
A GARANTIA CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO E A PRODUÇÃO DE PROVAS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

*THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION AND THE PRODUCTION
OF EVIDENCE IN BRAZIL AND IN THE UNITED STATES*

*Carla Dias Caldas de Moraes
Procuradora da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: 1 A origem da garantia contra a auto-incriminação no direito norte-americano; 2 A garantia contra a auto-incriminação no Brasil; 3 A garantia contra a auto-incriminação e a produção de provas; 4 A redução do âmbito da garantia no direito brasileiro; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A garantia contra a auto-incriminação está presente no ordenamento jurídico de grande parte dos países de regime democrático. Há, contudo, diferenças substanciais na interpretação que cada sistema jurídico dá a essa garantia fundamental. No presente artigo, após a digressão histórica das origens da garantia contra a auto-incriminação, serão analisadas as interpretações a ela dadas pela doutrina e jurisprudência nos direitos brasileiro e norte-americano, dando enfoque, ainda, ao aspecto relativo à possibilidade de colaboração forçada do acusado na produção de provas que possam incriminá-lo, bem como à admissão de tais provas em juízo e às consequências da recusa. Ao final, será elaborada crítica à visão extensiva da garantia contra a auto-incriminação na doutrina e jurisprudência brasileiras no que tange à participação do acusado na produção de provas, à luz do sistema jurídico norte-americano.

PALAVRAS-CHAVE: Garantia contra a auto-incriminação. Quinta emenda. Interrogatório. Produção de provas. Direito norte-americano. Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

ABSTRACT: The privilege against self-incrimination is part of the legal system in most of the democratic countries. However, there are substantial differences in the interpretation of the privilege in each legal system. This essay initially examines the origins and evolution of the privilege against self-incrimination. Subsequently, it analyzes the scholars' and courts' views about the privilege in the Brazilian and the American legal systems, highlighting specially the issue related to the compelled participation of the accused in the production of evidence of guilt, as well as its admission into evidence at the trial and the consequences of the accused's refusal. The essay concludes with a critic to the broad interpretation given to the privilege by the Brazilian scholars and courts when it comes to the participation of the accused in the production of evidence.

KEYWORDS: Privilege against self-incrimination. Fifth Amendment. Interrogation. Production of evidence. American legal system. U. S. Supreme Court.

1 A ORIGEM DA GARANTIA CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO NO DIREITO NORTE-AMERICANO

A garantia contra a auto-incriminação, em sua acepção histórica, impede que qualquer pessoa acusada de um crime seja compelida a emitir declarações que possam incriminá-la. Tal garantia é amplamente considerada fundamental para a concreção da liberdade humana, fazendo parte da história do desenvolvimento dos direitos civis.

Há muito tempo o direito norte-americano conhece a garantia contra a auto-incriminação, mas tal regra não teve sempre o mesmo significado, nem efetividade prática.

Segundo os historiadores, a consagração da garantia decorreu da necessidade política de se verem superados os abusos perpetrados pelos regimes absolutistas no âmbito do processo penal. A confissão, considerada a “rainha das provas” no processo inquisitório, era perseguida pelas autoridades policiais e judiciárias sem limitações, vez que representava a principal forma de comprovar a culpa do acusado, em vista da escassez de outros meios de prova disponíveis na época.

Ademais, o acusado era obrigado a prestar juramento quando de sua inquirição, de forma que a mentira poderia ser punida com o crime de perjúrio.

Por tais motivos é que, em seu nascedouro, a garantia contra a auto-incriminação vinculava-se à importância de se vedar a extração forçada de declarações do imputado, bem como à proibição de interrogatórios sob juramento. As evidências históricas, contudo, mostram o quão hesitante, devagar e controvertido foi o desenvolvimento da garantia contra a auto-incriminação, até que se tornasse efetivamente parte do sistema jurídico de grande parte dos países democráticos. Apesar de ser considerada uma das bases do sistema da *common law*, a garantia, como a conhecemos hoje, é, na verdade, produto de uma visão relativamente recente.

Alguns aspectos da garantia contra a auto-incriminação existem desde a Antiguidade, tendo origem, segundo os pesquisadores, no direito canônico, mais especificamente na máxima latina *nemo tenetur prodere se ipsum* (variante do brocardo atualmente mais conhecido: *nemo tenetur se detegere*), atribuída a São João Crisóstomo, que a teria escrito em 407 d.C.¹ As palavras do santo proclamavam que nenhuma pessoa poderia ser compelida a trair a si mesma em público e tornaram-se “palavra

1 HELMHOLZ; R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p. 1.

de ordem” na história da proteção da liberdade humana, além de traço característico do sistema jurídico norte-americano.

Apesar de estar presente no direito inglês desde o século XVII, como herança do direito canônico, as regras do processo penal inglês tornaram praticamente impossível que a garantia contra a auto-incriminação fosse invocada pelos acusados. Essa impossibilidade resultou indiretamente do fato de que as regras da *common law* não permitiam que os acusados fossem representados por um advogado. Sem assistência técnica, os acusados de um crime não tinham alternativa a não ser autodefender-se. Os imputados não precisavam prestar juramento² e podiam falar amplamente em sua própria defesa. Se não falassem, contudo, ninguém falaria por eles. Assim, diante de tais circunstâncias, invocar a garantia contra a auto-incriminação equivalia a renunciar ao direito de defesa. Sem a ativa participação de advogados na persecução penal, a garantia tinha consequências práticas extremamente limitadas.

Esse modelo de administração da justiça penal, no qual os acusados eram impedidos de fazer-se representar por advogado, foi reproduzido nas Treze Colônias britânicas na América, que viriam, mais tarde, a tornar-se os Estados Unidos. As práticas e os institutos oriundos da metrópole, contudo, adaptaram-se às condições pré-existentes na colônia.

Assim é que a autodefesa praticada pelo acusado, que era impedido de ser representado por advogado, bem como a aplicação da “jurisdição sumária”, atenderam às necessidades de ordem pública da colônia.

No que tange ao impedimento de representação por advogado, considerando que o acusado não tinha recursos técnicos para fazer frente à acusação, o trabalho dos promotores tornava-se mais fácil, o que possibilitava que cuidassem de um número maior de processos, solucionando o problema de escassez de profissionais do direito na colônia. Já a aplicação da “jurisdição sumária” – que consistia em um procedimento penal mais célere, que não respeitava as garantias mínimas do acusado ao devido processo legal e, em regra, o sentenciava a uma pena corporal – veio solucionar os problemas do alto custo de manutenção das cadeias – onde os acusados esperavam o julgamento, já que, em regra, não tinham condições financeiras para pagar a fiança – e da dificuldade de levar os tribunais comuns a todos os cantos da colônia.

Nesse ponto, surge o aparente paradoxo da história da garantia contra a auto-incriminação: por que os Estados Unidos da América, que, durante a sua era colonial, impediram os acusados de serem representados por advogado e intensificaram a utilização da “jurisdição

2 Uma lei editada em 1640 deu fim à prática de interrogar os acusados sob juramento nas cortes inglesas.

sumária” por razões econômicas, incluíram em seu texto constitucional a garantia contra a auto-incriminação no processo penal ainda no século XVIII, logo após sua separação da metrópole?

O processo de independência das Treze Colônias britânicas, que culminou com a declaração de independência de 4 de julho de 1776, colocou em cheque a tendência centralizadora das autoridades britânicas. Assim, no processo de separar-se da metrópole, as colônias norte-americanas redigiram constituições que reafirmavam – como leis fundamentais, ou seja, imunes a alterações legislativas – institutos que protegiam contra inovações tirânicas no sistema criminal.

Nesse rumo, a Declaração de Direitos da Virgínia (*Virginia Bill of Rights*), aprovada em 12 de junho de 1776 – antes mesmo da declaração de independência das Treze Colônias –, já previa a garantia contra a não auto-incriminação, servindo de modelo de declaração de direitos para as constituições elaboradas por diversas outras ex-colônias:

Em todas as persecuções capitais ou criminais, o homem tem o direito de demandar a causa e a natureza da acusação, a ser confrontado com os acusadores e testemunhas, a produzir provas em seu favor e a um processo célere diante de um júri imparcial composto por doze homens de sua região, não podendo ser considerado culpado sem o seu consentimento unânime; nem pode ser compelido a fornecer provas contra si mesmo; ninguém pode ser privado de sua liberdade, exceto pela lei da sua terra ou pelo julgamento de seus pares.³

A Constituição Federal norte-americana de 1787, diversamente da grande maioria das constituições elaboradas pelas ex-colônias que, mais tarde, se uniriam para formar o Estado Federal norte-americano, não adotou uma declaração de direitos (*bill of rights*). Contudo, a pressão popular nas ex-colônias, no momento da ratificação da Constituição Federal que as unificaria em um só país, gerou a propositura de uma emenda constitucional – a Quinta Emenda à Constituição Federal norte-americana –, contendo uma série de garantias relacionadas ao processo judicial, a qual foi aprovada em 1791 nos seguintes termos:

3 No original: “That in all capital or criminal prosecutions, a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty; nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty, except by the law of the land or the judgment of his peers.”

Nenhuma pessoa será responsabilizada por um crime capital ou infame, a menos que sob indiciamento ou processo perante o grande júri, exceto em casos de crimes militares ou milícia ou cometidos em tempo de guerra ou perigo público; nenhuma pessoa será sujeita a mais de um julgamento pelo mesmo fato; nem será compelida em um processo criminal a ser testemunha contra si mesma, nem ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; ninguém será privado de sua propriedade para uso público sem a devida indenização.⁴

Deve-se observar, portanto, que a garantia contra a auto-incriminação, em sua origem, restringia-se à proibição do uso da tortura e de outras formas coercitivas para obter a confissão do interrogado. Assim, de início, a garantia não se vinculou ao exercício da defesa no processo, o que só veio a ocorrer quando os advogados passaram a ter atuação ativa nos processos criminais, a partir do século XIX. A garantia contra a auto-incriminação, mais do que oferecer uma estratégia de defesa, buscava proteger a integridade física e mental do acusado, finalidade que, até hoje, se justifica.

2 A GARANTIA CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO NO BRASIL.

A garantia contra a auto-incriminação, a exemplo do que ocorre na maioria dos países de regime democrático, está inserida no ordenamento jurídico pátrio e, segundo a doutrina dominante, não só permite que o acusado permaneça silente durante toda a investigação policial e em juízo, como também impede que seja compelido a produzir ou a colaborar com a produção de prova contrária a seus interesses.

É importante observar que a cláusula *nemo tenetur se detegere* não configura um direito, mas uma garantia, vez que não representa, por si só, um bem jurídico a ser protegido. Ao contrário, ele se mostra como um eficiente instrumento de proteção a bens jurídicos como a liberdade, dignidade e integridades física, psíquica e moral, sendo o silêncio uma de suas formas de expressão. Nesse sentido, é a lição de Marcelo Schirmer Albuquerque:

⁴ No original: “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.”

Nascida para resguardar o sujeito contra violações à sua incolumidade física e moral ou às suas liberdade e dignidade, evidente que a garantia de não auto-incriminação não existe a não ser para a proteção de direitos fundamentais, ou seja, em função deles. Em síntese, a não auto-incriminação não é um fim em si mesmo, mas, fundamentalmente, um meio de proteção de verdadeiros direitos fundamentais.⁵

O direito ao silêncio, reconhecido por muito doutrinadores como expressão da garantia contra a auto-incriminação⁶, foi elevado à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 5º, inciso LXIII, dispõe que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Essa garantia constitucional foi incorporada do direito norte-americano, que, como visto, a prevê na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, onde se lê que nenhuma pessoa “será compelida em qualquer caso criminal a ser uma testemunha contra si mesma”.

A consagração da garantia contra a auto-incriminação, assim como todo o rol de direitos e garantias fundamentais incluído na Constituição Federal de 1988, surgiu como reação à quase completa suspensão de direitos ocorrida durante o período da ditadura militar no Brasil, principalmente após a decretação do Ato Institucional nº 5. Nesse período, a tortura e o tratamento desumano dos acusados, a fim de levar à confissão, tornaram-se práticas institucionalizadas.

Além de estar presente no texto constitucional, a garantia do *nemo tenetur se detegere* foi consagrada no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, incorporada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992:

Artigo 8. Garantias judiciais

2.Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante

5 ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 36.

6 Marcelo Schirmer Albuquerque, por sua vez, entende que não há, “entre a garantia de não auto-incriminação e o direito ao silêncio, uma relação de gênero-espécie. Na verdade, existe um único instituto, qual seja a garantia de não auto-incriminação, sendo o silêncio reconhecido apenas como uma forma de exercitar a garantia plenamente”. ALBUQUERQUE, op. cit., p. 3, nota 5.

o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

g. direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;”

Antes mesmo de ser consagrada como direito fundamental do acusado pela Constituição Federal de 1988, a garantia contra a auto-incriminação já podia ser considerada presente na ordem jurídica brasileira, como decorrência da conjugação dos princípios constitucionais do devido processo legal, da presunção de inocência e do processo acusatório. Segundo o doutrinador Guilherme Nucci, se o indivíduo é inocente até que se prove sua culpa, possuindo direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como de permanecer em silêncio sem que isso lhe traga prejuízo, é perfeitamente claro que não está obrigado a produzir prova contra si mesmo.⁷

A garantia constitucional da não auto-incriminação provocou a revogação de alguns artigos do vetusto Código de Processo Penal, em vigor desde 3 de outubro de 1941, em razão de sua absoluta incompatibilidade.

O art. 186 da mencionada lei processual, que previa a possibilidade de o silêncio do réu ser interpretado em prejuízo de sua defesa⁸, já de constitucionalidade duvidosa diante dos princípios da presunção de inocência e da ampla defesa, não subsistiu após o advento do texto constitucional de 1988, vez que não se pode atribuir sanção ao acusado por estar no exercício de direito assegurado em lei. A Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, tardiamente alterou a redação do referido artigo para adequá-lo à nova ordem constitucional:

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.

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

8 O art. 186 do Código de Processo Penal tinha a seguinte redação: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Também o art. 198 do Código de Processo Penal, que dispõe que “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”, deve ser considerado revogado, já que não se compatibiliza com o princípio da não auto-incriminação, previsto na Constituição Federal de 1988, nem com a nova redação dada ao art. 186 do Código de Processo Penal pela Lei nº 10.792/2003. Se o direito do acusado de permanecer em silêncio foi consagrado entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, não seria razoável admitir que do silêncio pudessem ser extraídas consequências a ele desfavoráveis.

Por sua vez, o art. 260 do Código de Processo Penal, que determina a condução coercitiva do acusado que não atender à intimação para o interrogatório, deve ser considerado parcialmente revogado, por manifesta incompatibilidade com o direito ao silêncio. Sendo o interrogatório meio de defesa, o réu a ele pode renunciar, já que não é obrigado a prestar qualquer informação, nem tem compromisso em falar a verdade. Dessa forma, não pode ser forçado, por meio de condução coercitiva, a apresentar-se à autoridade judicial.

Além de não poder ser compelido a prestar qualquer informação no interrogatório, o princípio da não auto-incriminação garante ao acusado a prerrogativa de negar, ainda que falsamente, a prática da infração. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello:

Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. *The right to remain silent* – consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 486) – insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de negar, *ainda que falsamente*, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática do ilícito penal.⁹

A informação do acusado quanto ao seu direito de permanecer calado no momento de sua prisão – também presente no direito norte-americano, sob o nome “*Miranda rules*” –, que está prevista

9 HC 68.929/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22/10/1991 (grifos no original).

expressamente no texto do art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988, é imprescindível para que a garantia contra a auto-incriminação tenha eficácia real. Assim, a falta de advertência do acusado quanto ao seu direito ao silêncio torna ilícita a prova que ele fornecer contra si mesmo. Nesse sentido, é a lição de Aury Lopes Jr.:

O direito de calar também estipula um novo dever para a autoridade policial ou judicial que realiza o interrogatório: o de advertir o sujeito passivo de que não está obrigado a responder as perguntas que lhe forem feitas. Se calar constitui um direito do imputado e ele tem de ser informado do alcance de suas garantias, passa a existir o correspondente dever do órgão estatal a que assim o informe, sob pena de nulidade do ato por violação de uma garantia constitucional.¹⁰

Já decidiu nesse sentido o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

Elevando aí o *nemo tenetur se detegere* à alçada de garantia fundamental – além da inconstitucionalidade superveniente, consensualmente admitida, da parte final do art. 186 C. Pr. Pen. –, a Constituição – na linha da construção da jurisprudência americana, a partir dos famosos casos *Escobedo vs Illinois* (378 U.S. 478 – 1964) e *Miranda vs Arizona* (384 U.S. 436 – 1969) – impõe ao inquiridor, na polícia ou em juízo, o dever de advertência ao interrogado de seu *privilegio contra a auto-incriminação*.

A falta de advertência – e, como é óbvio, da sua *documentação formal* – faz *ilícita* a prova que, contra si mesmo, forneça o acusado, ainda quando observadas as formalidades procedimentais do interrogatório.¹¹

3 A GARANTIA CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO E A PRODUÇÃO DE PROVAS

Como uma resposta aos abusos perpetrados pelo Estado durante a ditadura militar instituída após o golpe de 1964, a doutrina brasileira, em sua maioria, adotou uma interpretação extensiva para a garantia contra a auto-incriminação. Segundo ela, tal garantia não só impede que o acusado seja obrigado a depor contra si, podendo manter-se silente durante toda a investigação policial e em juízo, como também que seja compelido a produzir

10 LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 623.

11 HC 80.949/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 30/10/2001 (grifos no original).

ou a colaborar com a produção de prova contrária a seus interesses. A garantia contra a auto-incriminação é vista, então, no direito pátrio, como uma medida assecuratória contra a atuação probatória do Estado.

Destarte, de acordo com a visão de grande parte dos juristas brasileiros, a garantia contra a auto-incriminação impede que o sujeito passivo seja compelido a emitir qualquer declaração em seu interrogatório, bem como a colaborar com a produção de qualquer prova que possa ser usada contra ele no processo, tais como participar de acareações e reconstituições e fornecer material biológico e padrões gráficos para a realização de exames periciais.

Em relação ao fornecimento de padrões gráficos para realização de perícia no processo criminal, há decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a exigência de participação do acusado na produção dessa prova fere a garantia contra a auto-incriminação:

Ora, 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.

Compelir o indiciado à produção de prova constitui constrangimento ilegal, posto não ser ele testemunha, mas acusado em potencial. E, *nemo tenetur se accusare*.¹²

12 HC 77.135/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 08/09/1998 (grifos no original).

No que tange à aplicação da garantia contra a auto-incriminação ao interrogatório, parece não haver divergências na doutrina. Os juristas pátrios concordam que o direito ao silêncio, consagrado no texto constitucional, garante ao acusado a possibilidade de permanecer calado durante toda a investigação policial e o processo judicial, não podendo ser compelido, por qualquer meio, a se manifestar. É, ainda, largamente aceito que o sujeito passivo não tem o dever de falar a verdade, podendo negar, ainda que falsamente, a autoria do delito e faltar com a verdade nas suas respostas.

Vale observar, ainda, que essa garantia assiste também à testemunha, quando de suas declarações emergirem indícios de culpabilidade. Assim é que mesmo a pessoa não submetida à investigação também pode fazer uso da garantia constitucional, sempre que suas palavras possam vir a ser usadas contra si.

Em relação às demais atividades probatórias no processo penal, há grande debate quanto ao alcance da garantia contra a auto-incriminação, destacando-se duas correntes principais: aquela que adota uma interpretação extensiva da garantia, admitindo uma certa “imunidade” do acusado quanto à sua participação na atividade probatória; e aquela que interpreta a garantia constitucional de forma a não reconhecer a sua aplicação em relação a provas que dependam da colaboração do acusado.

A primeira corrente, que encontra respaldo em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, estende a garantia contra a auto-incriminação para além do direito ao silêncio na investigação e no interrogatório e da proibição de que o acusado seja compelido a fazer declarações que possam incriminá-lo. Ela interpreta a mencionada garantia para abranger a ideia de que o sujeito passivo não pode ser obrigado a participar, prestando qualquer forma de mínima colaboração, de uma atividade probatória cujo resultado lhe possa ser, eventualmente, prejudicial.

A outra interpretação recusa-se a reconhecer que a garantia contra a auto-incriminação concede ao sujeito passivo de uma investigação ou de um processo penal o direito de não participar da atividade probatória. Essa corrente reconhece a incidência do *nemo tenetur se detegere* no interrogatório e demais formas de inquirição do acusado, garantindo o seu direito ao silêncio, com todas as implicações daí decorrentes. Contudo, não concorda com a extensão da garantia à possibilidade de recusa do acusado à contribuição na produção de provas que lhe possam ser desfavoráveis, desde que a contribuição do acusado não moleste a sua dignidade e integridades física, psíquica e moral.

Nesse sentido, Marcelo Schirmer Albuquerque afirma que:

[A] garantia de não auto-incriminação, para coexistir com o princípio do contraditório, não pode ser usada como esquiwa à atuação dos órgãos de persecução penal, devendo ter seu âmbito de incidência limitado aos meios de prova em relação aos quais cumpra verdadeira função protetiva de direitos fundamentais ou pelo menos alguma função de cunho processual vinculada à noção basilar de contraditório.¹³

No direito norte-americano, a garantia contra a auto-incriminação não tem a extensão pretendida pela doutrina majoritária do direito brasileiro. O entendimento que tem prevalecido no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos da América é no sentido de que a garantia refere-se a manifestações testemunhais do acusado, não abrangendo, assim, outras fontes de prova.

A Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América atesta que ninguém será compelido, em um processo criminal, a testemunhar contra si mesmo, sendo certo que muitas decisões judiciais interpretaram essa cláusula de forma a estendê-la além do que suas palavras atestam. A garantia de não testemunhar contra si mesmo pode ser invocada não apenas por pessoas que estão sendo acusadas de uma conduta criminosa, mas também por aquelas que possam vir a ser acusadas no futuro. Ela se aplica a testemunhas da mesma forma que se aplica a réus. No regime jurídico norte-americano, a garantia se estende para além das cortes e da investigação policial, podendo ser invocada, por exemplo, por testemunhas interrogadas perante comissões parlamentares. Vale dizer, ainda, que a garantia contra a auto-incriminação alcança não só a proibição de fazer determinadas perguntas incriminadoras à testemunha: ela permite que qualquer acusado se recuse a testemunhar ou a comparecer ao interrogatório e, ainda, garante que ele não sofra qualquer consequência em razão dessa recusa.

Assim é que, no direito norte-americano, a cláusula *nemo tenetur se detegere* garante à pessoa o direito de se recusar a emitir declarações, responder perguntas ou testemunhar, sempre que essas ações possam incriminá-la. Assim como no Brasil, o silêncio do acusado não pode ser levado em consideração pelo júri em sua decisão.

Já no que tange à produção de provas que dependam da colaboração do acusado, tais como a coleta de impressões digitais e a extração de amostras de sangue ou outros materiais biológicos do acusado, não se reconhece, no direito norte-americano, a possibilidade de sua recusa.

13 ALBUQUERQUE, op. cit., pág. 52.

Tanto as cortes federais quanto as estaduais reconhecem, desde muito, um importante aspecto na aplicação da garantia: ela é um impedimento contra uma comunicação ou um testemunho obtido mediante coerção, mas não se estende para impedir que o acusado seja compelido a tornar-se fonte de prova. O *leading case* nesse sentido é o julgado *Holt v. United States*, proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1910, no qual o acusado alegou violação à garantia contra a auto-incriminação ao ter sido coagido a experimentar uma blusa, que supostamente pertencia ao autor de um homicídio. Nesse caso, o juiz Holmes afirmou que:

A proibição de compelir um homem em uma corte criminal a testemunhar contra si mesmo é uma proibição do uso de coerção física ou moral para extrair dele declarações, não a exclusão do seu corpo como evidência material. A objeção, em princípio, proibiria o júri de olhar para o prisioneiro e comparar suas feições com as de uma fotografia utilizada como prova.¹⁴

Destarte, a garantia contra a auto-incriminação no direito norte-americano aplica-se apenas para as declarações do acusado, não se estendendo para as demais provas que dependam da sua colaboração. Assim, o acusado pode ser compelido pela autoridade policial ou judiciária a andar, gesticular, fornecer padrões gráficos, repetir frases para identificação de voz, fornecer impressões digitais, entregar às autoridades itens de seu vestuário, etc, sem que tais atitudes sejam consideradas protegidas pela mencionada garantia.

A jurisprudência norte-americana admite, também, que a retirada de amostras de sangue do imputado, sem o seu consentimento, bem como a utilização do exame de sangue como prova em juízo, não viola a garantia contra a auto-incriminação. A decisão proferida no caso *Schmerber v. California* não deixa dúvidas ao afirmar que:

Nenhuma sombra de coerção para obter o testemunho ou comunicação forçada do acusado esteve envolvida na extração e na análise clínica. A capacidade de comunicação do petionário em nenhum momento esteve envolvida. Na verdade, a sua participação, exceto como doador, foi irrelevante para o resultado do teste, que

14 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." *Holt v. U.S.*, 218 U.S. 245 (1910), U. S. Supreme Court.

dependeu tão-somente da análise química. Já que o exame de sangue, ainda que seja uma prova incriminadora decorrente de coerção, não derivou do testemunho do peticionário nem se relacionou com qualquer ato de comunicação oral ou escrita do peticionário, ele não é inadmissível à luz da garantia.¹⁵

Resta claro, assim, que a jurisprudência dominante entende que a retirada de amostras de sangue do acusado, mesmo sem o seu consentimento, não infringe a garantia contra a auto-incriminação, vez que esta apenas evita que o acusado seja forçado a testemunhar contra si mesmo, ou seja, que seja compelido a fornecer uma prova de natureza exclusivamente testemunhal ou comunicativa.

Esse precedente foi reafirmado posteriormente, em 1988, no caso *Doe v. United States*, em que o acusado, que estava sendo investigado por enviar dinheiro irregularmente para contas em bancos estabelecidos nas Ilhas Cayman, foi obrigado, por ordem judicial, a assinar formulários que autorizavam tais bancos a revelar informações sobre contas que se desconfiava estarem em seu nome. Esse procedimento foi considerado necessário pelo governo norte-americano porque os bancos se recusaram a fornecer as informações por ele solicitadas, já que, de acordo com as leis das Ilhas Cayman, é crime revelar informações bancárias confidenciais sem o consentimento do correntista. O acusado recorreu à Suprema Corte norte-americana, afirmando que a obrigação de assinar os formulários violou a sua garantia de não auto-incriminação. A Suprema Corte, então, decidiu:

Para ser testemunhal, a comunicação oral ou escrita do acusado, ou seu ato, deve, explícita ou implicitamente, relatar um fato ou revelar uma informação. É coerente com a história e com as políticas que fundamentam a cláusula da não auto-incriminação sustentar que o privilégio só deve ser afirmado para impedir a coação utilizada para revelar informações incriminadoras.

[...]

15 No original: "Not even a shadow of testimonial compulsion upon or enforced communication by the accused was involved either in the extraction or in the chemical analysis. Petitioner's testimonial capacities were in no way implicated; indeed, his participation, except as a donor, was irrelevant to the results of the test, which depend on chemical analysis and on that alone. Since the blood test evidence, although an incriminating product of compulsion, was neither petitioner's testimony nor evidence relating to some communicative act or writing by the petitioner, it was not on privilege grounds." *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), U.S. Supreme Court.

Talvez esse entendimento seja mais claramente revelado nos casos em que a Corte afirmou que certos atos, apesar de incriminadores, não são abrangidos pela garantia. Assim, um suspeito pode ser compelido a fornecer amostra de sangue, um exemplar de manuscrito ou de voz, a participar de reconhecimento de pessoas e a vestir uma determinada roupa. Essas decisões estão embasadas na premissa de que ‘a garantia protege um acusado apenas de ser compelido a testemunhar contra si mesmo ou de outra forma fornecer ao Estado prova de natureza testemunhal ou comunicativa’. De acordo com essa afirmativa, a Corte afirmou que a garantia não foi aplicada nos casos acima porque o suspeito não foi obrigado a revelar nenhum conhecimento que tivesse, nem se declarar culpado. É a extorsão de informação do acusado, a tentativa de forçá-lo a revelar o conteúdo de sua mente, que gera a aplicação da cláusula da não auto-incriminação.¹⁶

No mesmo sentido é a jurisprudência norte-americana quando se trata dos “testes de sobriedade em campo” (*Standardized Field Sobriety Tests*), que consistem em uma bateria de testes administrada e avaliada de forma padronizada, a fim de obter indicadores válidos acerca da embriaguez do examinado e fornecer evidências para justificar a prisão do motorista embriagado.

Questionada a constitucionalidade dos testes físicos e de performance aplicados na forma dos mencionados *Standardized Field Sobriety Tests* diante da garantia contra a auto-incriminação, as cortes decidiram que não se trata de prova testemunhal e, por isso, tais testes não estão cobertos pela proteção da garantia. No julgado *State v.*

16 No original: “In order to be ‘testimonial’, an accused’s oral or written communication, or act, must itself, explicitly or implicitly, relate a factual assertion or disclose information. It is consistent with the history of and the policies underlying the Self-Incrimination Clause to hold that the privilege may be asserted only to resist compelled explicit or implicit disclosures of incriminating information. (...) 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 765, 86 S.Ct., at 1832; to provide a handwriting exemplar, *Gilbert v. California*, 388 U.S., at 266-267, 87 S.Ct., at 1953 or a voice exemplar, *United States v. Dionisio*, 410 U.S. 1, 7, 93 S.Ct. 764, 768, 35 L.Ed.2d 67 (1973); to stand in a lineup, *United States v. Wade*, 388 U.S., at 221-222, 87 S.Ct., at 1929; and to wear particular clothing, *Holt v. United States*, 218 U.S. 245, 252-253, 31 S.Ct. 2, 6, 54 L.Ed. 1021 (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.’ 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.’ It is the ‘extortion of information from the accused,’ the attempt to force him ‘to disclose the contents of his own mind,’ that implicates the Self-Incrimination Clause.” *Doe v. U.S.*, 487 U.S. 201, 108 S.Ct. 2341, U.S.Tex., 1988.

*Corrigan*¹⁷, o Tribunal de Connecticut decidiu que testes como andar sobre uma linha, pegar uma caneta ou dizer a hora aos policiais, para verificação do grau de embriaguez do motorista, não são comunicações protegidas pela garantia contra a auto-incriminação.

No que tange ao teste do bafômetro, os tribunais norte-americanos o equipararam a outros tipos de análises químicas e o consideraram uma prova não testemunhal, razão pela qual não está acobertado pela garantia contra a auto-incriminação. Ao analisar a exigência do teste do bafômetro no caso *American Fork City v. Cosgrove*, a Suprema Corte de Utah decidiu que “o direito do acusado a não se auto-incriminar, previsto na Constituição do Estado de Utah, não foi violado quando, após sua prisão, ele foi compelido a se submeter ao teste do bafômetro, sob a ameaça de perder sua carteira de motorista”¹⁸.

Nesse ponto, é importante tratar das consequências, no sistema jurídico norte-americano, da recusa do acusado a colaborar com a produção da prova, quando requisitado pela autoridade policial ou judiciária. Como visto anteriormente, a jurisprudência dos tribunais dos Estados Unidos da América permite, como regra, que o Estado obrigue o imputado a praticar o ato solicitado pelas autoridades, a que ele havia se recusado inicialmente.

Assim é que, no caso *Schmerber v. California*, já mencionado, a Suprema Corte norte-americana afirmou que o Estado pode forçar o acusado a submeter-se a um exame de sangue, sem que essa coerção seja considerada violadora da garantia contra a auto-incriminação. Nessa decisão, afirmou-se que “o teste escolhido para medir o grau de alcoolemia no sangue do acusado foi razoável, já que era uma maneira efetiva de determinar a intoxicação, não impôs qualquer risco, trauma ou dor ao acusado e foi executado de forma razoável pelo médico no hospital”¹⁹.

O entendimento foi corroborado no caso *South Dakota v. Neville*, no qual a Suprema Corte decidiu:

No caso *Schmerber v. California*, esta Corte sustentou a legalidade de um exame de sangue forçado pelo Estado contra a alegação de

17 State v. Corrigan, 228 A.2d 568, Circuit Court of Connecticut, Appellate Division, 1967.

18 No original: “[d]efendant’s right under the Utah Constitution’s self-incrimination provision were not violated when, after his arrest, he was required to submit to a breathalyzer test under threat of losing his driver’s license.” *American Fork City v. Cosgrove*, 701 P.2d 1069, Supreme Court of Utah, Utah, 1985.

19 No original: “The test chosen to measure petitioner’s blood alcohol level was a reasonable one, since it was an effective means of determining intoxication, imposed virtually no risk, trauma or pain, and was performed in a reasonable manner by a physician in a hospital.”

que isso infringiu a garantia contra a auto-incriminação prevista na Quinta Emenda, aplicável aos Estados em razão da Décima-Quarta Emenda. Nós reconhecemos que um exame de sangue forçado infringe, em um certo grau, a ‘inviolabilidade da personalidade humana’ e a ‘exigência de que o Estado obtenha provas contra o acusado por seus próprios meios’, mas notamos que nunca foi dado à garantia o alcance sugerido pelos valores que ela ajuda a proteger. Nós, então, sustentamos que o privilégio impede o Estado apenas a forçar comunicações e testemunhos. Sendo o exame de sangue uma prova ‘física ou real’ e não testemunhal, nós entendemos que não está protegido pela garantia prevista na Quinta Emenda.²⁰

Em outros casos, porém, a legislação pode prever que a recusa seja utilizada em juízo em desfavor do réu, como prova de “consciência da culpa”. Em outros, a recusa pode, ainda, configurar ilícito civil, passível de aplicação de multa, ou crime de desobediência (*contempt of court*).

Nos casos relacionados à direção de veículo automotor sob a influência de álcool ou outros entorpecentes (*Driving Under the Influence – DUI ou Driving While Intoxicated – DWI*), por exemplo, as consequências podem ser outras que não a realização coercitiva do exame.

Muitos estados norte-americanos editaram leis que prevêm o consentimento implícito, ou seja, que determinam que todo motorista, pelo simples ato de dirigir, consente implicitamente em realizar um teste químico para determinar o grau de alcoolemia em seu sangue. Contudo, a fim de evitar confrontos violentos com os cidadãos, muitos desses estatutos permitem que os suspeitos se recusem a realizar o teste. Essa recusa, no entanto, gera consequências: em primeiro lugar, ela pode ser usada contra o acusado em juízo, como uma prova de que tem “consciência da culpa”; a recusa é, ainda, considerada um ilícito civil, totalmente independente do processo criminal por dirigir sob a influência de substâncias entorpecentes, que geralmente resulta em perda da carteira de motorista e aplicação de multa.

Há que se reconhecer, assim, que, no sistema jurídico norte-americano, não só a colaboração do acusado na produção de provas é

20 No original: “In *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), this Court upheld a state-compelled blood test against a claim that it infringed the Fifth Amendment right against self-incrimination, made applicable to the States through the Fourteenth Amendment. We recognized that a coerced blood test infringed to some degree the ‘inviolability of the human personality’ and the ‘requirement that the State procure the evidence against an accused ‘by its own independent labors,’ but noted the privilege has never been given the full scope suggested by the values it helps to protect. We therefore held that the privilege bars the State only from compelling ‘communications’ or ‘testimony.’ Since a blood test was ‘physical or real’ evidence rather than testimonial evidence, we found it unprotected by the Fifth Amendment privilege.” *South Dakota v. Neville*, 459 U.S. 553 (1983), U.S. Supreme Court.

considerada legítima como, ainda, são graves as consequências da recusa do acusado a colaborar.

4 A REDUÇÃO DO ÂMBITO DA GARANTIA NO DIREITO BRASILEIRO

Talvez devido à história que antecede a consagração da garantia contra a auto-incriminação nos ordenamentos jurídicos brasileiro e norte-americano – neste, como forma de acabar com o uso da tortura para obter a confissão do acusado, que, no processo inquisitório, era a “rainha das provas”; naquele, como parte do rol de direitos e garantias fundamentais, criado como uma resposta ao longo período de privação de direitos a que os brasileiros foram submetidos durante a ditadura militar iniciada em 1964 –, é de se notar a enorme diferença entre eles no que tange à interpretação dada à mencionada garantia. Enquanto no direito norte-americano a garantia se aplica apenas à oitiva do imputado, no brasileiro ela abrange todas as provas que dependam da colaboração do acusado.

Há, contudo, de se reconhecer, à luz da doutrina e da jurisprudência norte-americanas, que a amplitude dada à garantia contra a auto-incriminação no direito brasileiro é, por vezes, exagerada, não subsistindo diante de uma análise mais acurada das situações de fundo que justificam a produção de provas que dependam da colaboração do acusado.

Ressalte-se, nesse momento, que os Estados Unidos da América, como visto anteriormente, também reconhecem a garantia em seu texto constitucional, de forma que a diferença de interpretação dada a ela não decorre do tipo de ato legislativo em que foi consagrada em um ou outro país. Ainda assim, admite-se, no direito norte-americano, que o acusado possa ser obrigado a se submeter a certas situações, ou a suportar determinadas ingerências, com finalidades probatórias.

No Brasil, a garantia contra a auto-incriminação deve limitar-se a suas finalidades, as quais, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, são a proteção dos direitos fundamentais que compõem o núcleo estrutural da dignidade da pessoa humana, especialmente o instinto de autopreservação, e assegurar a liberdade de consciência e a autodeterminação do acusado.²¹

Não há violação do instinto de autopreservação e da liberdade de consciência do acusado em relação à sua contribuição na produção de provas no processo, vez que aceitar contribuir com a prova pericial não equivale a admitir a própria culpa, até porque quando o acusado fornece

21 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 27.

material que servirá de objeto de perícia, ele não sabe, de antemão, qual será o resultado.

Assim é que a garantia contra a auto-incriminação não deve ser vista como um obstáculo à produção de toda e qualquer prova no processo penal que dependa da contribuição do imputado, mas apenas à oitiva deste, vez que o interrogatório, em sua concepção moderna, não constitui meio de prova, mas meio de defesa.

A recusa do acusado em contribuir com a produção de provas que dependam da sua colaboração, destarte, não deve se pautar na cláusula *nemo tenetur se detegere*. Essa afirmação não pretende sustentar, contudo, que a contribuição do acusado é sempre obrigatória, vez que os órgãos de persecução não podem ignorar os direitos fundamentais do imputado em favor de interesses probatórios.

Assim, embora a garantia contra a auto-incriminação não deva ser usada para sustentar a recusa do acusado a contribuir com a produção da prova que porventura lhe possa ser desfavorável, a ausência de outros requisitos, tais como a existência de lei autorizativa ou de fortes indícios de autoria e materialidade, podem justificar a escusa do acusado. Nesse sentido, é a lição de João Cláudio Couceiro, ao afirmar que “o conteúdo inviolável do direito ao silêncio é a proteção à integridade física e mental da pessoa, de forma que toda limitação imposta por lei que não venha a afetá-la é legítima”²².

Parece-nos, assim, que não há que se falar em garantia contra a auto-incriminação no que tange à produção de provas que dependam da contribuição do acusado, desde que a exigência de contribuição possa ser extraída de texto legal. Isso porque embora seja admitida a produção de qualquer prova, desde que não atente contra a dignidade da pessoa humana e seja moralmente legítima, a Constituição Federal de 1988 assegura que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II).

É imprescindível distinguir, nesse ponto, as provas invasivas das não-invasivas. As provas não-invasivas são aquelas em que a contribuição do acusado limita-se a uma sujeição passiva, não havendo ingerência sobre o corpo do indivíduo, nem uma violação direta a seus direitos fundamentais.

O dever legal de contribuir com a produção de provas não-invasivas pode ser extraído da legislação atual, como, por exemplo, o art. 174, IV, do CPP, que trata do fornecimento de escritos para exame grafotécnico, o art. 226, II, do mesmo diploma legal, que cuida do

²² Couceiro, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 131.

reconhecimento de pessoas, e a Lei no 10.054/2000, que regulamenta a identificação criminal por meio da coleta de impressões digitais.

Ademais, na esteira de Marcelo Schirmer Albuquerque, ainda que não existissem normas específicas sobre a contribuição do acusado na produção de determinadas provas não-invasivas, as próprias normas gerais sobre a atividade probatória já seriam suficientes para embasar tal exigência, vez que se trata de provas que não representam limitação a direitos fundamentais. Segundo o mesmo autor:

Não é difícil perceber que, nessas provas, os direitos fundamentais do acusado não são sequer minimamente violados e, nessa perspectiva, a eventual incidência da garantia de não auto-incriminação não cumpre qualquer finalidade protetiva. Já destacamos que o fato de ser sujeito passivo em uma investigação criminal ou em um processo penal já afeta a dignidade de um indivíduo e implica uma série de aspectos mais ou menos incômodos em sua vida, mas que devem ser percebidos como necessárias consequências de sua posição processual. Quando chamado a participar do processo, o indivíduo acumula uma série de ônus e deveres, entre os quais o de acatar o que for determinado pelo Estado, enquanto esse aja de forma legítima e respeitadora dos direitos fundamentais de seus cidadãos.²³

As provas invasivas, por sua vez, são aquelas que sacrificam, em maior ou menor grau, certos direitos fundamentais do acusado, vez que se efetivam por meio de uma ingerência sobre o seu corpo ou sobre sua esfera íntima ou privada. Nessa categoria enquadram-se as intervenções corporais, as buscas e apreensões em domicílio e as interceptações telefônicas.

Tais provas, por atingirem diretamente os direitos fundamentais do imputado, devem, em regra, ser evitadas. Contudo, a justificativa para a recusa do acusado a participar da produção da prova não deve ser baseada na garantia contra a auto-incriminação, mas na proteção de seus direitos fundamentais, tais como as integridades física e moral, a intimidade e a privacidade. Embora a cláusula *nemo tenetur se detegere* seja garantia fundamental prevista no rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a ela não pode ser dada abrangência absoluta, sob pena de gerar a completa aniquilação da atividade de persecução penal.

Não obstante as provas invasivas devam, em regra, ser substituídas por outras que não violem os direitos fundamentais do

23 ALBUQUERQUE, op. cit., p. 100.

acusado, em algumas situações isso não é possível. Nesses casos, presentes os requisitos que autorizam a exigência de colaboração do acusado na produção da prova, tais como a existência de lei e de indícios suficientes de materialidade e autoria, o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado para justificar a medida interventiva. Assim, as provas invasivas só devem ser admitidas quando, feita a ponderação entre os direitos fundamentais do acusado e os interesses sociais, se confíra maior relevância aos últimos.

Enquanto nos Estados Unidos da América, como visto anteriormente, a recusa do acusado em colaborar com a produção de provas pode gerar a condução coercitiva para a realização do quanto foi determinado pela autoridade policial ou judiciária, no direito brasileiro tal medida não poderia ser aplicada, por gerar medida extremamente constrangedora para o acusado e até para os executores da medida, ferindo gravemente a dignidade da pessoa humana.

Contudo, a recusa indevida, no Brasil, pode configurar crime de desobediência, além de poder ser avaliada, no processo, como prova indiciária, que, no bojo de outras provas produzidas, podem levar à condenação do réu. Vale ressaltar que não se prega, nesse ponto, a substituição ou equivalência da recusa à prova não produzida, mas apenas a valoração da recusa enquanto prova indiciária, que, para a condenação, deve necessariamente se fazer acompanhar de outros elementos de convicção.

5 CONCLUSÃO

A garantia contra a auto-incriminação, portanto, não deve ser vista como uma espécie de “imunidade” do acusado contra a atividade probatória no processo penal, mas como uma forma admitida pelo direito de auxiliar na tutela de direitos fundamentais, a fim de otimizar a atividade persecutória do Estado. Assim é que, à luz da interpretação dada à garantia pela jurisprudência norte-americana, a extensão da garantia no direito brasileiro deve ser reduzida para que o acusado possa ser compelido a colaborar com a produção de provas no processo, desde que presentes os requisitos necessários para a proteção de seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- DERSHOWITZ, Alan M. *Is there a right to remain silent? Coercive interrogation and the Fifth Amendment after 9/11*. Nova York: Oxford University Press, 2008.
- HELMHOLZ, R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

