEM DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO PARA SUA PRODUÇÃO</b> .....	35
4.1 INTRODUÇÃO .....	35
4.2 BREVES NOÇÕES ACERCA DAS PROVAS CUJA PRODUÇÃO DEPENDE DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO .....	35
4.3 DA IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO EM DIREITO GENÉRICO DE NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS CONTRA SI .....	37
4.3.1 Finalidade histórica do <i>nemo tenetur</i> e entendimento majoritário no direito estrangeiro .....	37
4.3.2 Inexistência de base normativa expressa no ordenamento pátrio .....	38

4.3.3 Não equivalência entre a exigência de colaboração na produção de provas verbais e na de provas não verbais.....	40
4.3.4 Compatibilidade entre a exigência de colaboração na produção probatória e o sistema acusatório misto .....	42
4.4 LIMITES À EXIGIBILIDADE DE COOPERAÇÃO DO ACUSADO NA PRODUÇÃO DE PROVAS DE NATUREZA NÃO VERBAL.....	44
4.4.1 Direitos e garantias individuais do acusado: o direito à privacidade e à intangibilidade corporal .....	44
4.4.2 Proporcionalidade e ponderação entre o interesse público na persecução penal e os interesses individuais do acusado .....	45
4.5 CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS À RECUSA DO ACUSADO PARA COLABORAÇÃO NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA.....	49
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>53</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>56</b>

## INTRODUÇÃO

O direito ao silêncio – constitucionalmente garantido ao acusado de prática delitiva pelo artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal – representa importante restrição à atividade investigatória estatal, vedando um direito ilimitado à prova por parte do Estado em detrimento dos interesses individuais do imputado.

O reconhecimento do direito do acusado a permanecer silente encontra-se sedimentado em nosso ordenamento em razão de previsão constitucional expressa de que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”, não estando, portanto, obrigado a produzir prova de natureza verbal autoincriminatória.

Entretanto, muito ainda se debate quanto à incidência ou não do direito ao silêncio no que se refere à produção de provas de natureza não verbal em processo criminal.

Tal discussão revela-se de suma importância vez que questiona a exigibilidade de cooperação do imputado na produção de provas de natureza não testemunhal, como, por exemplo, fornecendo material grafotécnico, padrões vocais, tolerando a coleta de amostras sanguíneas, fios de cabelo, saliva, entre outras.

Com efeito, o debate acerca da incidência ou não do direito ao silêncio fora do âmbito do interrogatório do acusado, ou seja, na produção de provas de natureza não verbal, é cercado de polêmica e tem ganhado destaque notadamente em virtude do desenvolvimento de técnicas que permitem a elucidação de diversos crimes através de exames precisos e esclarecedores – mas que muitas vezes dependem da colaboração do acusado para que sua produção seja viabilizada – como o exame de DNA, o exame grafotécnico e a utilização do etilômetro para verificação de embriaguez em delitos de trânsito.

Inobstante a importância do emprego de tais meios para a busca da verdade real dos fatos dentro do processo penal e, conseqüentemente, de uma eficaz persecução penal, seu uso tem sido bastante restringido em virtude do entendimento predominante dos tribunais brasileiros de que o direito ao silêncio abrangeria um direito genérico do acusado a não ser constrangido a produzir provas de toda e qualquer natureza contra si mesmo.

Neste diapasão, analisar-se-á no presente trabalho se subsistem argumentos jurídicos, históricos ou de Direito Comparado que justifiquem satisfatoriamente o referido alargamento do direito ao silêncio atualmente adotado pelos tribunais pátrios; ou, não os havendo, se se sustenta a exigência de cooperação por parte do acusado na produção de provas não verbais.

## 1. NOTAS HISTÓRICAS SOBRE O DIREITO AO SILÊNCIO

### 1.1 ANTIGUIDADE

A fim de melhor compreender-se o direito ao silêncio, faz-se imprescindível o estudo de sua origem e evolução histórica, visto que importantes elementos para seu entendimento atual podem ser revelados através do exame de seu passado.<sup>1</sup>

Há quem repute inócua a tarefa de se tentar precisar as origens do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*<sup>2</sup>, sob o argumento de que o mesmo estaria inserto entre as regras gerais de direito, sendo, assim, impossível identificar suas raízes.<sup>3</sup>

Todavia, ainda que não haja plena concordância entre os autores a respeito da determinação de sua origem histórica, fato é que existe, desde a Antiguidade, a necessidade de se destinar ao acusado da prática delituosa determinadas garantias, dentre elas o direito ao silêncio, com o intuito de se alcançar um processo penal justo.<sup>4</sup>

Com efeito, no direito hebreu, em meados do século III a.C., já se argumentava que, pertencendo a vida do homem a Deus, a confissão por parte do acusado seria o mesmo que dispor de algo cuja propriedade não lhe pertence, pois a autoincriminação em delitos puníveis com a pena capital resultaria em uma forma indireta de suicídio. Outras razões, ainda, eram aduzidas para se afastar a autoincriminação, dentre elas, a terrível possibilidade de estímulo à prática de tortura.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> HELMHOLZ, R. H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p. 5.

<sup>2</sup> O princípio à não autoincriminação é também expresso por outras máximas latinas, dentre elas: *nemo tenetur se detegere*, *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur se accusare*, *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* e *nemo testis contra se ipsum*. QUEIJO, M. E. *op. cit.*, p. 4.

<sup>3</sup> QUEIJO, M. E. *op. cit.*, p. 5.

<sup>4</sup> COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004, p. 29.

<sup>5</sup> ROSENBERG, Irene Merker, e ROSEMBERG, Yale L., 1988 *apud* COUCEIRO, *ibidem*, p. 30.

Não havia, no direito hebreu, qualquer distinção entre confissão voluntária ou induzida, sendo ambas as formas proibidas por lei.<sup>6</sup> De fato, a confissão era vista como uma espécie de alienação, uma manifestação de estado de loucura.<sup>7</sup>

No Egito, por outro lado, o acusado devia submeter-se ao juramento, ou seja, comprometer-se em sempre dizer a verdade, sendo comum o emprego de tortura,<sup>8</sup> não se vislumbrando, nesse quadro, qualquer espaço à garantia de não autoincriminação.

Da mesma forma, também no Código de Hamurabi havia a possibilidade de o acusado ser ouvido sob juramento, principalmente nos casos em que inexistisse outro meio de prova.<sup>9</sup>

## 1.2 PERÍODO CLÁSSICO

No direito romano pré-clássico o acusado devia prestar juramento, não lhe sendo facultado silenciar perante seu inquiridor, sob pena de multa, tortura ou prisão.<sup>10</sup>

Mais adiante, durante o direito romano clássico, começa a surgir, ainda que vagamente, a garantia de não imposição de pena ao acusado antes de sua regular condenação ao fim do devido processo.<sup>11</sup> Com o gradual avanço do direito romano, a confissão passou a não ser mais considerada suficiente para embasar uma sentença condenatória, em se tratando de crime capital. Inobstante tais avanços, permanecia a obrigatoriedade do juramento e, portanto, a obrigatoriedade de o acusado depor contra si.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 82.

<sup>7</sup> CARMIGNANI, Giovanni, 1832 *apud* QUEIJO, M. E. *op. cit.*, p. 5 e 6.

<sup>8</sup> QUEIJO, M. E. *op. cit.*, p. 5.

<sup>9</sup> ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*. Rio de Janeiro: Alba, 1942, p. 10.

<sup>10</sup> COUCEIRO, J. C. *op. cit.*, p. 34.

<sup>11</sup> COUCEIRO, J. C. *op. cit.*, p. 34

<sup>12</sup> TROIS NETO, P. M. C. *op. cit.*, p. 82.

Na fase pós-clássica, durante o Império Romano, utilizava-se a tortura para fins de se obter a confissão do acusado.<sup>13</sup>

Com efeito, autores como Pugliese<sup>14</sup> e Alschuler<sup>15</sup> negam a origem do *nemo tenetur se ipsum accusare* no direito romano.

### 1.3 IDADE MÉDIA E INQUISIÇÃO

Com a queda do Império Romano e as invasões bárbaras, tem início um período de largo emprego das ordálias e de inoperância do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. No direito comum, a regra era a busca da verdade dos fatos através do acusado, estando ele disposto a colaborar ou não, inclusive, e não raro, procurando-se obter a confissão, tida como a prova máxima, por meio da tortura. Durante o interrogatório havia a obrigação de responder, não havendo espaço, diante de tal quadro, para o direito ao silêncio.<sup>16</sup>

Com a criação da Inquisição, em 1216, essa tendência à utilização da confissão do acusado no processo penal passa a acentuar-se ainda mais. Em 1215, no IV Concílio de Latrão, introduziu-se o juramento inquisitivo, o qual impôs ao acusado a obrigação de dizer a verdade. Em 1252, o Papa Inocêncio IV estabeleceu a possibilidade de se obter a confissão por meio de tortura em casos de heresia.<sup>17</sup>

A partir do século XV, em meio aos regimes monárquicos, surge o sistema inquisitivo – cujo sistema probatório tem a confissão como a “rainha das provas” –,<sup>18</sup>

<sup>13</sup> QUEIJO, M. E. *op. cit.*, p. 6.

<sup>14</sup> PUGLIESE, Giovanni, 1957 *apud* QUEIJO, M. E. *op. cit.*, p. 6.

<sup>15</sup> ALSCHULER, Albert W. A peculiar privilege in historical perspective. *In*: HELMHOLZ, R. H. (org.). *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p. 185.

<sup>16</sup> QUEIJO, M. E. *op. cit.*, pp. 6-7.

<sup>17</sup> TROIS NETO, P. M. C. *op. cit.*, p. 83.

<sup>18</sup> Paulo Rangel assim sintetiza as principais características próprias do sistema inquisitivo: “a) as três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, *ex officio*, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade; b) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo; c) não há contraditório nem ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia; d) o sistema de provas é a prova tarifada ou prova legal e, conseqüentemente, a confissão é a rainha das provas”. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007, p. 46.

aperfeiçoado durante o direito canônico e utilizado em grande parte das legislações europeias dos séculos XV a XVIII.

#### 1.4 IUS COMMUNE EUROPEU

Helmholz identifica as origens do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ao *ius commune* europeu,<sup>19</sup> entre o final da Idade Média e a Idade Moderna.<sup>20</sup>

Pondera o autor que muito antes da aparição do *privilege against self-incrimination* no *common law* inglês, o princípio basilar do *privilege* – o *nemo tenetur se detegere* – já era discutido e reconhecido na tradição do *ius commune* europeu.<sup>21</sup>

Conforme Alschuler, “o momento em que ele [o *nemo tenetur*] adentrou no *ius commune* é incerto. Uma hipótese plausível, porém, é a de que o privilégio tenha iniciado como uma limitação ao dever religioso de confessar”.<sup>22</sup>

Com efeito, declarações remotas em defesa do princípio contra a autoincriminação remontam à questão da legalidade ou não de se compelir o acusado a prestar juramento nas cortes eclesiásticas inglesas.<sup>23</sup> O texto de autoridade mais utilizado por comentaristas medievais para justificar o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* tratava-se de um comentário à Carta de São Paulo

---

<sup>19</sup> “O termo *ius commune*, traduzido literalmente como ‘common law’, refere-se à combinação dos direitos canônico e romano que foi o produto do renascimento da ciência jurídica durante o século XII e foi mais completamente desenvolvido nos séculos seguintes. O termo em latim permanece para distingui-lo do *common law* inglês. Base da educação legal em todas as universidades europeias, incluindo as universidades inglesas, anteriormente à Era da Codificação, o *ius commune* era aplicado nas cortes continentais em que nenhum regulamento ou costume postulava o contrário”. Tradução livre. No original: “The term *ius commune*, translated literally as ‘common law’, refers to the combination of roman and canon law that was the product of the revival of juristic science in the twelfth century and was more fully developed in the centuries that followed. The Latin term remains in use in order to distinguish it from the English *common law*. The basis for legal education in all European universities, including the English universities, before the Age of Codification, the *ius commune* was applied in Continental courts where no local statute or custom directed the contrary”. HELMHOLZ, R. H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, pp. 6-7.

<sup>20</sup> HELMHOLZ, R. H. *op. cit.*, p. 17.

<sup>21</sup> HELMHOLZ, R. H. *op. cit.*, p. 18

<sup>22</sup> Tradução livre. No original: “(...) when it entered the *ius commune* is uncertain. A plausible hypothesis is that the privilege began as a limitation on the religious duty to confess.” ALSCHULER, A. W. *op. cit.*, p. 185.

<sup>23</sup> Importa ressaltar, a esse respeito, que a Inquisição, enquanto instituição organizada, nunca chegou a ser implantada na Inglaterra. COUCEIRO, J. C. *op. cit.*, p. 63.

aos Hebreus, escrito por São João Crisóstomo (349-407 d.C), o qual dispunha: “Eu não digo que vocês devem trair a si mesmos em público ou acusar a si mesmos perante outros, mas que vocês devem obedecer ao profeta quando disse: *Revele seus atos perante Deus.*”<sup>24</sup>

Ora, o argumento que se extraiu, *a contrario sensu*, do excerto foi o de que o homem estaria obrigado a revelar seus pecados tão-somente a Deus, não podendo ser constrangido a fazê-lo perante mais ninguém.<sup>25</sup>

Ademais, argumentou-se que obrigar qualquer pessoa a submeter-se a determinadas perguntas sob juramento criaria uma ocasião propícia – ou até mesmo induziria – ao cometimento de perjúrio.<sup>26</sup>

Evidencia-se, assim, que, originariamente, o princípio da não autoincriminação revela-se associado ao interrogatório do acusado e ao direito deste de recusa a submeter-se ao juramento, diante da desumanidade de sujeitá-lo ao dilema de confessar-se diante de seus algozes ou cometer o perjúrio e, assim, condenar sua alma.<sup>27</sup>

Nessa perspectiva, infere-se que o direito ao silêncio surgiu para garantir ao acusado o direito de não testemunhar contra si próprio sob juramento, ou seja, uma garantia para que não se exigisse dele uma comunicação de natureza testemunhal autoincriminatória, obrigando-o a se revelar, através de seus próprios conhecimentos, perante seus inquiridores, diante do dilema moral que tal obrigatoriedade acarretaria.

---

<sup>24</sup> “The authoritative text used most often to justify the rule was an extract from a commentary on Saint Paul’s Letter to the Hebrews by the great fourth-century church father Saint John Chrysostom. The text, inserted in Gratian’s Decretum, stated: ‘I do not say to you that you should betray yourself in public nor accuse yourself before others, but that you obey the prophet when he said, ‘Reveal your ways to the Lord’”. HELMHOLZ, R. H. *op. cit.*, p. 26.

<sup>25</sup> “Medieval commentators read these words as making a legal point: men and women must confess their sins to God, but they should not be compelled to make their crimes known to anyone else. The normal juristic technique of the *ius commune*, reading texts *a contrario sensu*, led to this conclusion. If Christians were being directed to reveal their sins to the Lord, by negative implication they were also being directed not to reveal their sins to other men”. <sup>25</sup> HELMHOLZ, R. H. *op. cit.* p. 26.

<sup>26</sup> HELMHOLZ, R. H. *op. cit.*, pp. 27-28.

<sup>27</sup> MORO, Sérgio Fernando. *Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais*, in **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, vol. 853, novembro de 2006, p. 432 e 433.

## 1.5 IDADE MODERNA E IDADE CONTEMPORÂNEA

Somente a partir do século XVIII, com o Iluminismo, o qual pregava – dentre outras garantias – o fim da prática da tortura e do juramento imposto ao acusado durante o interrogatório, tem-se o início da consolidação do direito à não autoincriminação.

Com efeito, o direito ao silêncio “foi uma das grandes conquistas da processualização da jurisdição penal, consolidada no século XVIII, com a queda do Absolutismo”.<sup>28</sup>

No direito processual penal francês, apenas em 1897 foi introduzido legislativamente o reconhecimento ao direito ao silêncio do acusado. Na Alemanha, o mesmo ocorreu apenas no decorrer do século XIX, e em Portugal e Espanha, ainda mais tardiamente, somente em idos do século XX.<sup>29</sup>

Nos países de *common law*, os quais não foram tão consistentemente influenciados pelo pensamento inquisitorial como os de origem romano-germânica, a consolidação do direito ao silêncio pôde se dar mais precocemente, comparativamente àqueles. Na Inglaterra, conforme visto, já nos séculos XVI e XVII, se utilizava o argumento jurídico do direito a silenciar-se perante cortes eclesiásticas e laicas.<sup>30</sup> Nos Estados Unidos, por sua vez, já desde 1791 a Quinta Emenda previa que ninguém poderia ser compelido a testemunhar contra si próprio.<sup>31</sup>

No entanto, a despeito da existência de previsão legal do direito ao silêncio, a presença de advogados em julgamentos criminais somente se trivializou em meados do século XIX, sendo que apenas a partir deste momento, com o emprego da defesa técnica – além da adoção de outras garantias, tais como o *standard* da dúvida razoável da prova e a presunção de inocência –, tornou-se possível, em

---

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 10ª edição, 2008, p. 332.

<sup>29</sup> TROIS NETO, P. M. C.. *op. cit.*, p. 84.

<sup>30</sup> TROIS NETO, P. M. C.. *op. cit.*, p. 84 e 85.

<sup>31</sup> Assim dispõe a Quinta Emenda: “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” (destacou-se).

termos práticos, a permanência do acusado em silêncio, enquanto estratégia de defesa. Isso porque, sem a presença do advogado, tendo o acusado que realizar por si próprio sua defesa perante seus julgadores, permanecer em silêncio – ainda que direito seu – equivaleria ao “suicídio jurídico”.<sup>32</sup>

Tal constatação revela, definitivamente, a conexão histórica do direito ao silêncio ao interrogatório do acusado e à impossibilidade de submetê-lo a juramento.

Ora, se por um lado havia a necessidade de o acusado realizar sua própria defesa – já que durante muito tempo a presença do advogado defensor foi praticamente nula –, por outro, sujeitá-lo ao juramento o colocaria diante do cruel dilema, já destacado, de confessar-se, conseqüentemente condenando-se, ou cometer o perjúrio.

Diante do destacado quadro, até idos do séc. XIX, de trivialidade de julgamentos criminais sem a presença de advogados de defesa, o direito ao silêncio, em suas origens históricas, ao combater a obrigatoriedade de o acusado prestar juramento e, conseqüentemente, de dizer a verdade e incriminar-se ou cometer o perjúrio, possibilitava ao acusado uma chance real de defesa sem que para isso fosse submetido a um dilema moral.

O direito ao silêncio tem, portanto, suas raízes ligadas ao interrogatório do acusado, visando afastá-lo do dever antinatural de confessar-se perante seus algozes. De fato, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, tal qual historicamente concebido – como direito a não confessar; direito a não produzir provas de natureza comunicativa autoincriminatória – em muito difere de um pretense direito genérico e irrestrito a não ser constrangido a produzir provas de toda e qualquer natureza contra si mesmo.

Longe da pretensão de esgotar-se o tema sobre a origem do direito ao silêncio e sua evolução, procurou-se, a partir de uma análise histórica, demonstrar que não se revelam facilmente argumentos favoráveis à ampliação do direito ao silêncio à categoria de direito genérico de não produção de provas do acusado contra si próprio.

Da mesma forma, também no direito estrangeiro, conforme se passará a examinar, a menção habitual ao direito ao silêncio não reconhece um direito geral e

---

<sup>32</sup> MORO, S. F. *op. cit.*, p. 433 e 434.

irrestrito de não produzir prova contra si mesmo, mas tão somente um direito à não produção de provas em que se exija uma comunicação de natureza testemunhal incriminatória.

## 2. O DIREITO AO SILÊNCIO NO DIREITO ESTRANGEIRO

### 2.1 DIREITO ITALIANO

A Constituição italiana não prevê expressamente em seu texto o direito à não autoincriminação. Contudo, entende-se que tal garantia estaria inserta no direito à autodefesa, este expressamente amparado no artigo 24, inciso II, de sua Lei Maior.<sup>33</sup>

Da mesma forma, não há norma expressa, na Constituição italiana ou mesmo no Código Processual Penal italiano, que tutele um direito genérico de recusa por parte do acusado à colaboração na produção de provas. Inobstante a ausência de normas expressas a esse respeito, o entendimento que prevalece, na doutrina e na jurisprudência, é o de que, não se exigindo do acusado uma postura ativa ou comunicativa, inexistente um direito geral e irrestrito de não produzir prova contra si mesmo.<sup>34</sup>

Com efeito, em 1986, por meio da sentença 54/86, a Corte Constitucional italiana afastou a arguição de inconstitucionalidade dos artigos 146, 314 e 317 do Código de Processo Penal de 1930 – os quais tratavam do uso de coação para fins de produção de prova pericial –, face o disposto no artigo 13, incisos II e IV, da Constituição italiana<sup>35</sup> e a inexistência de regulação dos limites a tal poder coator.

Ao refutar a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, fundamentou a Corte que a produção coercitiva de prova pericial contra o acusado da prática delituosa estaria limitada a dois fatores: tal procedimento não poderia por em risco a

---

<sup>33</sup> Estabelece o referido dispositivo: “A defesa é um direito inviolável em cada condição e grau de procedimento”.

<sup>34</sup> QUEIJO, M. E. *op. cit.*, p. 276.

<sup>35</sup> “Não é admitida forma alguma de detenção, de inspeção ou perquirição pessoal, nem tampouco qualquer outra forma de restrição à liberdade pessoal, a não ser por determinação motivada da autoridade judiciária e, unicamente, nos casos e formas previstos por lei” e “É punida toda violência física e moral contra as pessoas que sejam de qualquer modo submetidas a restrições de liberdade”, respectivamente.

saúde e a integridade física do acusado e, ainda, não poderia ferir sua dignidade e intimidade.<sup>36</sup>

No tocante à coleta sanguínea compulsória, ainda no julgado 54/86, concluiu a Corte que:

“A coleta de amostra de sangue, integrante da prática médica de rotina, de modo que pode até mesmo ser realizada por enfermeiros, não infringe a dignidade ou a psique, nem de qualquer modo põe em perigo a vida ou a saúde da pessoa, salvo em casos patológicos os quais o perito médico legal seria facilmente capaz de detectar”.<sup>37</sup>

Destarte, o mero ato de se coletar amostras de sangue do acusado não configuraria “ato de violência” – a que se refere o artigo 13, inciso IV, da Constituição italiana –, porquanto se trataria de uma prestação pessoal mínima imposta ao acusado por um meio instrutório normal e legítimo.<sup>38</sup>

A questão voltou a ser discutida em 1996, tendo a Corte Constitucional italiana concluído, desta vez, que o disposto no artigo 13, inciso IV, da Constituição italiana, exigia regulamentação normativa expressa dos limites para a realização coercitiva de prova pericial no acusado, visto que implicaria restrição à sua liberdade pessoal. Nesse viés, restou decidido que, embora a coleta sanguínea compulsória não afetasse a integridade física e a dignidade do acusado, sua utilização dependeria de prévia norma regulamentadora, uma vez que se traria de ato restritivo à liberdade pessoal do acusado (julgado 238/96).<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Assim concluiu a Corte: “Così non potrebbe il giudice disporre mezzi istruttori che mettessero in pericolo la vita o l'incolumità o risultassero lesivi della dignità della persona o invasivi dell'intimo della sua psiche, perché sarebbero in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali ex art. 2 Cost. Come non potrebbe il Giudice, mediante i mezzi istruttori, mettere in pericolo la salute del periziando perché violerebbe l'art. 32 Cost”. Disponível em <<http://www.giurcost.org/decisioni/1986/0054s-86.html>>. Acesso em 14/11/2011.

<sup>37</sup> Tradução livre. No original: “Ma il prelievo ematico, ormai di ordinaria amministrazione nella pratica medica, talché può essere persino effettuato da infermiere professionali, né lede la dignità o la psiche della persona, né mette in alcun modo in pericolo la vita, l'incolumità o la salute della persona, salvo casi patologici eccezionali che il perito medico-legale sarebbe facilmente in grado di rilevare”. Disponível em <<http://www.giurcost.org/decisioni/1986/0054s-86.html>> Acesso em 14/11/2011.

<sup>38</sup> “Tanto meno, poi, può venire in causa il quarto comma dell'invocato parametro costituzionale, perché le violenze cui quel comma fa riferimento sono evidentemente quelle illecite, anche nel senso sopra specificato e non le minime prestazioni personali imposte all'imputato o a terzi, da un normale e legittimo mezzo istruttorio”. Disponível em <<http://www.giurcost.org/decisioni/1986/0054s-86.html>>. Acesso em 14/11/2011.

<sup>39</sup> Eis o respectivo trecho do julgado: “Il prelievo ematico comporta certamente una restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo. E tale restrizione è tanto più allarmante - e quindi bisognevole di attenta valutazione da parte del legislatore nella determinazione

A referida omissão legislativa foi posteriormente suprida, no ano de 2005, possibilitando, em casos de investigação de terrorismo e crime conexos, a coleta compulsória de material biológico.<sup>40</sup>

Conforme já salientado, predomina, na doutrina e jurisprudência italianas, a ideia de que inexistente o direito do acusado a não colaborar com a produção de provas, contanto que dele não se exijam atitudes ativas ou de comunicação. Desse modo, o acusado está obrigado a submeter-se à inspeção corporal e ao reconhecimento, ainda que contra sua vontade.<sup>41</sup>

Além disso, nos casos de embriaguez no trânsito, deverá o motorista suspeito de ingerir álcool submeter-se ao teste do etilômetro – vulgarmente conhecido como bafômetro – ou fornecer material para exames de urina e sangue. Em caso de recusa, há a possibilidade de se aplicar sanções de multa ou mesmo de até um mês de prisão. Ou seja, ainda que não se admita a coleta coercitiva de tais materiais, não se reconhece como legítima a recusa do acusado de fornecê-las; não há um direito geral e irrestrito de não produção de provas contra si mesmo.<sup>42</sup>

## 2.2 DIREITO ALEMÃO

Do mesmo modo como ocorre no direito italiano, a Constituição alemã não dispõe expressamente sobre o direito ao silêncio, porém a doutrina e jurisprudência são uníssonas no que tange à existência e aplicação do referido direito em seu ordenamento, tendo por fundamento os princípios do Estado de Direito, da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade.<sup>43</sup>

---

dei "casi e modi" in cui può esser disposta dal giudice - in quanto non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppur in minima misura, invade la sfera corporale della persona - pur senza di norma comprometterne, di per sé, l'integrità fisica o la salute (anche psichica), né la sua dignità, in quanto pratica medica di ordinaria amministrazione (cfr. sentenza n. 194 del 1996) - e di quella sfera sottrae, per fini di acquisizione probatoria nel processo penale, una parte che è, sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla". Disponível em <<http://www.giurcost.org/decisioni/1996/0238s-96.htm>>. Acesso em 14/11/2011.

<sup>40</sup> TROIS NETO, P. M. C. *op. cit.*, p. 89.

<sup>41</sup> QUEIJO, M. E. *op. cit.*, p. 276.

<sup>42</sup> QUEIJO, M. E. *op. cit.*, pp. 279-280.

<sup>43</sup> DIAS NETO, Theodomiro. "O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano", in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v.5, n. 19, p. 186.

No que se refere à produção de provas não verbais, o acusado tem dever de colaboração, porquanto o próprio Código de Processo Penal alemão prevê, em seu parágrafo 81º, a possibilidade de se realizar exame físico no acusado para determinar os fatos que são considerados importantes para o processo. Determina, ainda, o CPP alemão, que:

“A coleta de amostras de sangue e outras intervenções físicas realizadas por um médico, de acordo com as regras da ciência médica, para fins instrutórios, serão permitidas, mesmo sem o consentimento do acusado, desde que não haja motivos para se temer pela sua saúde”.<sup>44</sup>

Nesse diapasão, resta claro que o acusado tem o dever de colaborar com a produção de provas, podendo, em caso de recusa, proceder-se à execução forçada da medida, desde que não haja risco à integridade física do mesmo.

Deve-se atentar, no entanto, que o acusado não está obrigado a participar ativamente da produção das provas, mas tão somente a suportar tal procedimento passivamente. Assim, conforme tal entendimento, o acusado teria o dever de permitir a coleta de sangue, digitais, dentre outros, bem como de sujeitar-se ao reconhecimento pelas testemunhas, mas nunca estaria obrigado a fornecer – conduta ativa – documentos ou testemunhas que o incriminem.<sup>45</sup>

## 2.3 DIREITO ESPANHOL

A Constituição Espanhola, em seu Título I, referente aos direitos e deveres fundamentais, prevê no artigo 17.3 que “qualquer pessoa presa deve ser informada, imediatamente e de forma compreensível, de seus direitos e as razões da sua

---

<sup>44</sup> Tradução livre. No original: “Eine körperliche Untersuchung des Beschuldigten darf zur Feststellung von Tatsachen angeordnet werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Zu diesem Zweck sind Entnahmen von Blutproben und andere körperliche Eingriffe, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken vorgenommen werden, ohne Einwilligung des Beschuldigten zulässig, wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist”.

<sup>45</sup> DIAS NETO, T. *op. cit.*, p. 185.

prisión, não podendo ser obrigada a depor.”<sup>46</sup> Ainda, em seu artigo 24.2, assegura o direito a não se incriminar ou assumir a culpa.<sup>47</sup>

Por sua vez, o Tribunal Constitucional Espanhol tem entendimento consolidado no sentido de reconhecer a contitucionalidade da obtenção de provas para fins penais por meio de intervenções corporais no acusado, desde que ordenada por decisão judicial e não resulte em medida degradante. Além disso, deve ser observada a proporcionalidade do ato, ou seja, diante do caso concreto deverá ser observado, de um lado, o interesse público na persecução penal, e de outro, o sacrifício que será imposto aos direitos do acusado para realização da intervenção. Assim, sopesando-se os interesses envolvidos, diante do caso concreto, decidir-se-á qual deles deverá prevalecer.<sup>48</sup>

A lei orgânica 10/2007, em sua terceira disposição adicional, faz expressa menção à possibilidade de obtenção de provas por meio de inspeções, vistorias ou intervenções físicas, sem consentimento do acusado, desde que autorizada judicialmente.<sup>49</sup>

Destarte, também o ordenamento espanhol desconhece um direito irrestrito à não produção de provas contra si decorrente do direito ao silêncio.

---

<sup>46</sup> Tradução livre. No original: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar”.

<sup>47</sup> Assim dispõe o artigo 24.2 da Constituição espanhola: “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. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos” (destacamos).

<sup>48</sup> QUEIJO, M. E. *op. cit.*, p. 276.

<sup>49</sup> Assim dispõe a referida norma: “Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a del apartado 1 del artículo 3 [aquí fazendo referência a crimes considerados graves], la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

## 2.4 DIREITO PORTUGUÊS

No direito português, o reconhecimento do direito ao silêncio não impede que o acusado seja compelido judicialmente a colaborar com a produção de provas não verbais. Em outras palavras, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* não equivale a um direito genérico a não ser constrangido a produzir provas de toda e qualquer natureza contra si mesmo.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal português prevê no artigo 61, n. 3, d, que o acusado tem o dever de “sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente”. Ainda, o artigo 172, n. 1, do referido *Codex*, determina que “se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”.

Por sua vez, o Decreto-Lei n. 11/98, artigo 43, n. 1, estabelece que “ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este for necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que seja ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei de processo”.

## 2.5 DIREITO FRANCÊS

No direito francês admite-se a coleta coercitiva de material genético para fins de investigação penal. Nos crimes de trânsito, há o dever de colaboração do acusado em fornecer provas para comprovação da embriaguez; a recusa é punível com prisão de até dois anos e multa.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> QUEIJO, M. E. *op. cit.*, pp. 280-281.

## 2.6 DIREITO INGLÊS

Na Inglaterra faz-se distinção entre coleta de material genético invasiva e não invasiva. As não invasivas, entendidas como aquelas que se procedem externamente, superficialmente, ou na cavidade bucal, podem ser realizadas sem consentimento do acusado<sup>51</sup>. São exemplos de intervenções corporais não invasivas as coletas de células contidas na saliva e nos fios de cabelo.

Por sua vez, as coletas invasivas – sangue, sêmen, urina, entre outros – necessitam, sempre, da anuência do acusado. Proíbe-se, portanto, a coleta compulsória por via invasiva. Todavia, caso haja recusa em colaborar, desprovida de justificativa válida, tal fato poderá ser valorado negativamente ao acusado, em conjunto com os demais elementos probatórios.

Entende, assim, a doutrina inglesa, que o direito do acusado à negativa de sujeição a intervenções corporais invasivas não encontra respaldo no *privilege against self-incrimination* – prova disso é que a recusa poderá ser interpretada em seu prejuízo. Em verdade, o direito à intimidade e à saúde é que limitariam, conforme o caso, a obrigatoriedade de o acusado colaborar com provas que impliquem intervenção corporal.<sup>52</sup> Em outras palavras, o *privilege against self-incrimination* não abarca um direito genérico de não produção de provas do acusado contra si próprio.

## 2.7 DIREITO NORTE-AMERICANO

A Constituição dos Estados Unidos prevê, em sua Quinta Emenda, que “ninguém será compelido a testemunhar contra si mesmo em casos criminais”.

No emblemático precedente *Miranda v. Arizona* (1966), restou reconhecido o direito de o acusado permanecer calado, sem que o silêncio seja interpretado em seu desfavor. Além disso, reconheceu-se também o dever de se informar o acusado,

---

<sup>51</sup> TROIS NETO, P. M. C. *op. cit.*, pp. 90-91.

<sup>52</sup> ASHWORTH, Andrew, 1998, *apud* QUEIJO, M. E. *op. cit.*, pp. 301.

de forma clara e inequívoca, de seu direito a permanecer em silêncio,<sup>53</sup> sendo este um pré-requisito absoluto para seu interrogatório.<sup>54</sup>

Contudo, no que se refere especificamente à produção de provas que dependem da colaboração do acusado, o direito norte-americano, de modo semelhante ao inglês, não estende o *privilege against self-incrimination* à categoria de direito genérico à não produção de provas de toda e qualquer natureza. A Suprema Corte Americana, em diversas oportunidades, tem firmado entendimento no sentido de que a obrigatoriedade de cooperação não transgride o direito ao silêncio do acusado – diversos são os precedentes nesse sentido.

Em *Fisher v. US* (1976), entendeu a Suprema Corte Americana que

“É incontroverso que a Quinta Emenda não proíbe a produção compulsória de todo e qualquer tipo de prova incriminatória, mas se aplica somente nos casos em que o acusado é compelido a fazer uma comunicação testemunhal que é incriminatória. Temos, nesse sentido, nos recusado a estender a proteção do privilégio para a doação de amostras de sangue, para a doação de exemplares de escrita, exemplares de voz, ou [a compelir o acusado] a vestir uma blusa usada pelo agressor”.<sup>55</sup>

A partir dos excertos, infere-se que o *privilege against self-incrimination* tão somente protege o acusado contra a produção compulsória de provas de natureza testemunhal, as quais exigem que o acusado expresse, revele, o conteúdo de seus pensamentos. A produção de provas de natureza diversa, que necessitem da colaboração do acusado – tais como coleta de sangue, saliva, material grafotécnico, etc. –, quando muito, pode vir a ser tutelada pelo direito à privacidade e à saúde do acusado, mas não está abarcada pelo *privilege*.

Nesse mesmo sentido, em *Holt v. US* (1910), a Suprema Corte se pronunciou no sentido de que:

<sup>53</sup> “At the outset, if a person in custody is to be subjected to interrogation, he must first be informed in clear and [384 U.S. 436, 468] unequivocal terms that he has the right to remain silent”. *Miranda v. Arizona* (1966). Disponível em <<http://thisnation.com/library/miranda.html>>. Acesso em 14/11/2011.

<sup>54</sup> “As with the warnings of the right to remain silent and that anything stated can be used in evidence against him, this warning is an absolute prerequisite to interrogation”. *Miranda v. Arizona* (1966). Disponível em <<http://thisnation.com/library/miranda.html>>. Acesso em 14/11/2011.

<sup>55</sup> Tradução livre. No original: “It is also clear that the Fifth Amendment does not independently proscribe the compelled production of every sort of incriminating evidence, but applies only when the accused is compelled to make a testimonial communication that is incriminating. We have, accordingly, declined to extend the protection of the privilege to the giving of blood samples, to the giving of handwriting exemplars, voice exemplars, or the donning of a blouse worn by the perpetrator”. Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=425&invol=391>>. Acesso em 14/11/2011.

“[...] a proibição de se compelir um homem em um tribunal criminal a ser testemunha contra si mesmo é a proibição do uso de violência física ou moral para extorquir as provas comunicativas dele, e não uma exclusão de seu corpo, enquanto matéria, como prova. A objeção em questão proibiria um júri de olhar para um prisioneiro e comparar suas características com uma fotografia do criminoso”.<sup>56</sup>

Ainda, em *Doe v. US* (1988), mais um caso emblemático, decidiu-se que a exigência de que o acusado autorizasse bancos a fornecer dados de eventuais contas suas no exterior não violaria o *privilege against self-incrimination*, desde que não se exigisse também que o acusado reconhecesse a existência de tais contas. O raciocínio, mais uma vez, é o de que não se exigiu do acusado revelar qualquer conhecimento íntimo seu, em outras palavras, não se constrangeu o suspeito a revelar o conteúdo de sua mente, inexistindo, portanto, violação ao *privilege*.<sup>57</sup>

Assim sendo, no direito norte-americano, a cláusula contra a autoincriminação apenas isenta o acusado de “falar sobre sua culpa”, relevando qualquer conhecimento que possa ter, não estando, portanto, desobrigado a fornecer amostras de sangue, material grafotécnico, amostras de voz, a participar em diligência de reconhecimento ou a colaborar com a produção de qualquer outra prova, desde que, para tanto, não se exija uma comunicação de natureza testemunhal incriminatória.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Tradução livre. No original: “the prohibition of compelling a man in a criminal court to be witness against himself is a prohibition of the use of physical or moral compulsion to extort communications from him, not an exclusion of his body as evidence when it may be material. The objection in principle would forbid a jury to look at a prisoner and compare his features with a photograph in proof”. Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/218/245/case.html>>. Acesso em 14/01/2011.

<sup>57</sup> MORO, S. F. *op. cit.*, pp. 435-436.

<sup>58</sup> Nesse sentido, em *Doe v. US* (1988) assim concluiu a Suprema Corte Americana: “This understanding is perhaps most clearly revealed in those cases in which the Court has held that certain acts, though incriminating, are not within the privilege. Thus, a suspect may be compelled to furnish a blood sample, *Schmerber v. California*, 384 U.S. at 384 U. S. 765; to provide a handwriting exemplar, *Gilbert v. California*, 388 U.S. at 388 U. S. 266-267, or a voice exemplar, *United States v. Dionisio*, 410 U. S. 1, 410 U. S. 7 (1973); to stand in a lineup, *United States v. Wade*, 388 U.S. at 388 U. S. 221-222; and to wear particular clothing, *Holt v. United States*, 218 U. S. 245, 218 U. S. 252-253 (1910). These decisions are grounded on the proposition that “the privilege protects an accused only from being compelled to testify against himself, or otherwise provide the State with evidence of a testimonial or communicative nature.” *Schmerber*, 384 U.S. at 384 U. S. 761. The Court accordingly held that the privilege was not implicated in each of those cases, because the suspect was not required “to disclose any knowledge he might have,” or “to speak his guilt,” *Wade*, 388 U.S. at 388 U. S. 222-223. See *Dionisio*, 410 U.S. at 410 U. S. 7; *Gilbert*, 388 U.S. at 388 U. S. 266-267. It is the “extortion of information from the accused,” *Couch v. United States*, 409 U.S. at 409 U. S. 328, the attempt to force him “to disclose the contents of his own mind,” *Curcio v. United States*, 354 U. S. 118, 354 U. S. 128 (1957), that implicates the Self-Incrimination Clause. See also *Kastigar v. United States*, 406 U. S. 441, 406 U. S. 445 (1972) (the privilege “protects against any disclosures that the witness

## 2.8 CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS

Em *Saunders v. The United Kingdom* (1997), a Corte Europeia de Direitos Humanos revelou entendimento no sentido de que o direito ao silêncio não se confunde com um direito genérico de não produção de provas contra si mesmo:

“O direito de não se incriminar, no entanto, refere-se ao respeito da vontade de uma pessoa acusada de permanecer em silêncio [...], não se estendendo aos casos em que o material probatório pode ser obtido a partir do acusado através do uso de meios coercivos, mas que tem uma existência independente da vontade do suspeito, como, *inter alia*, a respiração, sangue e urina e os tecidos corporais para fins de testes de DNA”.<sup>59</sup>

Ainda:

“[...] a ampliação do privilégio contra a auto-incriminação pode ser restringida por lei, a fim de proteger os legítimos interesses da comunidade. É, em princípio, permitido à legislação nacional obrigar (categorias específicas de) suspeitos, através da ameaça de punição, a contribuir de forma passiva ou ativamente para a criação de provas, mesmo de provas decisivas, contra si mesmos. Suspeitos podem ser compelidos a permitir ou mesmo a cooperar na tomada de impressões digitais, de amostras de sangue para testes de álcool, na tomada de amostras de DNA do corpo para testes ou para soprar a fim de verificar se eles são motoristas embriagados”.<sup>60</sup>

---

reasonably believes could be used in a criminal prosecution or could lead to other evidence that might be so used)”. Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/487/201/case.html>>. Acesso em 14/11/2011.

<sup>59</sup> Tradução livre. No original: “The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, *inter alia*, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing”. Disponível em <<http://www.unhcr.org/refworld/topic,4565c22520,4565c25f263,3ae6b68010,0.html>>. Acesso em 20/11/2011.

<sup>60</sup> Tradução livre. No original: “the broader privilege against self-incrimination may be restricted by law in order to protect legitimate interests of the community. In my opinion it is, in principle, open to the national law to compel (specific categories of) suspects by threat of punishment to contribute passively or actively to the creation of evidence, even decisive evidence, against themselves. Suspects may be compelled to allow or even to co-operate in the taking of fingerprints, in the taking of blood for alcohol-tests, in the taking of bodily samples for DNA-tests or to blow in order to ascertain whether they are drunken drivers”. Disponível em <<http://www.unhcr.org/refworld/topic,4565c22520,4565c25f263,3ae6b68010,0.html>>. Acesso em 20/11/2011.

### 3. O DIREITO AO SILÊNCIO NO BRASIL

#### 3.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Em que pese o direito português – aplicado no Brasil até meados do século XIX – reconhecesse o direito ao silêncio do acusado, fato é que aqui era permitida e comum a prática de tortura no acusado da conduta delituosa, não havendo espaço, diante de tal quadro, ao direito ao silêncio.<sup>61</sup> Com efeito, entendendo o juiz provada a acusação, ou ainda em caso de forte presunção de culpabilidade, poderia submeter o réu à tortura, objetivando extrair-lhe a confissão, à qual era dado grande valor processual.<sup>62</sup>

Somente em 1824, com a Constituição do Império, é que finalmente aboliu-se a prática de sujeição do réu a tormentos.<sup>63</sup> Estabelecia a referida Carta, em seu artigo 179, parágrafo 19, a abolição de açoites, de torturas, de marcas de ferro quente, bem como de todas as outras penas cruéis.<sup>64</sup>

O Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832, não previu o direito de o acusado recusar-se a depor contra si, contudo, nesta época, em que já se propagavam os ideais iluministas no país, entendia a doutrina pela impossibilidade de se exigir que o acusado prestasse juramento, bem como reconhecia seu direito de negar-se a responder as perguntas que lhe eram inquiridas, sendo, ainda, inadmissível que o silêncio fosse tido como confissão.<sup>65</sup>

Ainda na Constituição republicana de 1891 não se reconheceu expressamente o direito ao silêncio do acusado, tendo sido apenas estabelecido, de forma genérica, a garantia à plena defesa, com todos os recursos a ela essenciais,<sup>66</sup>

---

<sup>61</sup> COUCEIRO, J. C. *op. cit.*, p. 99.

<sup>62</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 53 e 81.

<sup>63</sup> Conforme ensina Pierangelli, “tormentos eram perguntas judiciais feitas ao réu de crimes graves a fim de compeli-lo a dizer a verdade por meio de torturas”. PIERANGELLI, *ibidem*, p. 64.

<sup>64</sup> PIERANGELLI, *ibidem*, p. 90.

<sup>65</sup> COUCEIRO, *op. cit.*, pp. 104-107.

<sup>66</sup> Assim dispunha a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, em seu artigo 76, parágrafo 16: “Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)§ 16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os

ficando a cargo da doutrina o reconhecimento do direito ao silêncio – entendido como a proscrição da inquirição forçada e da submissão do acusado ao juramento.

Com o advento do Código de Processo Penal de 1941, o direito ao silêncio do acusado foi expressamente reconhecido em nosso ordenamento, podendo, no entanto, o silêncio do imputado ser interpretado em seu desfavor.<sup>67</sup>

Mister ressaltar, no que se refere às provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção, que o CPC de 1941 expressamente afastou eventual interpretação no sentido de ampliar-se o direito ao silêncio à categoria de direito genérico de não produção de provas contra si mesmo. A esse respeito, dispunha o Código de Processo Penal então vigente: “Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte: (...) 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”. Ainda, nesse diapasão: “Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”.

Finalmente, a nova Constituição, de 1988, dispôs em seu art. 5º, inciso LXIII, que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

O artigo 186, *caput*, do Código de Processo Penal, por sua vez, com a nova redação dada pela Lei nº. 10.792, de 01/12/2003, assim passou a determinar: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”. Ainda, o parágrafo único do mesmo artigo passou a assim prever: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Entretanto, a Lei nº. 10.792, de forma contraditória, não alterou a redação do artigo 198, do CPP, o qual dispõe que “o silêncio do acusado não importará

---

recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas”.

<sup>67</sup> Assim estabelecia o Código de Processo Penal de 1941: “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (...) Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.”

confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”.

Conforme se vê, nosso ordenamento garante expressamente ao acusado o direito de permanecer calado, bem como o de não responder perguntas que lhe forem formuladas, ou seja, protege-o contra a produção compulsória de provas de natureza comunicativa, que exijam a revelação do conteúdo de seus pensamentos. Silencia, contudo, no que diz respeito a um suposto direito genérico do acusado de não produção de provas contra si mesmo.

### 3.2 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Inobstante a inexistência de previsão legal de um direito ao acusado de não produção de provas de toda e qualquer natureza contra si mesmo e, conforme visto, contrariamente ao que ocorre em grande parte dos tribunais estrangeiros, os tribunais superiores pátrios têm reconhecido ao acusado da prática delitiva direito de tal espécie, predominando uma visão excessivamente abrangente do direito ao silêncio.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, já se manifestou no sentido da impossibilidade de se exigir colaboração para a produção de provas por parte do acusado em processo criminal, ainda em se tratando de provas de natureza não comunicativa:

ALCANCE E CONTEÚDO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. - A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de persecução penal. O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir

elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.). Precedentes. - A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legítima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a “persecutio criminis” nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar. - O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional - além de não importar em confissão - jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa. Precedentes. (HC 99289, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 23/06/2009, Órgão Julgador: Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal).

Ainda, assim concluiu a Primeira Turma do STF no HC 77135:

Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido. (HC 77135, Relator: Min. Ilmar Galvão, Julgamento: 08/09/1998, Órgão Julgador: Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ementa).

Nesse mesmo sentido, pode-se citar, por fim, o HC 83096<sup>68</sup> e HC 64354<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> Nesta oportunidade, decidiu o STF que “o privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável”. (HC 83096, Relator: Min. Ellen Gracie, Julgamento: 18/11/2003, Órgão Julgador: Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ementa).

<sup>69</sup> HC 64354-SP, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 1º/07/1987, votação unânime.

Dessa forma, entende o STF que o direito ao silêncio compreende um direito mais amplo, o qual abrange o direito de não produção de provas ainda que de natureza não verbal, seja exigindo-se do acusado uma participação ativa ou passiva.

Nesse diapasão, ainda conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a recusa do acusado em colaborar para a produção de determinada prova não pode ser interpretada em seu desfavor.<sup>70</sup>

No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,<sup>71</sup> a qual, inclusive, interpreta de forma ainda mais extensiva o direito ao silêncio do acusado, estendendo-o ao âmbito administrativo,<sup>72</sup> e até mesmo já se chegando a considerar atípica a conduta de se atribuir falsa identidade (artigo 307 do Código Penal) perante autoridade policial com o intuito de ocultar antecedentes criminais, por entender tratar-se de hipótese de autodefesa, que estaria abarcada no direito ao silêncio do acusado:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. FALSA IDENTIDADE ATRIBUÍDA PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. ARTIGO 307 DO CP. EXERCÍCIO DE AUTODEFESA. OCORRÊNCIA. 2. ORDEM CONCEDIDA, COM RESSALVA DA RELATORA. 1. A conduta do acusado que, em interrogatório policial, atribui-se falsa identidade visa impedir o cerceamento da liberdade, e não ofender a fé pública, consistindo, assim, em exercício da autodefesa, ante ao princípio nemo tenetur se detegere, o qual consagra o direito do acusado de permanecer silente, não sendo compelido a produzir prova contra si mesmo. 2. Ordem concedida, com ressalva de entendimento da relatora. (HC 130309, Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Julgamento: 04/06/2009, Órgão Julgador: Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ementa).

<sup>70</sup> “Não se pode presumir que a embriaguez de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo: Precedentes”. (HC 93916, Relator: Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 10/06/2008, Órgão Julgador: Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ementa).

<sup>71</sup> “Nos termos do art. 5.º, inciso LXIII, da Carta Magna “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Tal regra, conforme jurisprudência dos Tribunais pátrios, deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova etc”. (HC 171389, Relator: Min. Laurita Vaz, Julgamento: 03/05/2011, Órgão Julgador: Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ementa).

<sup>72</sup> “Ocorre vício formal no processo administrativo disciplinar, por cerceamento de defesa, quando o servidor é obrigado a fazer prova contra si mesmo, implicando a possibilidade de invalidação da penalidade aplicada pelo Poder Judiciário, por meio de mandado de segurança”. (RMS 18017, Relator: Min. Paulo Medina, Julgamento: 09/06/2006, Órgão Julgador: Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ementa).

Ou seja, na ânsia de se conceder ao acusado da prática delituosa garantias processuais as mais vastas possíveis, ainda que com a pretensão de se garantir um julgamento justo, ao fazê-lo de forma acrítica, chegou-se ao ponto de se admitir até mesmo a prática de atos criminosos para se furtar à aplicação da lei penal, sob o pretexto de estar acobertado pelo direito ao silêncio.

Em suma, predomina na jurisprudência brasileira o entendimento de que não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para obrigá-lo a colaborar com a produção probatória, de toda e qualquer natureza; a recusa de cooperação não caracteriza crime de desobediência e nem dela se pode extrair inferências negativas ao réu, como presunção de culpabilidade.<sup>73</sup>

Tais posicionamentos de extremo alargamento do direito ao silêncio, com os quais discordamos, parecem, todavia, ignorar a origem e finalidade histórica do referido direito, bem com a vontade expressa do próprio Constituinte e o entendimento preponderante em termos de Direito Estrangeiro, conforme passar-se-á a discorrer.

---

<sup>73</sup> QUEIJO, M. E. *op. cit.*, p. 268.

## 4. DIREITO AO SILÊNCIO E PROVAS QUE DEPENDEM DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO PARA SUA PRODUÇÃO

### 4.1 INTRODUÇÃO

Analizados a origem histórica do direito ao silêncio, seu perfil no direito estrangeiro no que se refere especificamente à sua incidência nas provas que dependem da colaboração do acusado para sua produção, bem como a evolução legislativa do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e a atual jurisprudência brasileira acerca do tema, passa-se, finalmente, a se ponderar no que diz respeito à impossibilidade de se ampliar o direito ao silêncio à categoria de direito genérico de não produção de provas contra si mesmo.

### 4.2 BREVES NOÇÕES ACERCA DAS PROVAS CUJA PRODUÇÃO DEPENDE DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO

Há, no processo penal, diversas provas que dependem da colaboração do acusado para que sua produção seja viabilizada, seja esta uma cooperação ativa – fornecendo material grafotécnico, padrões vocais ou documentos, por exemplo – ou passiva – tolerando a coleta de amostras sanguíneas, fios de cabelo, saliva, entre outros.

Salta aos olhos o fato de que a viabilização da produção de tais provas mostra-se de suma importância para a devida solução de diversos casos criminais. Torna-se ainda mais relevante na medida em que o avanço tecnológico permite a elucidação de diversos crimes através de exames precisos e esclarecedores como o de DNA, o exame grafotécnico, a utilização do etilômetro para verificação de embriaguez em delitos de trânsito, entre outros. Além disso, diligências essenciais, como a acareação e o reconhecimento, também dependem da cooperação do acusado da prática delitiva.

Maria Elizabeth Queijo classifica as provas que dependem da colaboração do acusado para sua produção em: a) provas que implicam intervenção corporal no acusado; e b) provas cuja produção não depende de intervenção física no acusado.<sup>74</sup>

As provas que implicam intervenção corporal no acusado, por sua vez, podem ser invasivas ou não invasivas. Dentre as invasivas pode-se citar a coleta de sangue, o exame ginecológico, o exame do reto, etc. Já dentre as não invasivas estão os exames de matérias fecais, identificação datiloscópica, exames realizados através de fios de cabelo ou pêlos, dentre outros. A busca pessoal, por sua vez, pode ser feita através de meios invasivos ou não.

Dentre as provas cuja produção não depende de intervenção física no acusado, porém dependem de sua colaboração, estão as diligências de reconhecimento, de acareação, os exames grafotécnico e de padrões vocais, o uso do etilômetro, entre outros.

Inobstante a importância do emprego de tais meios para a busca da verdade real dos fatos dentro do processo penal e, conseqüentemente, de uma eficaz persecução penal, seu uso tem sido bastante limitado em virtude do entendimento predominante dos tribunais brasileiros de que o direito ao silêncio, consagrado pelo artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, abrangeria um direito genérico do acusado a não ser constrangido a produzir provas de toda e qualquer natureza contra si mesmo.<sup>75</sup>

Tal alargamento do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, entretanto, conforme se procurará demonstrar, além de desprovido de fundamentos convincentes, revela-se excessivamente prejudicial ao interesse público na persecução penal.

Deixe-se claro desde já, entretanto, que não se defende uma obrigação irrestrita do acusado em colaborar com a produção de provas não verbais. Tal obrigação, evidentemente, encontrará limitação, em determinadas ocasiões, no respeito aos direitos do acusado à saúde, intimidade e dignidade humana – mas nunca no direito ao silêncio.

---

<sup>74</sup> QUEIJO, M. E. *op. cit.*, p. 244 e 255.

<sup>75</sup> Vide ponto 3.2.

### 4.3 DA IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO EM DIREITO GENÉRICO DE NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS CONTRA SI

#### 4.3.1 Finalidade histórica do *nemo tenetur* e entendimento majoritário no direito estrangeiro

Conforme se constatou no ponto 1 deste trabalho, as raízes históricas do direito ao silêncio estão intrinsecamente ligadas ao direito de recusa do acusado a submeter-se a juramento em casos criminais. Com isso, buscava-se findar o constrangimento de submeter o acusado ao dilema de confessar-se diante de seus inquiridores, condenando-se, ou cometer o perjúrio e, assim, praticar grave pecado e condenar sua alma. Passou-se a entender, em vista disso, como antinatural a exigência de o acusado revelar informações íntimas suas – o conteúdo de sua mente – para sua própria condenação.

Nasceu o direito ao silêncio, portanto, com o intuito de garantir ao acusado o direito de não testemunhar contra si próprio, ou seja, garantir que não se exigisse dele uma comunicação de natureza testemunhal autoincriminatória.

A partir da análise histórica realizada, constatou-se que o *nemo tenetur se detegere* origina-se com o intuito de desobrigar o acusado da contumeliosa a testemunhar contra si próprio, conduta essa que, conforme se procurará demonstrar no ponto seguinte, não equivale à exigência de colaboração em provas não verbais, nas quais não ocorre violação ao conteúdo subjetivo íntimo do acusado, não obrigando-o a trair-se perante as autoridades.

Tal entendimento, conforme focado no ponto 2 – *o direito ao silêncio no direito estrangeiro* –, embora não venha sendo adotado nos Tribunais brasileiros, é apontado como prevalente em diversos tribunais estrangeiros.

Conforme visto, no direito estrangeiro não há referência usual a um direito genérico de não produção de provas contra si, mas sim, e tão somente, a um direito do acusado a permanecer calado, não respondendo perguntas que repute prejudiciais à sua defesa.

Com efeito, em diversos países democráticos de direito, cuja tradição é de respeito aos direitos e garantias fundamentais, prevalece o entendimento de que o direito ao silêncio não engloba um direito genérico de não produção de provas de toda e qualquer natureza ao acusado em processo criminal.

De fato, conforme demonstrado, no direito italiano, em determinados crimes, permite-se a coleta compulsória de material biológico. Da mesma forma, obriga-se o motorista suspeito de ingerir álcool a submeter-se ao teste do etilômetro ou fornecer material para exames de urina e sangue.

No direito alemão, o acusado tem o dever de colaborar passivamente com a produção de provas, podendo, em caso de recusa, proceder-se à execução forçada, salvo exista risco à integridade física do mesmo.

Até mesmo nos Estados Unidos, o entendimento é o de que o *privilege against self-incrimination*, tão caro ao direito norte-americano, não proíbe a produção compulsória de todo e qualquer tipo de prova incriminatória, aplicando-se tão somente nos casos de comunicação testemunhal auto-incriminatória.

Destacou-se, ainda, os posicionamentos da doutrina e jurisprudência espanhola, portuguesa, francesa e inglesa, todos no sentido de que o direito ao silêncio não importa em barreira intransponível à exigência de colaboração do acusado na produção probatória de natureza não testemunhal.

#### 4.3.2 Inexistência de base normativa expressa no ordenamento pátrio

De outro lado, ressaltou-se a histórica e atual inexistência de base normativa expressa no ordenamento pátrio para ampliar-se o direito ao silêncio à categoria de direito genérico do acusado à não produção de provas contra si mesmo.<sup>76</sup>

Hodiernamente, a Constituição Federal pátria prevê, em seu artigo 5º, inciso LXIII, que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de *permanecer*

---

<sup>76</sup> Vide ponto 3.1.

*calado*, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (destacamos).

Ora, caso fosse a vontade do constituinte garantir ao acusado o direito de não colaborar com a produção de provas de toda e qualquer natureza, em processo criminal, seria de se estranhar que tivesse deliberadamente optado pela expressão “permanecer calado”,<sup>77</sup> a qual abrange, de forma evidente, tão somente as provas incriminatórias de natureza verbal.

Sabe-se, contudo, que a norma constitucional não precisa ser interpretada de forma literal, possuindo eficácia potenciada.<sup>78</sup> No entanto, caso se pretenda ampliar o direito de permanecer calado em uma barreira genérica contra a produção de todo tipo de prova contra si, faz-se necessário cautela e “robustos argumentos jurídicos, históricos ou morais, não sendo suficiente, por evidente, a repetição de ‘palavras mágicas’”.<sup>79</sup>

Ademais, maximizar um direito fundamental não é o equivalente a criar um novo direito. De fato, o direito ao silêncio – entendido como o direito de não produzir provas de natureza testemunhal autoincriminatória – tutela o acusado contra a desumana obrigação de trair-se através de suas próprias palavras e conhecimentos de sua mente, resultando em sua condenação. Desestimula, ainda, a condenável prática de tortura.

Um suposto direito genérico à não produção de prova de qualquer natureza, ao contrário, não protege o acusado contra a obrigação de trair-se com seus próprios conhecimentos.

Explica-se: no caso das provas não verbais, o acusado nada revela de seus conhecimentos, portanto, não é compelido a trair-se perante seus acusadores, transformando-se, desumanamente, em seu próprio inquisidor. Pelo contrário; o que se exige apenas é que o acusado colabore com a instrução processual – em nome do interesse público na persecução penal – através da concessão de dados *materiais* que não revelam qualquer conteúdo de sua mente, exigem do acusado um

---

<sup>77</sup> MORO, S. F. *op. cit.*, pp. 432.

<sup>78</sup> Acerca do tema, Paulo Bonavides esclarece como sendo o entendimento segundo o qual “em caso de dúvida na esfera interpretativa, cabe preferência àquela mais apta a desdobrar com maior intensidade a eficácia jurídica do direito fundamental. O princípio completa-se teoricamente, por outro lado, com a interpretação restritiva das limitações porventura impostas aos direitos fundamentais”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 594-595.

<sup>79</sup> MORO, S. F. *op. cit.*, pp. 438.

mero comportamento de tolerância, mas que são relevantes para o deslinde do caso e que não poderiam ser obtidos sem a sua cooperação.

A compreensão da distinção entre exigir-se do acusado uma prova testemunhal auto-incriminatória e exigir que colabore na produção de provas não verbais é vital para não se tratar atos de natureza diversa como se equivalentes fossem.

#### 4.3.3 Não equivalência entre a exigência de colaboração na produção de provas verbais e na de provas não verbais

Defensores do alargamento do direito ao silêncio à categoria de direito genérico de não produção de provas auto-incriminatórias de toda e qualquer natureza contra si, em geral, argumentam que, sendo garantido ao imputado o direito de não produzir provas verbais que entenda prejudiciais contra si, não podendo, portanto, tal recusa ser interpretada em prejuízo à defesa, por decorrência lógica, “também a recusa em doar material para o exame pericial deve autorizar a mesma conclusão”.<sup>80</sup>

Demonstrar-se-á, todavia, à luz da Teoria Geral da Prova, que a exigência de colaboração do acusado na produção de provas não testemunhais, fornecendo dados materiais para a produção probatória – tais como fios de cabelo, material vocal ou amostras de sangue – não pode ser tratada como equivalente à exigência de colaboração na produção de prova testemunhal, fato esse que acarreta, conseqüentemente, a impossibilidade de se elevar o direito de permanecer silente à categoria de direito genérico à não produção de provas contra si mesmo.

As provas testemunhais, segundo a classificação das provas quanto ao sujeito, são provas pessoais, ou seja, pressupõem uma “afirmativa consciente destinada a mostrar a veracidade dos fatos afirmados”,<sup>81</sup> razão pela qual dependem,

---

<sup>80</sup> DOTTI, René Ariel. O exame de DNA e as garantias do acusado. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.), *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 279.

<sup>81</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007, p. 405.

necessariamente, da revelação do conteúdo pessoal, íntimo, dos conhecimentos da testemunha.

Do lado oposto estão as provas não testemunhais, classificadas como provas reais, que são aquelas “originadas dos vestígios deixados pelo crime”.<sup>82</sup> Não necessitam assim, da revelação de qualquer conteúdo íntimo subjetivo para serem produzidas; se aperfeiçoam através de dados materiais.

Eis a diferença essencial entre as provas verbais e as não verbais.

A exigência de colaboração na produção de provas não comunicativas não exige, portanto, a violação de conteúdo íntimo subjetivo do acusado, que é o que a Constituição pátria parece ter buscado tutelar ao garantir ao acusado o direito de permanecer calado.

Tal entendimento coincide com a finalidade histórica do *nemo tenetur se detegere*, qual seja, não submeter o acusado a juramento, de modo que não seja obrigado a responder perguntas que repute prejudiciais à sua defesa, desobrigando-o a trair-se através de seus próprios conhecimentos íntimos.

O ato de colaborar na produção de provas de natureza não verbal, nesse diapasão, não pode ser equiparado a compelir o acusado a confessar-se, falar sobre sua culpa, desvelando o conteúdo íntimo de seus pensamentos em prol de sua própria condenação. Trata-se de atos de natureza diversa e que, portanto, não devem ser tratados como se equivalentes fossem, quanto menos sem qualquer previsão normativa expressa que assim o determine.

Ademais, compelir o acusado a colaborar na produção de provas não comunicativas não retira qualquer credibilidade da prova produzida – um exame de DNA, por exemplo, não será menos confiável caso o sangue do examinado tenha sido coletado a seu contragosto – recíproca que não é verdadeira no caso de uma confissão obtida sob coação.

Nesse mesmo sentido é o entendimento da Suprema Corte Americana, quando, em precedente histórico, concluiu que:

“Não se pode cortar completamente a Quinta Emenda [a qual se refere ao direito do acusado de não ser testemunha contra si mesmo em casos criminais] das amarras de sua literalidade, e fazê-la servir como um protetor genérico da privacidade (...). Nós aderimos à visão de que a Quinta Emenda

---

<sup>82</sup> RANGEL, P. *op. cit.*, p. 405.

protege contra a auto-incriminação forçada, e não contra a divulgação de documentos confidenciais”.<sup>83</sup>

A distinção feita pela jurisprudência americana, e que aqui é defendida, é clara: a exigência de entrega de *dados materiais* (biológicos ou não) para fins probatórios não é vedada pela garantia de não testemunhar contra si em casos criminais. Em outras palavras, o direito ao silêncio não desobriga o acusado a colaborar com a produção de provas de natureza não verbal.

#### 4.3.4 Compatibilidade entre a exigência de colaboração na produção probatória e o sistema acusatório misto

Da mesma forma, não nos parece válido o argumento, recorrente, de que uma interpretação ampliativa do direito ao silêncio se justificaria pela adoção do sistema acusatório, e que uma interpretação restritiva acerca da questão significaria um retrocesso à época da Inquisição.<sup>84</sup> Tal argumentação é desconstruída pela simples constatação da doutrina majoritária<sup>85</sup> de que o Brasil não adota um sistema acusatório puro, e sim o acusatório misto.

---

<sup>83</sup> Tradução livre. No original: “We cannot cut the Fifth Amendment completely loose from the moorings of its language, and make it serve as a general protector of privacy - a word not mentioned in its text and a concept directly addressed in the Fourth Amendment. We adhere to the view that the Fifth Amendment protects against “compelled self-incrimination, not [the disclosure of] private information”. *Fisher v. US* (1976). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/425/391/case.html>>. Acesso em 14/11/2011.

<sup>84</sup> Aury Lopes Jr. afirma que “há que se abandonar o ranço inquisitório, em que o juiz (inquisidor) dispenha do corpo do herege, para dele extrair a verdade real... o acusado tem o direito de silêncio e de não submeter-se a qualquer ato probatório (...)”. LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 33.

<sup>85</sup> Nesse sentido, afirma Guilherme de Souza Nucci: “O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo, como veremos a seguir). Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. Por tal razão, seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense. Juizes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que estabelece as regras de funcionamento do sistema

Ademais, a simples exigência de colaboração do acusado na produção de provas não comunicativas não resultaria, por si só, como muitas vezes se quer fazer crer, em um regresso à época da Inquisição, ou a um retrocesso para um modelo puramente inquisitório. Isso simplesmente porque, historicamente, nunca se reconheceu tal direito genérico à não produção de provas de toda e qualquer natureza, e sim um direito de permanecer silente – e este último sim era ignorado à malfadada época. Trata-se de argumento falacioso que deve de plano ser rechaçado.

A colaboração do acusado na produção de provas não verbais, portanto, não pode ser repelida sob o argumento de violação do direito de permanecer calado, visto que o *nemo tenetur se detegere*, o direito ao silêncio, não se confunde com um direito genérico de não produção de provas de toda natureza contra si mesmo. Trata-se de direitos diversos e que têm por finalidade conceder ao acusado garantias de naturezas completamente diversas; a primeira delas constitucionalmente garantida, a segunda, conforme demonstrado, não.

---

e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto. É certo que muitos processualistas sustentam que o nosso sistema é o acusatório. Mas baseiam-se exclusivamente nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc.). Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.) Somente após, ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório. (...) Defender o contrário, classificando-o como acusatório é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção. Fosse o inquérito, como teoricamente se afirma, destinado unicamente para o órgão acusatório, visando a formação da sua opinião delict e não haveria de ser parte integrante dos autos do processo, permitindo-se ao magistrado que possa valer-se dele para a condenação de alguém” NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 104-105. No mesmo sentido, ver ainda PACHECO, Denílson Feitosa. *Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis*. 4ª Edição. Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 49; e RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007, p. 51.

#### 4.4 LIMITES À EXIGIBILIDADE DE COOPERAÇÃO DO ACUSADO NA PRODUÇÃO DE PROVAS DE NATUREZA NÃO VERBAL

##### 4.4.1 Direitos e garantias individuais do acusado: o direito à privacidade e à intangibilidade corporal

Superada a questão da possibilidade ou não de incidência do direito ao silêncio na questão de produção de provas não comunicativas, faz-se necessário analisar a possível existência de outros direitos do acusado que possam eventualmente vir a impossibilitar a defendida exigibilidade de cooperação do acusado na produção probatória não comunicativa.

Nesse sentido, deve-se reconhecer que a exigência de colaboração na produção probatória, bem como medidas investigatórias de uma maneira geral, afetam determinados direitos dos indivíduos sob investigação criminal.

Destarte, direitos fundamentais da pessoa humana podem vir a servir de óbice à obrigatoriedade de cooperação do acusado na produção de provas não testemunhais, em especial, os direitos à privacidade, à intangibilidade corporal e à saúde.

Por certo não se está aqui a defender a obrigatoriedade inafastável do acusado em participar de diligências probatórias, mesmo quando tal implique em flagrante desrespeito aos seus direitos e garantias individuais.

Assim, inegável que, em determinados casos, a violação a tais direitos individuais do acusado pode vir a sobrepujar o interesse público na persecução penal, de modo que vedada estaria a exigência de colaboração por parte do acusado.

Admite-se, portanto, que a exigibilidade de cooperação do acusado na produção de provas não verbais no processo penal pode ser obstada à medida que violar desarrazoadamente seus direitos fundamentais à privacidade e à intangibilidade corporal.

Entretanto, os direitos à privacidade, à intangibilidade corporal e à saúde do acusado compõem uma barreira meramente relativa, transponível, a ser verificada

caso a caso, à exigência de cooperação na produção probatória. Até mesmo porque, o que se observa é que grande parte das provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção não é considerada lesiva aos seus direitos fundamentais, ou tal lesividade é pífia,<sup>86</sup> conforme passaremos a analisar.

#### 4.4.2 Proporcionalidade e ponderação entre o interesse público na persecução penal e os interesses individuais do acusado

De um modo geral, os ordenamentos jurídicos reconhecem de forma pacífica o direito de o acusado permanecer calado, não estando obrigado a produzir prova comunicativa incriminatória em seu desfavor. Nesse mesmo sentido, Maria Elizabeth Queijo afirma que “a incidência do *nemo tenetur se detegere* no interrogatório, em geral, sedimentou-se”,<sup>87</sup> embora ressalve a existência de polêmica quanto à possibilidade de se extrair inferências negativas do silêncio do acusado, de modo a estimulá-lo a cooperar.

No entanto, no que concerne às provas não verbais que dependem da colaboração do acusado para sua produção, a questão mostra-se bastante polêmica, opondo, de forma veemente, de um lado, o interesse público<sup>88</sup> na persecução penal, o direito à prova<sup>89</sup> e a busca da verdade real,<sup>90</sup> e, de outro, os interesses individuais do acusado, com seus direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>86</sup> QUEIJO, M. E. *op. cit.*, p. 307

<sup>87</sup> QUEIJO, M. E. *op. cit.*, p. 241.

<sup>88</sup> Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, interesse público é o “interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelos simples fato de o serem”. MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 13ª edição, 2001, p. 59.

<sup>89</sup> Conforme ensinam Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho, o direito à prova está abarcado na garantia constitucional do devido processo legal, do contraditório e dos direitos de ação e defesa, tendo em vista que “o exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas”. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: RT, 7ª ed., 2001, pp. 122-126.

<sup>90</sup> Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, “(...) enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real (ou verdade material), como fundamento da sentença. A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se

Por certo, caso prevalecesse de forma absoluta o interesse individual do acusado, não se admitindo qualquer limitação aos seus direitos fundamentais, restaria impossibilitada uma persecução penal eficaz que atenda ao interesse público repressivo. Por outro lado, prevalecendo de modo ilimitado o interesse público na persecução penal, autorizado estaria todo tipo de abuso em nome da busca irrestrita pela verdade no processo penal. Tal quadro evidentemente não coadunaria com um Estado Democrático de Direito.<sup>91</sup>

Nenhum dos extremos, portanto, é o desejável, devendo-se buscar um modelo de equilíbrio em que ambos os interesses – público e individual – sejam devidamente respeitados.

Se, por um lado, o direito do acusado ao silêncio não pode servir de impedimento à exigência de cooperação na produção de provas não verbais no processo penal – vez que não deve ser ampliado à categoria de direito genérico à não produção de provas de toda natureza contra si mesmo –, de outro, os direitos à privacidade e à intangibilidade corporal do acusado certamente poderiam ser arguidos para se refutar a exigência de colaboração do acusado na produção probatória.

Sem dúvidas, medidas investigatórias criminais tendem a lesar o direito de privacidade do acusado. Da mesma forma, exigir a colaboração do acusado na produção probatória, em especial no caso das provas que implicam intervenção física, afetaria seu direito à intangibilidade corporal.

Entretanto, os direitos do acusado à privacidade e à intangibilidade corporal não podem servir de óbice absoluto à exigência de cooperação do acusado na produção de provas no processo penal, porquanto não se tratam de direitos absolutos, impassíveis de redução diante do choque com outros direitos constitucionalmente garantidos.

A esse respeito, são apropriados os seguintes comentários de Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho, segundo os quais:

“Os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição

---

baseiem em atos ou omissões das partes”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 22<sup>a</sup> ed., 2006, p. 71.

<sup>91</sup> QUEIJO, M. E. *op. cit.*, pp. 240-244.

resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos individuais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direitos, tanto os direitos como suas limitações”.<sup>92</sup>

Assim sendo, caso opte-se por sobrepor de forma absoluta os direitos fundamentais do acusado à privacidade e à intangibilidade corporal, estar-se-á, ao mesmo tempo, preterindo-se de forma acrítica e desarrazoada o interesse público repressivo, o direito à prova e à busca da verdade real.

Embora seja imprescindível a defesa dos direitos e garantias fundamentais do acusado, fazê-lo de forma absoluta e desproporcional pode ter consequências extremamente negativas à investigação e persecução penais e, conseqüentemente, à paz social, quanto mais em um cenário de crescente criminalidade organizada e impunidade.

Uma vez que não se está a lidar com direitos absolutos – nem no que se refere aos direitos fundamentais do acusado, tampouco quanto ao interesse público repressivo –, deverá o impasse, por certo, ser solucionado pela ponderação dos direitos envolvidos. Para tanto, recorre-se ao princípio da proporcionalidade.

Isso porque, segundo a abalizada lição de Paulo Bonavides, “situações concretas onde bens jurídicos, igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico, se acham em antinomia, têm revelado a importância do uso do princípio da proporcionalidade”, o qual objetiva “estabelecer, como diretiva procedimental, o processo de busca material da decisão, aplicado obviamente à solução de justiça no caso concreto e específico”, garantindo “aos bens jurídicos conflitantes uma eficácia ótima” e “possibilitando a justiça específica do caso particular e quebrantando, ao mesmo passo, o rigor das regras abstratas contidas na lei”.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *op. cit.*, pp. 112.

<sup>93</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 525-527.

O princípio da proporcionalidade, sob esse prisma, revela-se de extrema importância, vez que viabiliza a concretização da essência dos vários direitos fundamentais coexistentes.<sup>94</sup>

Se, de um lado, a exigência de colaboração do acusado na produção probatória afeta seu direito à privacidade e – no caso das provas que implicam intervenção corporal no acusado – à intangibilidade física; de outro, sua recusa em cooperar agride o interesse público na persecução penal, o direito à prova e à busca da verdade real.

Deve-se, entretanto, medir em que nível tais direitos serão violados caso o interesse contrário prevaleça.

Nesse sentido, não parece ser a opção mais razoável tutelar irrestritamente a intangibilidade física e a privacidade do acusado nos casos, não raros, em que o sacrifício desses direitos – necessário para a produção da prova – é simplesmente “risível”<sup>95</sup> diante da ponderação dos direitos envolvidos.

Sob essa perspectiva, deve prevalecer o interesse público na persecução penal, o direito à prova e à busca da verdade real quando a privacidade e a integridade física do acusado, ao submeter-se a produção probatória, forem afetadas de maneira insignificante, se comparado à lesão que seria causada ao interesse público no caso de não realização da prova.

Diligências como a coleta de sangue, de saliva, de pêlos e fios de cabelo, de padrões vocais, o uso do bafômetro, dentre muitas outras, afetam de forma ínfima a integridade física do acusado e sua privacidade, quanto mais se confrontado com o interesse público na elucidação do caso penal, e também se levando em conta a certeza que a prova pericial poderá proporcionar à decisão do magistrado.

Por outro lado, coerentemente, a recíproca deve ser verdadeira. Assim, caso a exigência de participação do acusado em diligência probatória gere risco de

---

<sup>94</sup> BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 102.

<sup>95</sup> No HC 71.373, o qual versava sobre a possibilidade de colheita compulsória de material biológico para fins de exame genético de investigação de paternidade, o Min. Francisco Rezek ponderou que “o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante (...). O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigador, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado”. (HC 71.373, Relator: Min. Francisco Rezek, Julgamento: 10/11/1994, Órgão Julgador: Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal).

grave lesão à sua integridade física, desproporcional seria dele exigir tal conduta submissiva. Igualmente, não prevalecerá o interesse público repressivo caso não haja indícios prévios de autoria e materialidade, não sendo tolerável, portanto, exigir que o acusado se submeta a diligências probatórias sem uma “causa provável” – as chamadas *fishing expeditions*. Ainda, nos crimes de menor potencial ofensivo e nos crimes de bagatela, o interesse público na persecução penal, diante da relativa insignificância do bem violado pelo delito, conseqüentemente se revelará de forma menos acentuada, o que significa que os direitos fundamentais do acusado, nesses casos, tenderão a prevalecer.<sup>96</sup>

Assim ocorrendo, a negativa do acusado em participar da produção probatória será legítima.

A ponderação, portanto, deverá ser feita caso a caso, conforme as especificidades do caso concreto.

Nesse diapasão, conclui-se que embora os direitos fundamentais do acusado à intimidade e à integridade corporal configurem, de fato, óbices à possibilidade de se exigir sua colaboração na produção de provas não verbais, tais obstáculos são meramente relativos, eis que passíveis de limitação diante dos demais interesses e direitos envolvidos no caso criminal, ponderação essa que será feita sob a luz do princípio da proporcionalidade, diante do caso concreto.

#### 4.5 CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS À RECUSA DO ACUSADO PARA COLABORAÇÃO NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA

Uma vez admitida a exigibilidade de cooperação do acusado na produção de provas não verbais, deve-se estabelecer quais sanções recairão sobre os acusados que se recusarem a colaborar, a fim de se possibilitar a aplicabilidade concreta de tal exigência.

Conforme visto, diversos são os ordenamentos estrangeiros que não admitem a incidência do direito ao silêncio na produção de provas não testemunhais.

---

<sup>96</sup> MORO, S. F. *op. cit.*, pp. 431.

Nesses ordenamentos, ora se admite a execução forçada de medidas que possibilitem a produção da prova perseguida contra o acusado que se recusa a consentir na produção probatória, ora se impõem sanções de natureza penal ao acusado, tal qual a incidência do crime de desobediência. Além desses, outro meio utilizado, mais frequentemente, consiste em atribuir valor probatório à recusa em sujeitar-se à produção da prova.<sup>97</sup>

No direito italiano, admite-se que o acusado seja conduzido coercitivamente para participar de diligências probatórias como o reconhecimento e a acareação. No que se refere à legislação de trânsito, no caso de recusa à verificação de possível estado de embriaguez do motorista, a lei italiana não permite a coleta compulsória de amostras de ar respirado, urina ou sangue, mas prevê a aplicação de sanções privativas de liberdade ou multa.<sup>98</sup>

Na França, a recusa do motorista a se submeter a testes de dosagem alcoólica é tipificada como crime no art. L 234-7 do Code de la Route, podendo o imputado ser punido com prisão e multa.<sup>99</sup>

Na Inglaterra, considera-se *offence* a negativa em oferecer amostra de ar respirado para o exame de embriaguez.<sup>100</sup> De maneira geral, o ordenamento inglês admite a produção compulsória de provas não invasivas.<sup>101</sup>

No ordenamento alemão, desde 1997 estão permitidos os exames de DNA em acusados com a finalidade de apuração da autoria delitiva.<sup>102</sup> Ademais, o Código de Processo Penal alemão prevê, em seu parágrafo 81º, a possibilidade de se realizar exames físicos no acusado, mesmo sem o seu consentimento, desde que não haja motivos para se temer pela sua saúde.

---

<sup>97</sup> QUEIJO, M. E. *op. cit.*, pp. 269.

<sup>98</sup> QUEIJO, M. E. *op. cit.*, p. 279-280.

<sup>99</sup> “I. - Le fait de refuser de se soumettre aux vérifications prévues par les articles L. 234-4 à L. 234-6 ou aux vérifications prévues par l'article L. 234-9 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 4 500 euros d'amende”. Tradução livre: I. - Recusando-se a submeter às verificações previstas nos artigos L. 234-4 a L. 234-6 ou às verificações previstas no artigo L. 234-9, é punido com dois anos de prisão e 4500 euros de multa.

<sup>100</sup> “A constable may arrest a person without warrant if the person fails to co-operate with a preliminary test in pursuance of a requirement imposed under section 6”. Tradução livre: Um policial pode prender uma pessoa sem mandado se a pessoa não cooperar com um teste preliminar em cumprimento de uma exigência imposta ao abrigo da secção 6. (Road Traffic Act, 1988, SEÇÃO 6D, 2(a).

<sup>101</sup> Vide ponto 2.6

<sup>102</sup> COUCEIRO, J. C.. *op. cit.*, p. 355.

Além destes, outros ordenamentos estrangeiros preveem consequências negativas ao acusado que se recusa a colaborar na produção probatória não verbal, conforme abordado no ponto 2 deste trabalho.

Partilhamos, todavia, do entendimento de João Cláudio Couceiro, quando afirma que “a negativa a se submeter à prática de exame deve implicar apenas em indício de culpabilidade (...) permitindo inferência contra o agente, para validamente embasar o decreto condenatório”.<sup>103</sup>

Isso porque, de um lado, a colheita compulsória do material necessário à produção da prova não verbal, em alguns casos – principalmente nas provas que implicam intervenção corporal no acusado – tenderá a encontrar óbices nos direitos fundamentais do acusado. Ademais, determinadas modalidades de provas que dependem da colaboração do acusado, tais como amostras de voz, de material grafotécnico, o uso do etilômetro, entre outros, são extremamente difíceis, se não impossíveis, de serem obtidas a contragosto do acusado, mesmo sob coerção, caso esse decida por não cooperar.

De outro lado, a imposição de sanções de natureza penal ao acusado que se recusa a colaborar, embora possa servir de forte elemento estimulador à cooperação, não solucionará satisfatoriamente os casos em que o acusado, mesmo sob pena de ser processado criminalmente, mantiver uma postura de não coadjuvação: a prova, muitas vezes essencial ao deslinde do caso penal continuará sem ser produzida e, ainda, um novo processo criminal – desnecessariamente, diga-se – deverá ser instaurado. Em outras palavras, cria-se mais um problema ao invés de apenas solucionar-se o impasse.

A possibilidade de extraírem-se inferências negativas ao imputado diante da negativa de cooperação, nesse sentido, apresenta-se como a solução ideal, vez que não corre o risco de colidir com direitos individuais do acusado, impossibilitando a realização da prova. Além disso, nos casos de insistência do acusado em não cooperar, o juiz passará a ter a seu dispor novos e importantes elementos de convicção para a elucidação do caso, em virtude da possibilidade de se interpretar a recusa do réu como indício de culpabilidade. Nesse sentido:

---

<sup>103</sup> COUCEIRO, J. C. *op. cit.*, p. 358.

“Este é o meio que parece mais adequado para a consecução de dois objetivos: de um lado, a máxima proteção dos direitos do imputado, impedindo-se que venha a ser convertido em mero objeto, e, de outro, a facilitação da consecução dos fins do processo penal, ou seja, a condenação do culpado e a absolvição do inocente. Quanto ao primeiro objetivo, configurada a submissão aos exames como ônus, o imputado gozará de certa margem de autonomia para poder decidir sua própria atuação e estratégia processual, de tal maneira que poderá, livre e conscientemente, escolher entre se submeter ao exame ou sofrer as consequências desfavoráveis de sua negativa, sem que, ante esta, seja submetido pela força, contra sua vontade, à realização de um ato que, além de tudo, é [poderá ser] invasivo de seus direitos fundamentais. Quanto ao segundo objetivo, tendo presentes as necessidades e problemas de uma investigação criminal, existem suficientes e relevantes interesses públicos em jogo para que a negativa injustificada do imputado em colaborar, quando esta colaboração for imprescindível, não possa se converter em uma forma de refúgio para a impunidade; assim, é preciso que o comportamento injustificadamente obstrucionista do sujeito passivo do processo tenha repercussão, manifestada pela valoração que o juiz poderá fazer de sua negativa”.<sup>104</sup>

Note-se, entretanto, que a recusa justificável – na qual a ponderação de valores entre direitos individuais e interesses públicos resulta em prevalência do primeiro em detrimento do último (vide ponto 4.4) – não poderá prejudicar o imputado, vez que a negativa em cooperar, nesse caso, será plenamente legítima.

---

<sup>104</sup> HUERTAS, M. Isabel, *apud* COUCEIRO, J. C. *op. cit.*, p. 358.

## CONCLUSÃO

O princípio da não autoincriminação tem suas raízes históricas associadas ao interrogatório do acusado e ao direito deste de recusa a submeter-se ao juramento, devido à desumanidade de sujeitá-lo ao dilema de confessar-se perante de seus algozes - condenando-se criminalmente - ou faltar com a verdade sob juramento – cometendo, assim, perjúrio e, conseqüentemente, condenando sua alma.

Nesse diapasão, infere-se que o direito ao silêncio foi concebido para garantir ao acusado o direito de não testemunhar contra si próprio sob juramento. Noutras palavras, surgiu como uma garantia no sentido de não se exigir dele uma comunicação de natureza testemunhal autoincriminatória.

Assim sendo, o direito ao silêncio, tal qual historicamente concebido – como direito a não confessar; direito a não produzir provas de natureza comunicativa autoincriminatória – não corresponde a um pretensio direito genérico à não produção de provas de toda e qualquer natureza contra si mesmo.

Nesse sentido, também no direito estrangeiro não há referência usual a um direito genérico de não produção de provas contra si, mas, tão somente, a um direito do acusado a permanecer calado, não respondendo perguntas que repute prejudiciais à sua defesa, sem que se possa extrair de tal postura inferências negativas ao acusado.

De fato, em países como Itália, Alemanha, Espanha, Portugal, França, Inglaterra e Estados Unidos não se reconhece a ampliação do direito ao silêncio à categoria de direito genérico do acusado a não ser constrangido a produzir provas de toda e qualquer natureza contra si mesmo.

Ademais, inexistente base normativa expressa no ordenamento pátrio para se interpretar o direito ao silêncio de tal forma, demasiadamente ampliativa. Com efeito, a Constituição Federal pátria prevê, em seu artigo 5º, inciso LXIII, tão somente que “o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de *permanecer calado*, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Assim, optou o constituinte, deliberadamente, pela expressão “permanecer calado”, a qual abarca, de forma clara, apenas as provas incriminatórias de natureza verbal.

De outro lado, não se pode equiparar a produção de provas incriminatórias de natureza verbal (provas pessoais), com a produção de provas de natureza não verbal (provas reais), vez que esta última, ao contrário da primeira, não pressupõe uma afirmativa consciente destinada a mostrar a veracidade dos fatos afirmados, aperfeiçoando-se através de dados meramente materiais.

Destarte, a exigência de colaboração na produção de provas não comunicativas prescinde da violação de conteúdo íntimo subjetivo do acusado. Dispensa-o, portanto, de discorrer sobre sua culpa, de trair-se com seu próprio conhecimento perante seus inquisidores.

Além disso, nas provas de natureza não comunicativa, a compulsoriedade de participação do acusado na produção probatória não retira qualquer credibilidade da prova produzida, o que não ocorre no caso de uma prova de natureza verbal obtida sob coação.

Conclui-se, assim, que o direito ao silêncio não pode servir de óbice à exigência de cooperação do acusado na produção de provas não verbais em processo criminal.

Entretanto, admite-se que tal exigência de colaboração na produção probatória possa vir a afetar determinados direitos dos indivíduos sob investigação criminal, em especial os direitos à privacidade, à intangibilidade corporal e à saúde.

Havendo contraposição entre os direitos individuais do acusado e o interesse público na persecução penal, deve-se ponderar tal conflito à luz do princípio da proporcionalidade, a fim de buscar-se um modelo equânime em que ambos os interesses – público e individual – sejam devidamente respeitados.

Dessa forma, o interesse público na persecução penal prevalecerá quando os direitos à privacidade, à intangibilidade corporal e à saúde do acusado – caso se submeta à produção probatória – forem violados de maneira insignificante, se comparado à lesão que seria causada ao interesse público se a prova não viesse a ser realizada.

De outro norte, se na ponderação de valores entre direito individual e interesse público resultar a prevalência dos direitos individuais do acusado, a recusa do imputado em participar da produção probatória será legítima, não se podendo, nesse caso, extrair inferências negativas de tal recusa.

Entretanto, caso o acusado furte-se a cooperar na produção de prova não comunicativa sem legítima justificativa (quando a ponderação de valores entre direitos individuais e interesses públicos resulta em prevalência do interesse público na persecução penal), tal recusa reverterá, como consequência processual, em indício de culpabilidade, possibilitando-se a extração de inferências negativas ao imputado diante de sua resistência em cooperar.

Isso porque a atribuição de valor probatório à recalcitrância do acusado em sujeitar-se à produção da prova não corre o risco de colidir com direitos individuais do imputado – como ocorreria caso se pretendesse proceder à execução forçada da produção probatória diante da recusa do acusado –, bem como disponibiliza ao juiz importantes elementos de convicção para a elucidação do caso, ao possibilitar a interpretação da recusa do réu como indício de culpabilidade – o que não aconteceria caso se optasse por cominar sanções de natureza penal ao acusado que se nega a colaborar.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 22ª ed., 2006.

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

DIAS NETO, Theodomiro. *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*, in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v.5, n. 19, p. 186.

DOTTI, René Ariel. O exame de DNA e as garantias do acusado. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.), *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 279.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: RT, 7ª ed., 2001.

HELMHOLZ, R. H. (org.). *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 13ª edição, 2001.

MORO, Sérgio Fernando. *Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais*, in **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, vol. 853, novembro de 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 10ª edição, 2008.

PACHECO, Denílson Feitosa. *Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis*. 4ª Edição. Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 49; e RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru-SP: Jalovi, 1983.

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

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

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

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.