

O DIREITO À NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO DA PESSOA SUBMETIDA A CUSTÓDIA

Gustavo Lindenmeyer Barbieri
Defensor Público do Estado

RESUMO: O direito à não-autoincriminação se extrai do texto constitucional não como uma consequência do direito ao silêncio, mas como seu fundamento. Trata-se de uma garantia mais abrangente, que não se restringe apenas ao direito de calar ou não confessar, alcançando toda a forma de participação nas atividades investigatórias destinadas à obtenção de provas contrárias à defesa. O ambiente de detenção policial, como existe hoje, é inerentemente intimidante e funciona para minar o privilégio contra a auto-incriminação. Assim, as provas obtidas nestas oportunidades, se irrepetíveis, somente são válidas se a acusação demonstrar a adoção das salvaguardas efetivas para assegurar tal garantia.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição e textos subordinados. Interpretação. Processo Penal. Provas. Direito ao silêncio. Direito à não-autoincriminação. Detenção.

1. TEMÁTICA

A Constituição Federal assegura, no seu art. 5º, LXIII, a possibilidade de o acusado permanecer em silêncio em quaisquer procedimentos, judiciais ou extrajudiciais, contra ele instaurados ou em vias de serem instaurados, que visem a apuração de fato ilícito, faculdade tributária do direito à não-autoincriminação, ou seja, o direito de o acusado – e os presos em geral – não produzir provas contra si mesmo.

A problemática que se coloca decorre do fato de, apesar de o sistema processual brasileiro buscar ser acusatório e se resguardar do aproveitamento de provas produzidas sem a participação da defesa, ainda assim se tem adotado, inclusive em nível legislativo, a possibilidade de que estas sejam “*excepcionalmente*” aceitas quando se tratarem de providências irrepetíveis. Tal constatação é agravada quando

se interpretam os critérios legais de maneira abrangente, buscando-se no inquérito policial elementos incriminadores que, podendo (e devendo) ser reproduzidos sob o crivo do contraditório, não o foram por deficiência da acusação.

Ou seja, é possível a contaminação indevida do julgamento por elementos informativos de eficácia limitada.

A preocupação não reside apenas quanto ao inquérito, estendendo-se também para o processo, tendo em vista a costumeira e reprovável manutenção das segregações cautelares apenas por conveniência da instrução e por frágeis argumentos de defesa da ordem pública, quando, então, o acusado continua submetido ao controle do Estado sobre o seu corpo.

2. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O direito à não-autoincriminação, historicamente denominado pelas construções latinas *nemo tenetur se detegere* ou *nemo tenetur se ipsum accusare*, expressado nos precedentes estrangeiros, estabeleceu-se primeiro realmente no direito inglês a partir da irresignação popular quanto aos métodos de persecução adotados pela Camera Stellata nos séculos XVI e XVII, corte judicial definitivamente dissolvida pelo Habeas Corpus Act de 1679. A especial particularidade do sistema insular, no que tange à consagração do instituto, é que, como notado no julgamento do caso *Brown v. Walker*, o direito aparentemente “não se fundou em lei ou em decisão judicial, mas na geral e silenciosa aceitação dos tribunais à exigência do povo”¹.

Nesse precedente afirmou-se que:

“As iniquidades do sistema antigo impressionaram por si sós tão profundamente os colo-

¹ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Brown v. Walker*. 161 U.S. 591 (1896), disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=161&invol=591>>, acessado em 30 de junho de 2010. “So deeply did the iniquities of the ancient system impress themselves upon the minds of the American colonists that the states, with one accord, made a denial of the right to question an accused person a part of their fundamental law, so that a maxim, which in England was a mere rule of evidence, became clothed in this country with the impregnability of a constitutional enactment.”

nizadores americanos que os Estados fizeram da negação do direito de questionar uma pessoa acusada o seu direito fundamental, de modo que a máxima, que na Inglaterra era uma simples regra de provas, se revestiu neste país da invulnerabilidade de um preceito constitucional.”

Apesar de alguns autores fixarem a sua origem na tradição hebraica², deve se admitir a inexistência de fontes seguras que amparem a tese. Com certeza, se havia qualquer construção assecuratória do silêncio, sofreu franca involução durante a Idade Média com o sistema de provas tarifadas (ou legais) instituído pelos Cânones 12 e 38 do Concílio de Latrão IV³.

Apesar de toda a evolução histórica precedente, datando de cinco séculos, no mínimo, no Brasil a regra foi adotada tardiamente, condensando-se a partir de um período próximo à Constituição de 1988, a partir de quando se subverteu toda a construção anterior, onde se autorizava, por lei, que se extraísse convicção contrária ao acusado em virtude do exercício do silêncio ou da não-cooperação na colheita de provas (CPP, art. 186).

3. O DIREITO À NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO EM SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Antes mesmo, mas não muito, de promulgada a Constituição Federal de 1988, que veicula, no seu rol de direitos e garantias fundamentais, o direito de permanecer calado, o direito à não-autoincriminação era extraído dos postulados do devido processo legal, do princípio da presunção de inocência e do processo acusatório.

² HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação. S.E. Campinas: Bookseller, 2005, p. 69.

³ The Canons of the Fourth Lateran Council, 1215, disponível em <<http://www.fordham.edu/halsall/basis/lateran4.html>>, acessado em 01 de julho de 2010

O preceito inscrito no art. 5º, LXIII, do texto atual não é, a despeito de sua literalidade, restrito apenas aos atos policiais e judiciais que envolvam a possibilidade de manifestação falada, ou seja, não é apenas uma escolha entre falar, calar ou mentir. O seu real sentido é bem mais amplo do que sua simples literalidade: o investigado tem o direito de não produzir provas que lhe desfavoreçam, a não ser assim escolha no pleno exercício livre de sua própria vontade, dicção que melhor atende ao dever do intérprete de “precisar o significado da decisão do constituinte para a ordem constitucional como um todo”⁴.

O Supremo Tribunal Federal inicialmente reconhecia o silêncio do acusado, sob a égide ainda da Constituição de 1964 e da antiga redação do art. 186 do Código de Processo Penal, como nulidade, a menos que oportunizado o interrogatório ao acusado, quando, então, o defeito do processo teria sido causado pela própria parte e consistiria nulidade relativa, submetida à preclusão⁵.

Já com a Constituição de 1988, em que inscrito expressamente como direito fundamental do acusado, a mesma corte superior passou a reconhecer a prerrogativa de permanecer calado, vinculando-o ordinariamente ao interrogatório e a depoimentos, como garantia⁶, erigindo o seu desrespeito a nulidade absoluta⁷.

Todavia, pode se observar no julgamento do Habeas Corpus nº 78.708, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, uma distinção entre o direito de permanecer calado e o direito à não-autoincriminação, do qual seria tributário, e que envolveria, além do silêncio, a prerrogativa de o réu não participar ou colaborar da atividade persecutória desenvolvida contra si. De acordo com o relator:

⁴ MENDES, Gilmar, et alii. Curso de direito constitucional. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 673.

⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 103.266-9 da Primeira Turma, Rel. Min. Rafael Mayer, 04 de dezembro de 1984, disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=195500>>, acessado em 30 de junho de 2010.

⁶ Idem, Habeas Corpus nº 68.929 da Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, 22 de outubro de 1991, disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71335>>, acessado em 30 de junho de 2010.

⁷ Idem, Habeas Corpus nº 82.463, da Primeira Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 05 de novembro de 2002, disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79061>>, acessado em 30 de junho de 2010.

“Afirmou-se em princípio o direito ao silêncio, no HC 75.616, 7.10.97, rel. e em. Ministro Galvão, cuja relevância, porém, se afastou no caso, pois a condenação não se baseara na confissão do acusado; mas a garantia contra a auto-incriminação, base do direito a permanecer calado, serviu de fundamento – HC 77.135, 8.9.98, Galvão, Inf. 122 – a excluir a incriminação, a título de desobediência, da recusa de fornecer autógrafos para servir de padrão a perícias; no HC 69.929, 22.10.91, Celso de Mello (RTJ 149/494), já se extraíra como afirmação doutrinária, do direito ao silêncio, a prerrogativa processual do acusado negar, ainda que falsamente, a prática da infração; ‘direito à mentira’ que depois serviu de base para excluir a criminalidade da falsa negativa de reconhecimento pelo acusado de suas próprias assinaturas (HC 75.257, 17.6.97, Moreira Alves, DJ 29.8.97).”

Entretanto, os questionamentos envolvendo o direito de calar quando interrogado, bem como da obrigação das autoridades policiais e judiciárias de informá-lo antes do interrogatório encontram hoje pouca dificuldade de ser solucionados: ou na esmagadora maioria das vezes o preso, efetivamente informado do direito, cala ou fala, ou, não informado, consta consignada a “advertência” no termo de oitiva, o que conduz ao difícil caminho probatório de demonstrar que a declaração nele constante não corresponde à verdade.

A questão que aqui se analisa é mais ampla, e se radica além do significado literal do art. 5º, LXIII. Envolve o convencimento de que a Constituição não apenas consagrou o direito ao silêncio no interrogatório, mas todos os consectários do princípio que o fundamenta, ou seja, o direito à não-autoincriminação e o direito de ser informado da possibilidade de não participar da colheita de provas contra si, pois hoje, com a crescente utilização de provas técnicas – inclusive com esforços do Estado para aparelhar seus órgãos de perícia – muito pouco

vale o silêncio verbal do custodiado se ainda se entender possível a violação livre do seu corpo para lograr a obtenção de material a ser periciado ou evidências sensíveis destinadas à formação da culpa (produção de provas invasivas), sem que a concordância expressa da pessoa tenha sido obtida de modo livre e consciente.

Como já reiterado, o direito à não-autoincriminação não se limita ao silêncio, estendendo-se sobre toda a colheita de prova que envolva a participação ativa do acusado, a quais compreendem, além dos exemplos no julgamento do Supremo Tribunal Federal, igualmente a reconstituição do crime⁸ e a possibilidade de recusa ao fornecimento de material genético.

Veda-se, portanto, que a acusação se valha de provas originadas de diligências por parte de agentes da segurança pública após uma pessoa ter sido submetida à custódia ou de qualquer forma privada de sua liberdade, a menos que se demonstre a adoção das salvaguardas efetivas para assegurar a garantia contra a auto-incriminação, orientação “*que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade*”⁹. O ambiente de detenção policial, como existe hoje, é inerentemente intimidante e funciona para minar o privilégio contra a auto-incriminação. Conforme o precedente histórico (Mirada v. Arizona), assegura-se àquele que se encontra detido ou de qualquer forma privado de sua liberdade, que a autoridade policial adote medidas preventivas adequadas para dissipar as circunstâncias prejudiciais da prisão em flagrante, do que decorre: desatendidas estas exigências, nenhuma prova obtida por iniciativa do acusado pode ser considerada verdadeiramente um produto de seu livre arbítrio¹⁰.

⁸ Idem. Habeas Corpus nº 69.026, da 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, 10 de dezembro de 1991, disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(69026.NUME.%20OU%2069026.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(69026.NUME.%20OU%2069026.ACMS.)&base=baseAcordaos)>, acessado em 30 de junho de 2010.

⁹ Idem, Habeas Corpus nº 78.708 da Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 09 de março de 1999, disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(78708.NUME.%20OU%2078708.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(78708.NUME.%20OU%2078708.ACMS.)&base=baseAcordaos)>, acessado em 30 de junho de 2010.

¹⁰ ESTADOS UNIDOS, US Supreme Court, Miranda v. Arizona. 384 U.S. 436 (1966), disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=384&invol=436>>, acessado em 30 de junho de 2010.

É necessário que os direitos proclamados na Constituição não se resumam apenas a palavras¹¹.

Tem-se relativizado o princípio, impropriamente, todavia. Não há qualquer restrição constitucional expressa ou autorização de reservas legais restritivas na norma do art. 5º, LXIII da Constituição, nem qualquer princípio que faça prevalecer a atividade persecutória do Estado sobre a pessoa, ao contrário, o texto salienta, dentre os demais direitos do preso, em especial o de permanecer calado, que não admite correção ou redução. A preponderância do valor se estende, no silêncio da norma, aos seus fundamentos e consequências. Desta maneira, não se vê possível limitar ou restringir posições asseguradas pelo âmbito de proteção do direito fundamental, seja por meio de lei, seja por meio de interpretação. Ao contrário, é o preceito constitucional que impõe restrições às leis e pauta a interpretação: esforçar-se para obter a verdade real compete à acusação (CPP, art. 156). Conforme advertência do Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do HC nº 78.708 pelo Supremo Tribunal Federal, não pode haver recusa ao direito elementar, reduzindo-o a uma mera irregularidade, em nome dos interesses da repreensão sem entraves, recordando, ainda, preciosa passagem de precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos, que aqui se reproduz na íntegra:

“Aprendemos com as lições da história que nenhum sistema de justiça criminal pode, ou deveria sobreviver, se a sua continuada eficácia depender de abdicarem os cidadãos, por ignorá-los, de seus direitos constitucionais. Nenhum sistema digno de ser preservado deveria temer que, se o acusado se consultar com um advogado, tomará ciência, e exercitará, seus direitos. Se o exercício dos direitos constitucionais prejudica a eficácia de um sistema de execução da lei, então há algo de errado com esse sistema”¹²

¹¹ Idem, *Silverthorne Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 392 (1920), disponível em < [http:// caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=251&invol=385](http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=251&invol=385)>, acessado em 30 de junho de 2010.

¹² Idem, *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964), disponível em <[http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl? court=us&vol=378&invol=478#f14](http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=378&invol=478#f14)>, acessado em 30 de junho de 2010. “We have also learned the companion lesson of history that no system of criminal justice can, or should, survive if it comes to depend for its continued effectiveness on the citizens’ abdication through unawareness of their constitutional rights. No system worth preserving should have to fear that if an accused is permitted to consult with a lawyer, he will become aware of, and exercise, these rights. 13 If the exercise of constitutional rights will thwart the effectiveness of a system of law enforcement, then there is something very wrong with that system.”

Por essa razão, permanece válida, e cada vez mais compatível com o sistema de garantias asseguradas pela Constituição, o prefácio de Sampaio Dória: *“quando o povo ignora os grandes princípios do estado, a liberdade que ainda tenha, é precária ou já em ruínas”*¹³.

Portanto, mais se reforça que os direitos, dentre eles o objeto do presente trabalho, não existem apenas se estiverem escritos na lei ou na Constituição, dependendo sempre, e cada vez mais, que sejam assegurados pelos agentes do Estado, os quais possuem o dever especial não apenas de respeitá-los, como também de informá-los, não podendo se furtar de quaisquer destes aspectos – aliás, intimamente vinculados à sua própria condição de agentes do Estado – por vislumbrar ser mais conveniente e simples desenvolver a atividade persecutória contra o indivíduo deles desconhecedor.

4. OUTRAS FONTES CONSTITUCIONAIS E DIREITO COMPARADO

O direito constitucional brasileiro comporta outras fontes subordinadas que confirmam o direito à não-autoincriminação.

O texto do art. 8º, 2, 'g' da Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, prevê serem garantias mínimas dos acusados, em suas línguas oficiais, o *“derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ai a declararse culpable”*, *“direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”*, *“droit pour l'accusé de n'être pas obligé à témoigner contre lui-même ou à se déclarer coupable”* e *“the right not to be compelled to be a witness against himself or to plead guilty”*¹⁴.

Chama a atenção, nesse documento, a tautologia aparente ao se adotar fórmulas diversas para significar o direito ao silêncio (*“não*

¹³ SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. Os direitos do homem. S.E., Rio de Janeiro: Companhia Editoria Nacional, 1942, prefácio.

¹⁴ Pacto de San José da Costa Rica, <<http://treaties.un.org/Pages/UNTSONline.aspx?id=1>>, acessado em 03 de abril de 2010

depor contra si” e “*não se declarar culpado*”). Como mencionado, a contradição é aparente, pois não faria sentido que a norma refira a duas expressões com o intuito de estabelecer um mesmo instituto, a não ser que esta não fosse a intenção das partes convenientes, e sim designar institutos distintos, quais sejam, o direito ao silêncio e o direito de não-autoincriminação, como espécies diversas.

De acordo com o art. 33 da Convenção de Viena sobre a Lei dos Tratados, presume-se que os termos dos textos autenticados possuem o mesmo sentido, ou seja, que os textos nas quatro línguas oficiais veiculam o mesmo significado, e as divergências de texto não excluem o significado que melhor se concilia com a intenção da norma tendo em vista o objeto e a finalidade do tratado. Portanto, se não há distinção entre os institutos no sistema jurídico de uma das partes signatárias, esta assume para si o sentido conferido às expressões do texto pelas demais, internalizando-o indiretamente.

Não há um delineamento exato nas fontes judiciais ou legais brasileiras, razão pela qual se pode buscar, nas fontes estrangeiras, o seu significado. Os sistemas jurídicos do Canadá e Estados Unidos (países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos) afirmam a existência de um conteúdo diverso entre os conceitos de “*testemunhar contra si mesmo*” (“*témoigner contre lui-même*” e “*to be a witness against himself*”) e de se declarar culpado (“*à se déclarer coupable*” e “*to plead guilty*”). O primeiro, de acordo com a jurisprudência destes países, envolve, além da declaração oral, toda a forma de produção de prova material que envolva a intervenção sobre o corpo do indivíduo; o segundo consiste exclusivamente na confissão plena e irrestrita do delito.

Cita-se, da Corte Suprema do Canadá, o julgado R. c. Stillman, [1997] 1 R.C.S. 607, caso em que se analisou a legalidade da colheita de amostras de cabelos, mucosa bucal e a extração de moldes dentários. Expressa a corte estrangeira especial preocupação com os direitos da pessoa submetida a custódia – no caso, a autoridade policial recolheu, sem obter consentimento, um lenço descartado pelo detido e submeteu o material genético nele existente a perícia, obtendo contra eles provas incriminadoras -, afirmando que a conduta analisada

“violou o direito à segurança da pessoa de forma incompatível com os princípios fundamentais da justiça”¹⁵.

Prossegue, a Corte, afirmando que:

“Sempre que um indivíduo que não estiver detido se despojar de um objeto que possa ser útil para estabelecer o seu perfil genético, a polícia pode recolhê-lo normalmente e testá-lo, sem se preocupar em obter o consentimento, uma vez que, nas circunstâncias, o acusado abandonou a prova e cessa a expectativa razoável de privacidade sobre ela. A questão é de todo diferente se o acusado se encontra detido: o direito à privacidade será solucionado de acordo com a análise do caso particular. Neste caso, o acusado não concordou com o recolhimento de amostras de seus fluidos corporais. A polícia foi informada da decisão, mas apesar disto, obteve-se a prova a partir de um lenço de papel jogado fora enquanto se encontrava detido. Nestas circunstâncias, a apreensão foi abusiva. Neste caso, o direito à vida privada, embora reduzido em virtude da detenção, foi menosprezado ainda mais com a colheita do objeto. A limitação do direito não é suficiente para justificar a apreensão de amostras corporais sem o consentimento, em especial no caso das pessoas detidas, enquanto elas ainda são consideradas inocentes.

(...)

Se as provas foram obtidas sob condições que violam a Carta, através da coerção do acu-

¹⁵ CANADÁ, Cour Suprême du Canada, R. c. Stillman, [1997] 1 R.C.S. 607, disponível em <<http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/1997/1997rcs1-607/1997rcs1-607.html>>, acessado em 03 de abril de 2010.

sado a a depor contra si próprio ou através da admissão como prova, então se tratam de provas produzidas contra si mesmo. O uso não autorizado do corpo ou de substâncias corporais equivale a um 'testemunho' forçado, susceptível de tornar o julgamento injusto. (...)

Geralmente, o tribunal deverá excluir estas provas sem considerar a gravidade da infração e o impacto da exclusão no prestígio da administração da justiça. Deve ser assim, porque um julgamento injusto seria necessariamente contrário à administração da justiça.”¹⁶

¹⁶ No original: “Lorsqu’un accusé qui n’est pas détenu se défait d’un objet qui peut constituer un élément de preuve utile pour établir son profil génétique, la police peut normalement recueillir cet objet et le faire analyser, sans avoir à se soucier d’obtenir un consentement, étant donné que, dans les circonstances, l’accusé a abandonné cet objet et a cessé d’avoir une attente raisonnable en matière de vie privée à son sujet. La situation est toutefois différente lorsqu’un accusé est détenu. La question de savoir si la situation est telle que l’accusé a abandonné un objet et renoncé à tout droit à ce qu’il demeure confidentiel devra être tranchée en fonction des faits particuliers de chaque affaire. En l’espèce, l’accusé avait fait savoir par ses avocats qu’il ne consentirait pas au prélèvement d’échantillons de ses substances corporelles. Les policiers étaient au courant de cette décision, mais en dépit de cela, ils se sont emparés du papier mouchoir que l’accusé avait jeté alors qu’il était détenu. Dans ces circonstances, la saisie était abusive. En l’espèce, l’attente de l’accusé en matière de vie privée, bien qu’elle ait diminué à la suite de son arrestation, n’était pas faible au point de permettre la saisie du papier mouchoir. Cette attente ne devrait pas être réduite au point de justifier les saisies d’échantillons de substances corporelles effectuées sans consentement, particulièrement dans le cas des personnes qui sont détenues alors qu’elles sont encore présumées innocentes. (...) Si l’accusé n’a pas été forcé de participer à la constitution ou à la découverte de la preuve, la preuve sera qualifiée de preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui même. Son utilisation ne rendra pas le procès inéquitable et le tribunal passera à l’examen de la gravité de la violation et de l’incidence de l’exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l’administration de la justice. Si la preuve a été obtenue dans des conditions qui violent la Charte, en forçant l’accusé à s’incriminer lui même par une déclaration ou par l’utilisation en preuve de son corps ou de ses substances corporelles, elle sera qualifiée de preuve obtenue en mobilisant l’accusé contre lui même. L’utilisation non autorisée du corps d’une personne ou de ses substances corporelles constitue, tout autant qu’une déclaration forcée, un «témoignage» forcé susceptible de rendre le procès inéquitable. (...) En règle générale, le tribunal écartera la preuve sans examiner la gravité de la violation ni l’incidence de son exclusion sur la considération dont jouit l’administration de la justice. Il doit en être ainsi puisqu’un procès inéquitable déconsidérerait nécessairement l’administration de la justice.”

Da mesma maneira, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em julgamento o direito de o acusado, em ação civil, não fornecer documentos que pudessem acarretar o indiciamento por delito, analisou a situação no contexto das quarta e quinta emendas da sua Constituição Federal no caso *Boyd v. United States*. De acordo com a opinião da corte:

“processos que acarretem multas e restrições, decorrentes da imputação de ofensas à lei de natureza quase criminosa, consideram-se procedimentos criminais para todos os efeitos da quarta emenda da constituição, e por aquela porção da quinta emenda que declara que nenhuma pessoa pode ser compelida em qualquer procedimento criminal a ser testemunha contra si mesma; a produção compulsória, pelo proprietário de mercadorias apreendidas através do procedimento, de papéis e documentos privados, tornam-no testemunha contra si mesmo, hipótese contida na quinta emenda da constituição, e que equivale à busca e apreensão – e uma busca e apreensão ilegítima – inserida no conceito da quarta emenda. (...) Pode se tratar de algo não tão odioso; mas as práticas ilegítimas e inconstitucionais dão o seu primeiro passo desta forma, através de aproximações silenciosas e de desvios leves dos meios legais do processo. Isto somente pode ser evitado ao se aderir à regra de que as normas constitucionais destinadas à segurança das pessoas devem ser interpretadas extensivamente. Uma construção estrita e literal retira metade de sua eficácia e leva à depreciação gradual do direito, como se fosse mais forma do que substância. É dever dos tribunais estarem atentas aos direitos constitucio-

nais dos cidadãos, e contrários a quaisquer intrusões furtivas sobre eles."¹⁷

Portanto, a colheita de prova que envolva a opção do indivíduo, em especial se submetido a qualquer espécie de detenção (mormente após perseguição, uso da força pelos policiais ou detenções mais ou menos prolongadas em Delegacias de Polícia ou estabelecimentos prisionais), somente é possível se os agentes advertirem-no de modo prévio, claro e compatível com suas condições pessoais do direito ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo, sob pena de invalidade da prova colhida.

5. CONCLUSÕES

Diante da discriminação entre as noções de testemunhar contra si e de se declarar culpado, tais direitos exigem que, antes de se produzir qualquer prova que acarrete a possibilidade de processo criminal, o sujeito seja advertido das consequências de sua colaboração. Se o respeito ao direito ao silêncio é imposto aos magistrados, com maior razão deve ser cobrado dos agentes da segurança pública. E se qualquer empecilho é criado pelo exercício de um direito legítimo, a técnica legislativa deve buscar soluções adequadas e constitucionais, sem se dobrar à tentação de criar leis reprováveis que desrespeitos as liberdades individuais.

Não se pode afirmar aprioristicamente, em perspectiva, que o indivíduo, quando detido, informado da possibilidade de não produzir

ESTADOS UNIDOS, US Supreme Court. *Boyd v. United States* 116 U.S. 616 (1886), disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=116&invol=616>>, acessado em 03 de abril de 2010. No original: *"suits for penalties and forfeitures, incurred by the commission of offenses against the law, are of this quasi criminal nature, we think that they are within the reason of criminal proceedings for all the purposes of the fourth amendment of the constitution, and of that portion of the fifth amendment which declares that no person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself; and we are further of opinion that a compulsory production of the private books and papers of the owner of goods sought to be forfeited in such a suit is compelling him to be a witness against himself, within the meaning of the fifth amendment to the constitution, and is the equivalent of a search and seizure-and an unreasonable search and seizure-within the meaning of the fourth amendment. (...) It may be that it is the obnoxious thing in its mildest and least repulsive form; but illegitimate and unconstitutional practices get their first footing in that way, namely, by silent approaches and slight deviations from legal modes of procedure. This can only be obviated by adhering to the rule that constitutional provisions for the security of person and property should be liberally construed. A close and literal construction deprives them of half their efficacy, and leads to gradual depreciation of the right, as if it consisted more in sound than in substance. It is the duty of courts to be watchful for the constitutional rights of the citizen, and against any stealthy encroachments thereon. (...)"*

prova contra si, como é imprescindível, se negue a testagens ou a oferecer amostras. A experiência demonstra que a informação do direito ao silêncio não impede a confissão, se esta for a vontade do acusado. Ocorre que, enquanto o direito ao silêncio deve ser assegurado em relação a manifestações verbais, o direito à não-autoincriminação, mais amplo, não é assegurado apenas com a advertência durante o interrogatório, devendo ser claramente exposto ao detido quando da possibilidade de obtenção de outras provas, e respeitado, sem que daí, igualmente, se extraia qualquer consequência perniciosa à sua defesa, porquanto se trata do respeito ao próprio princípio fundante da cláusula constitucional. Todos, e principalmente, os agentes do Estado são devedores da observância dos direitos constitucionais.

Assim, conclui-se que: a) o direito à não-autoincriminação fundamenta o direito ao silêncio, não se tratando de uma simples consequência; b) nenhum dos direitos extraídos do art. 5º, LXIII da Constituição Federal admitem restrição legal ou interpretação restritiva; c) o direito à não-autoincriminação protege o indivíduo contra incursões probatórias sobre seu corpo, partes ou fluidos do corpo, a não ser que haja assentimento quanto a colheita da prova; d) a autoridade custodiante deve assegurar que o assentimento do indivíduo deve ser fornecido de maneira livre e consciente das suas consequências, observadas as especiais circunstâncias a que se encontra submetida a pessoa sob custódia; e) é ônus da acusação demonstrar a validade das provas invasivas, inclusive da obtenção do assentimento livre com a produção da prova e f) a ausência de manifestação de vontade ou da prova destinada a demonstrar a sua obtenção torna a prova ilícita em virtude do desrespeito a postulado constitucional.

6. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

_____. Constituição Federal de 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº

- 103.266-9 da Primeira Turma, Rel. Min. Rafael Mayer, 04 de dezembro de 1984.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 68.929 da Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, 22 de outubro de 1991.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.463, da Primeira Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 05 de novembro de 2002.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 78.708. da Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 09 de março de 1999.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 69.026, da 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, 10 de dezembro de 1991.
- CANADÁ. Cour Suprême du Canada, R. c. Stillman, [1997] 1 R.C.S. 607.
- ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. Brown v. Walker. 161 U.S. 591 (1896)
- _____. US Supreme Court. Miranda v. Arizona. 384 U.S. 436 (1966)
- _____. US Supreme Court. Silverthorne Co. v. United States, 251 U.S. 385, 392 (1920)
- _____. US Supreme Court. Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964)
- _____. Boyd v. United States 116 U.S. 616 (1886)
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação. S.E. Campinas: Bookseller, 2005.
- MENDES, Gilmar, et alii. Curso de direito constitucional. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. American convention on human rights – Pact of San Jose da Costa Rica. N. 17955, 22 de novembro de 1969.
- SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. Os direitos do homem. S.E., Rio de Janeiro: Companhia Editoria Nacional, 1942.
- VATICANO. The canons of the fourth lateran council, 1215.