

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FCH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

SAMANTHA BRAGA PEREIRA

A RELATIVIZAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO DIREITO
AO SILÊNCIO NO BRASIL:
hipóteses selecionadas

Belo Horizonte
2019

SAMANTHA BRAGA PEREIRA

**A RELATIVIZAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO DIREITO
AO SILÊNCIO NO BRASIL:
hipóteses selecionadas**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. Linha de pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle (Direito Público).

Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi

Belo Horizonte

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P436r Pereira, Samantha Braga, 1987-
A relativização (in)constitucional do direito ao silêncio
no Brasil: hipóteses selecionadas / Samantha Braga Pereira. -
Belo Horizonte, 2019.
86 f.; 29,7 cm

Orientador: Luís Carlos Balbino Gambogi
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde,
Belo Horizonte, 2019.

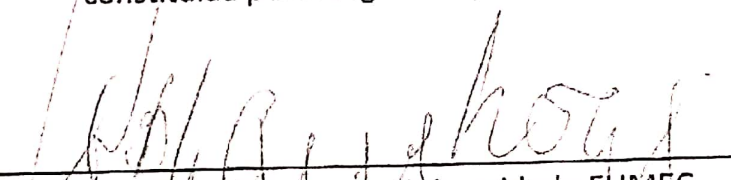
1. Silêncio (Direito). 2. Direitos fundamentais. 3.
Legalidade (Direito). I. Título. II. Gambogi, Luís Carlos
Balbino. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências
Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 342.7

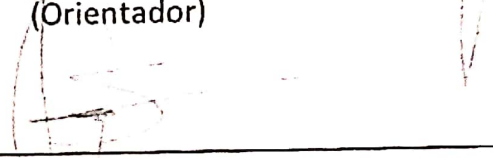


FUMEC

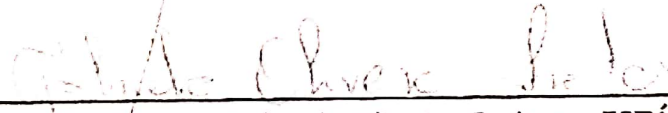
Dissertação intitulada "A RELATIVIZAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO SILÊNCIO NO BRASIL: hipóteses selecionadas" de autoria SAMANTHA BRAGA PEREIRA, aprovado pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:



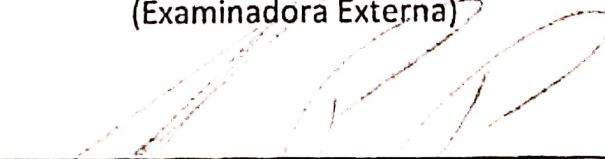
Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi – Universidade FUMEC
(Orientador)



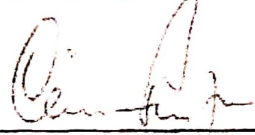
Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas – Universidade FUMEC
(Examinador Interno)



Profa. Dra. Gabriela Oliveira Freitas – ESTÁCIO DE SÁ
(Examinadora Externa)



Prof. Dr. Fábio Presoti Passos – FAMIG
(Examinador Externo)



Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiúza
Coordenador do Programa de Mestrado em Direito
da Universidade FUMEC

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que por caminhos que eu não imaginava seguir, me guiou e me trouxe até aqui.

Aos meus avós-pais, Marlene e Manoel Dalmy, minha gratidão por terem me criado da melhor forma possível, me dando todo suporte necessário para vencer as batalhas da vida. Não existem palavras para agradecer a vocês, que mesmo diante de todas as dificuldades não mediram esforços para minha felicidade e de Anissa.

À minha irmã Anissa, que sempre esteve ao meu lado e mesmo à distância torceu a cada momento para o meu sucesso, e que agora me trouxe o mais puro amor que já experimentei até esse momento, o Arthur. Ao Arthur, que mesmo tão pequenino me deu forças e luz para terminar essa jornada.

Ao Henrique, meu amor, pela paciência e pela perseverança, pela parceria e amor dedicados a mim sempre. Sem você eu certamente não teria conseguido. Te amo.

Às minhas amigas lindas, que sempre dedicaram um tempinho para ouvir minhas reclamações e preocupações nesses dois anos de mestrado e sempre me impulsionaram para cima quando eu me senti para baixo.

Aos amigos e sócios do escritório Cateb Advogados, Sousa, de Filippo, que me apoiaram e acompanharam todos os passos dessa jornada, das alegrias às aflições, e em especial, agradeço ao Cristiano e ao Filipe.

Ao querido professor Gambogi, meu orientador, pela prontidão e gentileza em me atender, aconselhar e por ter me dado a honra de ser sua orientanda.

Aos queridos Zandona e Claudinha, que são pessoas ímpares da Fumec, dedicadas ao trabalho e aos mestrandos. Muito obrigada por tudo.

RESUMO

O trabalho tem como temática a relativização do direito ao silêncio no Brasil, e busca indagar, como problema de pesquisa, se o direito ao silêncio, consubstanciado num direito amplo e irrestrito de negativa de produção de provas autoincriminatórias, é respeitado pelo Estado. Como hipótese, afirma que é inconstitucional a relativização dos direitos e garantias decorrentes do conceito amplo do silêncio, por quaisquer entes ou órgãos estatais. Adota como marco teórico a conceituação do Supremo Tribunal Federal ao longo do período pós-Constituição de 1988, segundo a qual o direito ao silêncio, também chamado de garantia de não autoincriminação, alcança direitos amplos de exercício absoluto de não produção de provas autoincriminatórias, não se limitando ao direito de permanecer calado, tal como disposto na Constituição. Analisa a origem do direito ao silêncio, os conceitos amplo e restritivo do alcance desse direito na doutrina brasileira, o conceito formado pelos julgados do Supremo Tribunal Federal desde a Constituição de 1988, e a aplicação desse direito nos Estados Unidos da América e em Portugal. Apresenta a legalidade material como princípio que exige para validade e vigência das normas, que estas não contrastem com direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição como cláusulas pétreas, e estabelece que às criações legislativas e à interpretação judicial é inconstitucional impedir, relativizar ou penalizar o exercício do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação. Analisa o período pré-Constituição de 1988 para a compreensão do cenário assecuratório de direitos e garantias individuais no qual foi fundada a Constituição, conceitua e posiciona o direito ao silêncio e a garantia a não autoincriminação nesse rol, e analisa a extensão da proteção que a Constituição de 1988 concedeu a esses direitos e garantias ao dispor que são cláusulas pétreas. Conclui que há a relativização do direito ao silêncio no Brasil a partir da constatação da existência de situações em que se admite a realização compulsória de provas autoincriminatórias, ou em que, apesar de permitido o exercício do direito a não produção dessas provas, aplica-se presunção de culpa ou punição em razão da invocação desse direito. O desenvolvimento do trabalho se deu por intermédio de pesquisa bibliográfica, pelo método dedutivo, tendo como fontes bancos de teses, dissertações, monografias, artigos, periódicos, livros físicos e digitais, legislação, e julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Direito ao silêncio. Garantia de não autoincriminação. Relativização de direitos constitucionais. Inconstitucionalidade. Direitos e garantias individuais pétreas.

ABSTRACT

The work has as its theme the relativization of the right to silence in Brazil, and seeks to inquire whether the right to silence, consubstantiated in the broad and unrestricted right of refusal to produce self-incriminating evidence, is respected by the State. It proposes as hypothesis that it is unconstitutional the relativization of these rights and guarantees by any entity of the functions of the State. In order to reach the proposed hypothesis, the work uses as a theoretical framework the conception built by the Federal Supreme Court over the years after the 1988 constitution, according to which the right to silence, also named as guarantee of non-self-incrimination, reaches all kinds of non-production rights of self-incriminating evidence and is not limited to the right to remain silent explicitly set forth in the Brazilian Constitution. The analysis studies the origin of the right to silence in the western scenario, its concepts and scope in current Brazilian law, its concept created by the judgments of the Federal Supreme Court along the years after the 1988 Constitution, the concept and the application in the United States of America and in Portugal. The work presents the material legality as a principle that requires, in order to be validated as legal norms, that they cannot contrast with fundamental rights and guarantees established by the Constitution as stonework clauses, and establishes that neither through legislative creations nor through judicial interpretation is possible to suppress, modify, reduce, deny the exercise or establish penalty to those who exercise the right to silence. Then, it analyzes the period pre-Constitution of 1988, to understand the scenario that gave rise to new rights and guarantees, conceptualizing and positioning the right to silence in this role and analyzing the protection that the Constitution of 1988 granted to these rights and guarantees by providing them as immutable clauses. Thus, proposing that the relativization of the right to silence in Brazil is unconstitutional, it analyzes that compulsory realization of self-incriminating evidence in Brazil is admitted, and introduces two critical analysis of situations in which, although the right to not produce evidence remains, there is a suppression of the right to silence, since there is presumption of guilt or punishment due to the invocation of that right. The development of the work was made through bibliographical research, having as sources theses, dissertations, monographs, articles, magazines, physical and digital books, legislation, and judgments of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice.

Keywords: Right to silence. Privilege against self-incrimination. Individual rights relativization. Unconstitutionality. Suppression of individual rights and guarantees.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-------|-----------------------------------|
| AI | Ato institucional |
| ANS | Agência Nacional de Saúde |
| Art. | Artigo |
| Arts. | Artigos |
| CPI | Comissão Parlamentar de Inquérito |
| CTB | Código de Trânsito |
| DF | Distrito Federal |
| DNA | Ácido desoxirribonucleico |
| EUA | Estados Unidos da América |
| HC | Habeas Corpus |
| n° | Número |
| PEC | Proposta de Emenda Constitucional |
| REsp | Recurso Especial |
| RJ | Rio de Janeiro |
| RS | Rio Grande do Sul |
| SP | São Paulo |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |

SUMÁRIO

| | | |
|------------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 | DIREITO AO SILÊNCIO: ORIGEM, CONCEITOS E DESDOBRAMENTOS | 14 |
| 3 | O DIREITO AO SILÊNCIO NO BRASIL | 26 |
| 4 | O DIREITO AO SILÊNCIO NOS JULGADOS DO STF..... | 31 |
| 5 | CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E EM PORTUGAL..... | 36 |
| 6 | O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE MATERIAL COMO NECESSIDADE DE CONFORMIDADE DAS LEIS COM OS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS | 43 |
| 6.1 | O PERÍODO DE REGIME MILITAR E O NASCIMENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988..... | 45 |
| 6.2 | O DIREITO AO SILÊNCIO COMO CLÁUSULA PÉTREA..... | 50 |
| 7 | IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL COMPULSÓRIA POR PERFIL GENÉTICO..... | 53 |
| 8 | A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO | 63 |

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 9 | O ARTIGO 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO E A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO..... | 65 |
| 10 | CONCLUSÃO | 72 |
| | REFERÊNCIAS | 76 |

1 INTRODUÇÃO

O direito ao silêncio está inserido na Constituição da República Federativa do Brasil, no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, LXIII, e protegido pelo artigo 60 como uma cláusula pétrea (BRASIL, 1988).

Encontra-se presente, também de forma explícita, no artigo 186 do Código de Processo Penal e no artigo 379 do Código de Processo Civil.

Segundo a Constituição da República, o preso tem assegurado o direito de permanecer calado (BRASIL, 1988). Pela dicção do artigo 186 do Código de Processo Penal, esse silêncio “não importará em confissão e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa” (BRASIL, 1941) e, segundo determina o artigo 379 do Código de Processo Civil, é preservado à parte o direito de não produzir prova contra si própria (BRASIL, 2015a).

Sopesada a estampa explicitada na Constituição, o direito ao silêncio traduz-se em direitos muito além da prerrogativa de permanecer calado.

O direito ao silêncio, também chamado de garantia de não autoincriminação, forma um emaranhado amplo de direitos que asseguram a qualquer sujeito – acusado, investigado ou suspeito – o direito de não confessar, de não falar em interrogatórios ou depoimentos, de não participar ativamente de produção de provas, e de se negar a fornecer material probatório ou se submeter a exames físicos autoincriminatórios.

Por intermédio do estudo do direito ao silêncio desde sua origem, bem como pela análise da interpretação constitucional proporcionada por julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) ao longo do período pós-Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), e ainda por meio da análise de doutrinas nacionais sobre o tema, o trabalho apresenta como pressuposto inicial que o direito ao silêncio é uma garantia de autodefesa ampla, que visa proteger o indivíduo de se autoincriminar.

O STF interpreta o direito ao silêncio e a garantia de não autoincriminação como um direito individual, subjetivo e absoluto, assegura seu exercício não somente no processo penal e afirma se tratar de um direito oponível a qualquer autoridade.

Segundo os julgados colhidos e analisados, o STF significou o direito ao silêncio e a garantia de não autoincriminação em um conjunto de direitos de não colaborar com investigações ou com instruções, sejam criminais ou não, de não declarar contra si mesmo, de não confessar, de não falar a verdade e de não realizar provas periciais autoincriminatórias.

Nesse sentido, pode-se dizer que decorrentes do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação existem diversos direitos ligados à autodefesa e à dignidade da pessoa

humana que garantem, para além do que consta explícito no artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988) e no artigo 186 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que o indivíduo se escuse de realizar quaisquer provas autoincriminatórias perante qualquer autoridade do Estado.

Assim, o direito ao silêncio e a garantia da não autoincriminação, também conhecida como *nemo tenetur se detegere* (não ser obrigado a se revelar) permite que o acusado, investigado, preso ou não, permaneça calado e não produza provas que possam ser usadas para sua incriminação, sendo assegurado ainda, diante do exercício desse direito constitucional, que a ausência de manifestação, colaboração ou produção de provas não seja usada em seu desfavor, sob a forma de presunção de culpa ou por meio de outras punições.

Utilizando-se, como marco teórico, da construção do conceito amplo de direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação erguida pelo Supremo Tribunal Federal, elaborou-se o estudo com o objetivo de responder se o conceito amplo do direito ao silêncio brasileiro (e da garantia de não se autoincriminar) é respeitado como direito de exercício absoluto, ou se é relativizado.

Como hipótese, afirma-se que é inconstitucional a relativização dos direitos decorrentes do conceito amplo do silêncio.

Justifica-se o trabalho em razão da necessidade da análise do instituto do direito ao silêncio em conformidade com a sua origem efetiva no direito brasileiro, que se deu após o nascimento da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), com traços de máxima proteção em razão do período anterior de supressão de direitos enfrentado pelo Brasil.

O objetivo geral do trabalho, nesse sentido, é analisar os contornos e alcance do direito ao silêncio, ou garantia de não autoincriminação no Brasil, e investigar se esses direitos, tais quais dispostos e conceituados no trabalho, são respeitados.

Como objetivos específicos, a pesquisa apresenta: (a) analisar os conceitos amplo e restritivo do direito ao silêncio; (b) analisar e demonstrar a compatibilidade do conceito amplo do silêncio com a conceituação erguida pelo Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos após a Constituição da República de 1988; (c) demonstrar que as normas ou entendimentos que contrastam ou limitam o conceito amplo de direito ao silêncio são inconstitucionais; (d) verificar se há relativização do direito amplo ao silêncio no Brasil; (e) investigar se a relativização do direito ao silêncio tal qual construído pelo STF e doutrina que admite seu conceito amplo é inconstitucional.

No desenvolvimento do trabalho, estudou-se a origem do direito ao silêncio como forma de proteção do indivíduo contra abusos do Estado que se utilizava de métodos cruéis – como a tortura – para conseguir a confissão de acusados e réus.

Em seguida, passou-se por verificação doutrinária da abrangência do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação no Brasil, estabelecendo, segundo a conceituação ampla desse direito, que se trata de prerrogativa de não fornecimento involuntário de qualquer tipo de informação, declaração, dado, objeto, documento ou prova que seja autoincriminatória, de forma direta ou indireta; e, segundo um conceito restritivo, que o direito ao silêncio e a garantia a não se autoincriminar não deveria passar do que consta explícito no texto constitucional, abarcando apenas o direito de pessoas presas ou acusadas, de não prestar depoimento, confissão ou responder a interrogatórios.

A partir do conceito amplo de direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação, iniciou-se análise de julgados do STF desde a promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), formando uma linha temporal e conceitual do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação.

Segundo essa linha que se firmou a conceituação ampla do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação como direito constitucional que permite o livre exercício da negativa de prestação de provas e não somente a possibilidade de permanecer em silêncio e de não confessar a culpa nos depoimentos judiciais ou policiais.

Formado o conceito amplo do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação no Brasil, o trabalho trouxe algumas considerações quanto à aplicação do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação nos Estados Unidos da América e em Portugal, com o objetivo de verificar a amplitude dada pelo Direito dos dois países, e investigar se há pontos em comum entre esses países e o Brasil, na construção teórica da garantia de não autoincriminação e do direito ao silêncio.

A escolha pelo estudo do direito ao silêncio norte-americano se deu por ter sido um dos países pioneiros a explicitar o direito ao silêncio e a garantia de não autoincriminação na lei.

Quanto a Portugal, realizou-se estudo a fim de verificar se há aspectos consonantes entre a aplicação do direito ao silêncio e garantia de não autoincriminação português e o brasileiro, sopesado o fato de Portugal, ao contrário dos Estados Unidos da América e do Brasil, não ter sequer inserido tal direito explicitamente em seu texto constitucional.

Em sequência, o texto trouxe à luz o princípio da legalidade substancial, segundo o qual uma norma só será considerada válida, além de vigente, se os seus conteúdos não

contrastarem com os princípios e os direitos fundamentais estabelecidos e protegidos pela constituição.

Com a finalidade de auxiliar na compreensão de que o direito ao silêncio e a garantia de não autoincriminação formam um direito constitucional fundamental e pético, com extensão que alcança o direito absoluto de negativa de produção de provas, a legalidade material foi utilizada como princípio que alicerça a proibição da relativização desse direito pelo Estado, seja por meio de criação legislativa ou por entendimentos de quaisquer autoridades.

Segundo a legalidade material, é devido o respeito das leis e da atuação geral do Estado ao que o texto constitucional determina, permite ou proíbe.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) inseriu um rol de direitos e garantias considerados fundamentais, e alguns, como o direito ao silêncio, são pétreos.

A inserção desses direitos como cláusulas pétreas foi uma maneira de proteção da sociedade em face do próprio Estado, que antes da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), passou por períodos de supressão desses mesmos direitos e garantias.

Então, para a compreensão do cenário prévio que levou à promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), reconhecidamente garantista, o trabalho optou por relembrar o período de regime militar iniciado em 1964, e após, estabelecer o conceito das cláusulas pétreas determinadas pela Constituição de 1988, no artigo 60 (BRASIL, 1988), permitindo afirmar que era ideal do Constituinte preservá-las ao longo do tempo e impedir que novas leis ou mesmo emendas ao texto constitucional alterassem seus sentidos precípuos, reduzissem ou mesmo removessem tais cláusulas do ordenamento.

Com essa constatação, passou-se ao ponto central do trabalho, analisando se o direito ao silêncio e a garantia de não autoincriminação são relativizados no Brasil, sopesada a constatação de se tratar de direito constitucional protegido como cláusula pétrea e ter sido construído pelo STF como direito amplo e absoluto de negativa de produção de provas autoincriminatórias.

Concluiu-se pela relatividade do direito ao silêncio no Brasil, a partir da verificação de três hipóteses selecionadas pelo trabalho, nas quais respectivamente ocorre: *(i)* a determinação compulsória de produção de prova autoincriminatória; *(ii)* a presunção de culpa (relativa) pela negativa de produção de prova autoincriminatória; e *(iii)* a determinação de punição (administrativa) pela mera negativa de produção de prova autoincriminatória.

Diante da conclusão, a pesquisa propôs que é inconstitucional a relativização do direito ao silêncio, seja por meio de determinação compulsória de colaboração em provas autoincriminatórias, seja por meio de aplicação de penalidades a quem se negue a produzir tais provas, ou mediante o uso da presunção de culpa diante da negativa.

Quanto aos aspectos metodológicos, a pesquisa realizada foi do tipo bibliográfico, utilizando o modelo argumentativo e raciocínio predominantemente dedutivo. As fontes de consulta consistiram em análise da legislação, tratados e julgados do STF e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bancos de teses, dissertações e monografias, livros físicos e digitais, artigos científicos publicados em periódicos e *sites* jurídicos, dentre outros materiais relacionados ao tema-problema.

2 DIREITO AO SILÊNCIO: ORIGEM, CONCEITOS E DESDOBRAMENTOS

O direito ao silêncio está explicitamente elencado no artigo 5º, LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (BRASIL, 1988).

No artigo 186 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), e no artigo 379 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), também existem determinações explícitas quanto ao direito ao silêncio e a garantia de não autoincriminação:

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 (BRASIL, 1941).

Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:

I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;

III - praticar o ato que lhe for determinado (BRASIL, 2015a).

Esse direito, apesar de delineado no artigo 5º, LXIII, da Constituição da República (BRASIL, 1988) como direito constitucional do preso de permanecer calado, e no artigo 186 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) apenas como garantia da defesa que não implica em presunção de culpabilidade, é originado de um direito mais amplo e pré-existente à Constituição Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988), não se limitando ao simples e restrito direito do preso ou do acusado em processo ou investigação criminal a silenciar-se e não confessar culpa em interrogatórios ou depoimentos.

Merece ser ressaltado que o direito ao silêncio se origina de um princípio de extrema relevância para o campo dos direitos humanos: a dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta o reconhecimento dos direitos humanos e se encontra inserido no artigo 1º, III, da Constituição da República de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Para Silvio Beltramelli Neto, a dignidade da pessoa humana deita raízes na constatação de que, na essência, todo ser humano é livre e goza dos mesmos direitos básicos, e por isso guarda indissociável proximidade com a liberdade e a igualdade (BELTRAMELLI NETO, 2017, p. 34). Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana é antes de tudo, um dado da vida, e o Direito só faz protegê-la e promovê-la (BELTRAMELLI NETO, 2017, p. 35).

Esse dever de proteção e promoção da dignidade humana foi reconhecido pela Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), que a inseriu como princípio fundamental da formação do Estado Democrático de Direito.

Segundo Letícia Athayde Santos de Carvalho, é importante o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana na elaboração, construção e aplicação das normas, devendo ser respeitado tanto na elaboração das leis, quanto em sua aplicação (CARVALHO, 2018, p. 22).

Portanto, inicia-se o estudo pela premissa de que o direito ao silêncio é espécie, e a dignidade da pessoa humana, o gênero.

Quanto a essa espécie, há que se analisar sua origem no tempo, a fim de se estabelecer a melhor conceituação possível do direito ao silêncio para o Direito atual.

Maria Elizabeth Queijo menciona que o início do direito ao silêncio pode ter se dado desde o Código de Hamurabi, mas, aponta de maneira mais firme que sua origem seria no direito hebraico (QUEIJO, 2012, p. 29).

Há registros de que sua origem teria se dado, ao menos desde o século V, pois a partir dos escritos de São João Crisóstomo, comentando a Carta de São Paulo aos Hebreus, já se admitia um direito a não se incriminar do homem perante os outros homens: “Eu não digo que você deve trair a si mesmo em público nem acusar a si mesmo perante outros, mas, que você

deve obedecer ao Profeta quando ele diz: ‘Revele-se ao Senhor’” (HELMHOLZ *et al.*,1997, p. 26, tradução nossa)¹.

Pode-se dizer, porém, que a origem expressa como direito, do direito ao silêncio e da garantia a não se incriminar, se deu séculos após, com a consagração dos ideais iluministas em países da Europa e nos Estados Unidos da América, surgindo junto de outros direitos universais e naturais do indivíduo, como forma de defesa face às barbáries que eram cometidas pelos Estados absolutistas.

Durante a Idade Média (entre os séculos V a XV), enquanto os países europeus e católicos eram regidos pelo sistema processual inquisitório, os meios de prova eram manipulados e empregavam-se a tortura e outros meios insidiosos a fim de conseguir a confissão dos acusados. A confissão nesse sistema era considerada a prova máxima (GAVA, 2013, p. 19).

O sistema inquisitório tinha como principal característica o fato de que as funções de acusar, defender e julgar se encontravam concentradas em uma única pessoa, que assumia, assim, as vestes de um juiz acusador, que era chamado de juiz inquisidor (LIMA, 2016, p. 38).

Nesse cruel aparelho processual, que vigorou de forma mais firme entre os séculos XIII e XV, o interrogatório dos acusados era o principal meio de prova e não havia direito do acusado a permanecer em silêncio nem a exercer qualquer outro direito de autodefesa.

No processo inquisitório, o juiz inquisidor, dotado de ampla iniciativa probatória, era livre para determinar de ofício a coleta de provas, sendo que a gestão dessas provas também era concentrada nas mãos do juiz (LIMA, 2016, p. 39). Na fase em que vigorou esse sistema, a prova mais importante para as condenações era a confissão.

Assim, o poder inquisitório, de maneira parcial, recorria à prática da tortura para a obtenção da confissão, e sentenciava os indivíduos a penas que, não raras vezes, sequer se comparavam às crueldades já experimentadas durante a fase de investigação e instrução (ALBUQUERQUE, 2008, p. 22).

No sistema inquisitorial, o acusado era mero objeto do processo, e não era considerado sujeito de direitos. Na busca da verdade material, admitia-se então que o acusado fosse torturado para obtenção da confissão (LIMA, 2016, p. 39).

¹ Texto original: “*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 unto the Lord’*”.

Albuquerque afirma que em muitos casos, sob a égide do sistema inquisitorial, nem mesmo a confissão aliviava o suplício dos acusados, pois a sanguinolência de muitos inquisidores chegava ao ponto que nenhuma postura do interrogado lhes satisfazia (ALBUQUERQUE, 2008, p. 22).

Somente a partir do final do século XVI, diante da insustentabilidade da situação e do avanço das ciências, cresceu uma repugnância em face das práticas autoritárias e cruéis do Estado absoluto (ALBUQUERQUE, 2008, p. 23), o que inflamou o ânimo dos pensadores da época.

Após o início do século XVII, com o apoio dos ideais humanistas do Iluminismo, que pregava o racionalismo, sobrepondo-se às crueldades do sistema inquisitório, as bases daquilo que se tornaria o Estado de Direito foram iniciadas.

Para os pensadores liberais, a intervenção do Estado na vida das pessoas era um mal que deveria cessar e o reconhecimento dos direitos humanos, naturais dos homens, deveria tomar forma e força efetiva.

Assim, foi das ideias formadas para a proteção do indivíduo contra o Estado absoluto que nasceu uma fórmula primitiva do direito ao silêncio, conhecida pelo termo “garantia a não se incriminar” ou *nemo tenetur se detegere* (não ser obrigado a se revelar).

Entre 1637 e 1638, na Inglaterra, segundo Thiago Bottino do Amaral, o inglês John Lilburne, ao enfrentar uma acusação por trazer livros proibidos da Holanda, se recusou a prestar o juramento de “dizer a verdade”, e, por essa recusa, foi multado e condenado a ser chicoteado em público (AMARAL, 2009, p. 39).

Em face de tal sentença, Lilburne apresentou petição ao Parlamento inglês, narrando a situação. Em maio de 1641, a Câmara dos Comuns decidiu anular a sentença porque seria ilegal, contrária à liberdade individual, sangrenta, cruel e tirânica (AMARAL, 2009, p. 39).

Essa anulação no caso de Lilburne, apesar de não codificada, indica que o direito ao silêncio, naquele ponto da história inglesa, já era tratado como uma garantia individual, impedindo que o Estado obrigasse o indivíduo a se confessar culpado.

Thomas Hobbes, na obra *O Leviatã*, de 1651, reconheceu a necessidade da afirmação do direito ao silêncio da seguinte maneira:

Um pacto no sentido de alguém se acusar a si mesmo, sem garantia de perdão, é igualmente inválido. Pois na condição de natureza, em que todo homem é juiz, não há lugar para a acusação, e no estado civil a acusação é seguida pelo castigo; sendo este força, ninguém é obrigado a não lhe resistir. O mesmo é igualmente verdadeiro da acusação daqueles por causa de cuja condenação se fica na miséria, como a de um pai, uma esposa ou um benfeitor. Porque o testemunho de um tal acusador, se não for prestado voluntariamente, deve considerar-se corrompido pela natureza, e portanto não deve ser aceito; e quando o testemunho de um homem não vai receber

crédito ele não é obrigado a prestá-lo. Também as acusações arrancadas pela tortura não devem ser aceitas como testemunhos. Porque a tortura é para ser usada como meio de conjectura, de esclarecimento num exame posterior e de busca da verdade; e o que nesse caso é confessado contribui para aliviar quem é torturado, não para informar os torturadores. Portanto não deve ser aceito como testemunho suficiente porque, quer o torturado se liberte graças a uma verdadeira ou a uma falsa acusação, fá-lo pelo direito de preservar sua vida. [...] (HOBBS, 2003, p. 121).

Se alguém for interrogado pelo soberano ou por sua autoridade, relativamente a um crime que cometeu, não é obrigado (a não ser que receba garantia de perdão) a confessá-lo, porque ninguém (conforme mostrei no mesmo capítulo) pode ser obrigado por um pacto a acusar-se a si próprio (HOBBS, 2003, p. 186).

Verifica-se que o *nemo tenetur se detegere*, nesse ponto da história, surgiu de uma necessidade de proteção política contra o Estado, e nasceu junto de outras garantias e direitos humanos, com a finalidade primordial de superar os abusos e a violência estatais, e estabelecer limitações ao sistema processual como um todo.

E foi a partir dessa influência iluminista e liberal, que em 1776, foi promulgada a Declaração de Direitos da Virgínia, nos Estados Unidos, que, precedendo à Declaração de independência dos Estados Unidos da América, preconizou explicitamente no artigo 10º, que ninguém seria obrigado a produzir provas contra si mesmo:

Artigo 10º - Em todos os processos por crimes capitais ou outros, todo indivíduo tem o direito de indagar da causa e da natureza da acusação que lhe é intentada, tem de ser acareado com os seus acusadores e com as testemunhas; de apresentar ou requerer a apresentação de testemunhas e de tudo que for a seu favor, de exigir processo rápido pôr um júri imparcial e de sua circunvizinhança, sem o consentimento unânime do qual ele não poderá ser declarado culpado. Não pode ser forçado a produzir provas contra si próprio; e nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade, a não ser pôr um julgamento dos seus pares, em virtude da lei do país (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1776).

Maria Elizabeth Queijo afirma que, não obstante a Inglaterra tenha sido a colonizadora dos Estados Unidos, os estados americanos colonizados saíram na frente no reconhecimento do direito ao silêncio, com a instituição do “*privilege against self-incrimination*”² na Virgínia, que embora tratasse de uma norma aplicável apenas àquele estado e não adotada nas demais constituições estaduais, antecedeu ao efetivo reconhecimento do direito ao silêncio na Inglaterra (QUEIJO, 2012, p. 42), que teria sido codificado somente a partir de 1836, com o direito à representação do acusado por seu advogado, e após 1848, com a lei que passou a obrigar o juiz da instrução a informar aos acusados de seu direito ao silêncio (RAMOS, 2006, p. 137-138).

A partir da declaração da independência dos Estados Unidos da América, em 1791, foram introduzidas dez emendas à Constituição Norte-Americana, conhecidas como “*Bill of Rights*”.

² Em tradução livre, “privilégio contra não autoincriminação”.

A quinta emenda dessa Constituição atribuiu a todos os cidadãos norte-americanos o direito de não testemunharem contra si próprios, já previsto na declaração de Virgínia, mas enunciado no texto constitucional de uma forma diversa da referida lei estadual:

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1789).

A quinta emenda norte-americana introduziu um direito ao silêncio com aspecto testemunhal, diferente do descrito pela Declaração de Virgínia, que determinava que ninguém poderia ser forçado a produzir provas contra si próprio.

Essa constatação terá importância em capítulo futuro, uma vez que os Estados Unidos construíram sua garantia do “*privilege against self-incrimination*” ligada ao direito a não testemunhar contra si, e não a um direito amplo de não produzir ou colaborar com todos os demais tipos de provas autoincriminatórias.

Dando seguimento ao estudo das origens do direito ao silêncio, em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³ foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, trazendo no artigo 14, o direito para toda pessoa acusada de não ser obrigada a depor contra si mesma, ou de confessar culpa:

Artigo 14

.....

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

.....

g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. (BRASIL, 1992a)

Três anos depois, em 1969, foi assinada pela Organização dos Estados Americanos a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida popularmente como Pacto de São José da Costa Rica, que introduziu e reafirmou direitos civis e políticos, destacando no artigo 8º, 2, g, o direito de todos à presunção de inocência e a garantia de não ser obrigado a depor contra si mesmo, ou declarar-se culpado:

Artigo 8

.....

³ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi promulgado e entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992 (BRASIL, 1992a).

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

.....

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969)

Interessante o exame dos documentos que ao longo da história delimitaram e dispuseram sobre o direito ao silêncio, até mesmo para verificar que sua origem principiológica vem, além da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da presunção de inocência e da ampla defesa.

A partir da análise realizada, pode-se inferir que o direito ao silêncio surgiu da necessidade de proteção do indivíduo face às acusações arbitrárias estatais, e serviu assim, desde o início, como um direito de autodefesa, encarado não apenas como direito a silenciar a voz ou de não se declarar culpado, mas também como um direito de não atuar de forma a auxiliar o Estado na sua própria incriminação, no sentido de não ter que produzir provas contra si.

Partindo do pressuposto de que o direito ao silêncio é interpretado a partir da compreensão de uma variedade de direitos, e não se esgota no direito de “não falar”, passa-se ao estudo atual de seus conceitos e dos desdobramentos de sua aplicação.

O direito ao silêncio, ou garantia de não autoincriminação, é um direito de defesa, ou melhor, de autodefesa, que permite à pessoa posta sobre suspeita ou acusação, o exercício da prerrogativa de não se incriminar.

É um direito indiscutivelmente explícito na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), mas que gera controvérsias no que tange a sua extensão chegar ao direito de negativa de produção ou colaboração em outras provas autoincriminatórias, além da confissão e da participação nos interrogatórios e depoimentos.

Assim, trabalha-se na presente dissertação com o conceito amplo do direito ao silêncio, também o titulando de garantia de não autoincriminação.

Porém, antes de apresentar a conceituação ampla desse direito – e demonstrar o conceito restritivo que se contrapõe a ele – faz-se necessária uma exposição sobre as provas.

A prova é elemento segundo o qual é possível a comprovação de uma acusação, ou de uma afirmação, seja em que esfera do Direito for.

E em um sentido amplo, provar significa demonstrar a verdade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real (LIMA, 2016, p. 573).

A verdade que se busca demonstrar com a prova, é a conformidade da noção ideológica com a realidade. Já a crença na percepção dessa conformidade é a certeza (MALATESTA, 1927, p. 18).

A certeza é, portanto, um estado subjetivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objetiva (MALATESTA, 1927, p. 18).

No que tange às provas, a certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se a certeza do que objetivamente é falso; em outras oportunidades, duvida-se do que objetivamente é verdade. E a própria verdade que parece certa a uns, aparece também como duvidosa a outros, e até como falsa (MALATESTA, 1927, p. 18).

Nicola Framarino Malatesta define a prova como a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas determinações especiais de credibilidade, de probabilidade e de certeza (MALATESTA, 1927, p. 81).

A prova pode assumir três acepções. A prova como atividade probatória, que consiste em atividades de verificação mediante as quais se busca chegar à verdade dos fatos. A prova como resultado, que se caracteriza pela formação de convicção do julgador quanto à existência ou não de uma determinada situação fática. E a prova como meio ou instrumento idôneo para a formação de convicção do julgador acerca da existência ou não de um fato (LIMA, 2016, p. 574).

Como visto, no sistema inquisitorial as provas eram colhidas de maneira violenta, e os acusados não possuíam prerrogativas para escapar das mãos do Estado, que visava o ato de incriminar. É por isso que esse sistema se utilizava da tortura com a finalidade de construir a prova máxima para condenação: a confissão.

No entanto, num sistema processual em que são respeitados direitos e garantias, não é possível a coleta de provas de forma arbitrária, uma vez que qualquer réu, investigado, ou acusado, tem direitos de presunção de inocência, ampla defesa e contraditório garantidos, e inserido dentro desses direitos, está o direito a não se autoincriminar.

Assim, num sistema de perfil acusatório e compatível ao Estado Democrático instituído pela Constituição de 1988, cabe à parte acusadora, o ônus de demonstrar a culpa (ou a culpabilidade) da pessoa a quem acusa de um determinado fato, e não ao próprio acusado de trazer ao processo a prova de sua inocência.

Em outras palavras, recai sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato imputado (LIMA, 2016, p. 44).

Afinal, ao adotar um sistema acusatório, o Estado faz explicitamente uma opção pelos direitos fundamentais do cidadão, não podendo ficar em um paradoxo entre repressividade e garantismo (SILVA, 2017).

Para além dos conceitos elencados, cumpre consignar as formas que a prova pode assumir no Direito, a saber, documental, testemunhal ou material.

Documento é o papel escrito que traz em si uma declaração de existência ou não de um fato. Prova material é aquela que resulta da verificação existencial de determinado fato, que demonstra a sua materialização (corpo de delito, instrumentos usados para prática de crime, etc.). Por fim, testemunhal é a prova que consiste na manifestação pessoal oral. A prova testemunhal é uma espécie do gênero prova oral, que abrange declarações em geral (LIMA, 2016, p. 578), incluídos aí a confissão, os interrogatórios em geral e os depoimentos.

Importa pontuar que quanto à confissão – que era a prova mais importante do sistema inquisitorial – o Direito atual admite dois tipos: a confissão ficta e a confissão real.

A confissão ficta ou presumida é obtida pelo silêncio da pessoa a quem se imputa um fato. Porém, a aplicação de tal confissão, existente no Direito Processual Civil por força do artigo 344 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) (situação em que não se contestam os fatos alegados pelo autor e ocorre a revelia), não é absoluta.

A confissão real é aquela feita oral e pessoalmente pela pessoa a quem se imputa um fato, afirmando serem verdadeiras as alegações.

Para o Direito Penal, registre-se que nem mesmo aos fatos que são confessados oralmente pela pessoa investigada ou acusada dispensa-se a coleta de outras provas para a condenação.

Já para o Direito Civil, por força do artigo 374 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), diante da confissão real, em regra não se buscam outras provas para decidir o processo:

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (BRASIL, 2015a).

Mesmo diante de diferenças entre os ramos do Direito em relação à forma de aplicação ou de valoração, a todos é comum o fato de que as provas são os elementos de convicção que possibilitam estabelecer a verdade dos fatos controversos no mundo jurídico.

Mas no que tange à colheita das provas para o alcance da verdade, devem ser sempre observados os direitos e garantias constitucionais, como norte do processo, não se podendo, mesmo com a intenção de trazer a verdade, ultrapassar os limites dos direitos e garantias dos cidadãos para obter provas.

E assim, o direito ao silêncio, como um direito constitucional, deve ser garantido a todos os indivíduos em relação a não colaboração com esses elementos de convicção processual.

Para o indivíduo que é colocado sob suspeita de prática de um fato, deve ser sempre garantido o direito de não confessar e de não colaborar com a coleta de outras provas que possam lhe autoincriminar.

O termo *nemo tenetur se detegere*, um dos nomes dados ao direito ao silêncio, é um vocábulo em latim que em tradução livre, significa “não ser obrigado a se revelar a ninguém”. A palavra “revelar” não é relacionada diretamente a falar ou a confessar oralmente.

O direito a não se revelar, induz a uma ideia de que qualquer revelação autoincriminatória não pode ser obrigatória ao indivíduo, cabendo ao acusador o papel de encontrar e produzir as provas e não ao acusado (em geral) levar as provas que causarão sua própria incriminação e eventual condenação.

O titular do direito de não produzir prova contra si mesmo é qualquer pessoa que possa se autoincriminar. É irrelevante que se trate de inquérito policial ou administrativo, processo criminal ou cível ou de Comissão Parlamentar de Inquérito. Se houver possibilidade de autoincriminação, a pessoa pode fazer uso do *nemo tenetur se detegere* (LIMA, 2016, p. 72).

Para Luiz Flávio Gomes, do direito ao silêncio decorrem direitos amplos de não se autoincriminar, oponíveis a qualquer autoridade, e não restritos à seara criminal:

O privilégio ou princípio (a garantia) da não auto-incriminação (*Nemo tenetur se detegere* ou *Nemo tenetur se ipsum accusare* ou *Nemo tenetur se ipsum prodere*) significa que ninguém é obrigado a se auto-incriminar ou a produzir prova contra si mesmo (nem o suspeito ou indiciado, nem o acusado, nem a testemunha etc.). Nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente.

Somando-se o direito de não autoincriminação com a presunção de inocência, chega-se à conclusão de que da não colaboração do suspeito ou acusado com a produção de qualquer tipo de prova incriminatória não se pode inferir qualquer tipo de presunção contrária ao réu, muito menos a presunção de culpabilidade. Quando o juiz afirma que “quem cala consente”, “inocente nunca fica calado”, está retrocedendo ao tempo da inquisição (GOMES, 2010).

Sob esse enfoque interpretativo adotado pelo trabalho, nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de

informação, declaração, dado, objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente (GOMES, 2010).

O suspeito, indiciado, ou acusado, pode até contribuir para a produção de uma prova incriminatória, mas isso fará apenas se quiser. Obrigado não é; mesmo porque a regra que deve prevalecer é a de presunção de inocência (GOMES, 2010).

E com base na presunção de inocência, é exigível do Estado, que mesmo em uma posição persecutória, atue de forma a assegurar as garantias de defesa do acusado ou investigado, e dispõe-se que sendo o direito a não se incriminar uma dessas garantias, não pode o Estado negar seu exercício, seja obrigando o indivíduo a produzir provas, seja punindo-o ou presumindo sua culpa por não querer produzi-las.

Afinal, não se pode penalizar uma pessoa sem a comprovação da sua responsabilidade, nem comprovar essa culpabilidade sem o devido processo, e não existe o devido processo sem que se assegurem as garantias e liberdades (GOMES, 2010).

Prosseguindo com a conceituação do direito ao silêncio como uma garantia de autodefesa, podem ser elencados pelo menos nove significados diversos com base nas legislações que previram esse direito:

(1) direito ao silêncio, (2) direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; (3) direito de não declarar contra si mesmo, (4) direito de não confessar, (5) direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, (6) direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica. A essas seis dimensões temos que agregar uma sétima, que consiste no direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo. Esse genérico direito se triparte no (7) direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa, (8) direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e (9) direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória. (GOMES, 2010)

O primeiro significado, como direito ao silêncio, é inerente ao artigo 5º, LXIII, da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), que preconiza o direito a permanecer calado, não sendo esse direito, porém, restrito a pessoa que já estiver presa, mas sim a qualquer indivíduo em face de alguma acusação, autuação ou investigação. É alinhado, ainda, ao que preceituou o Pacto de São José da Costa Rica, quanto ao direito da pessoa de não se declarar culpada (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Quanto ao segundo significado, *i.e.*, como direito de não colaborar com a investigação ou instrução criminal, pode-se afirmar que também decorre do inciso LXIII da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), do já mencionado artigo 186 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), e do Pacto de São José da Costa Rica (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969), uma vez que não pode ser usada

em prejuízo do réu a sua negativa de participação ativa durante processos ou investigações, devendo ser protegido seu direito a presunção de inocência.

Os direitos de não declarar contra si mesmo e não confessar, terceiro e quarto significados, também estão dispostos de forma explícita pelo Direito Internacional, no já transcrito artigo 8º, 2, “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969) e no artigo 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (BRASIL, 1992a).

Os direitos de declarar o inverídico sem prejudicar terceiros e de não apresentar provas que prejudiquem sua situação jurídica, de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa, de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória (quinto a nono significados), são extraídos a partir da interpretação dos mesmos artigos elencados (GOMES, 2010), mas em adição a esses, vale lembrar que no dispositivo encontrado na Declaração de Virgínia, de “não poder ser forçado a produzir provas contra si próprio” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1776), apesar de não oponível ao direito brasileiro, pode-se encontrar respaldo para todas as significações acima elencadas.

A partir do conhecimento desses conceitos, pode-se concluir que o cerne da garantia de não autoincriminação, ou direito ao silêncio, reside tanto na inatividade (direito de não falar, direito de não confessar, de não apresentar prova contra si, de não participar ativamente da produção de uma prova incriminatória) quanto na atividade de, se e quando falar, não declarar a verdade (GOMES, 2010).

Merece especial destaque a constatação de que não é somente no âmbito de um processo ou de uma investigação criminal que serão aplicáveis as garantias não autoincriminatórias, mas sim em todas as esferas dos poderes estatais.

O exercício de direitos e garantias individuais como os de não se autoincriminar, além de oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, em razão de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaura uma persecução (BRASIL, 2008).

E com isso, pode-se adotar como premissa que ao Estado é vedado punir um indivíduo por se valer de uma das prerrogativas decorrentes do direito ao silêncio que, no Brasil, após 1988, assumiu caráter que abrange direitos para muito além dos interrogatórios policiais e judiciais, e deve assim – como direito fundamental que é – ser garantido e respeitado conforme o desejo da Constituição (BRASIL, 1988) que o elencou nesse rol.

3 O DIREITO AO SILÊNCIO NO BRASIL

O Brasil só veio a efetivamente consagrar o direito ao silêncio como uma garantia fundamental na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988). Inclusive, foi após a promulgação da Constituição da República de 1988 que o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992a), ambas as cartas com previsão do direito ao silêncio.

Com a abertura do direito brasileiro aos ventos humanitários do Direito Internacional, afigurava-se absolutamente pertinente que se abandonasse a produção legislativa e jurisprudencial autoritária, e se realizasse uma releitura das normas ordinárias a partir da Constituição (BRASIL, 1988), ligada aos novos valores de liberdade e igualdade firmados pelas convenções e tratados de direitos humanos (AMARAL, 2009, p. 54).

A Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) introduziu um rol de direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico pátrio, por meio de enunciados taxativos, inspirando-se nos direitos humanos reconhecidos por esses tratados e convenções.

A partir da Constituição da República de 1988, o direito ao silêncio foi expressamente assegurado no âmbito dos direitos e garantias fundamentais no artigo 5º, LXIII (BRASIL, 1988).

Esse direito individual encontra-se protegido como cláusula pétrea, e por isso não pode ser retirado do texto constitucional, nem mesmo ter alterado seu sentido e conteúdo por meio de emenda, conforme a dicção do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição da República de 1988:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

O direito ao silêncio, desde a efetiva introdução como garantia pétrea na Constituição da República de 1988, assumiu várias dimensões no direito brasileiro e não projetou seus efeitos apenas no âmbito processual penal, investigatório ou em um direito inerente apenas do preso de permanecer calado.

Apesar da leitura direta do texto constitucional permitir uma compreensão de que o direito ao silêncio se trata de uma garantia dada apenas a presos, a incorporação da garantia *nemo tenetur se detegere* no Brasil assumiu escopos muito mais abrangentes, sendo reconhecido pela jurisprudência e por parte da doutrina, que o direito a não se incriminar

alcança a qualquer pessoa indiciada, acusada, sob interrogatório ou sob suspeita de cometimento de infrações, sem qualquer distinção, e não é atinente apenas aos interrogatórios e à atividade processual penal, mas à atividade probatória como um todo, de todos os entes estatais.

Luiz Flávio Gomes afirma que se a garantia citada não tivesse essa extensão, sua importância seria quase nenhuma, pois irracional imaginar que alguém possa invocar a garantia perante um juízo penal, mas seja obrigado a se incriminar perante um juízo trabalhista, civil, administrativo, etc. (GOMES, 2010).

Estende-se o referido direito a todos que possam autoincriminar-se com suas declarações, de forma que não apenas o acusado pode calar, mas também o averiguado e o suspeito, contra os quais ainda não há qualquer prova de autoria de infração (FALAVIGNO; CAZABONNET, 2013, p. 02).

Segundo Falavigno e Cazabonnet, pode-se aludir que o direito a não se incriminar encontra aplicação ampla em diversos meios probatórios (FALAVIGNO; CAZABONNET, 2013, p. 2). Afinal, a garantia dada vem de raízes muito mais amplas, como explicitado no início do capítulo, tendo sido descrita na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) de forma expressa, mas não taxativa.

Luiz Flávio Gomes esclarece, na mesma linha, que o direito ao silêncio é operado em todas as esferas e perante autoridades de qualquer das três funções dos Poderes:

Perante qualquer autoridade ou funcionário, de qualquer um dos poderes, que formule qualquer tipo de imputação penal (ou se suspeita) ao sujeito, vigora o princípio (a garantia) da não autoincriminação (que consiste no direito de não falar ou de não se incriminar, sem que disso possa resultar qualquer prejuízo ou presunção contra ele). Se a garantia citada não tivesse essa extensão sua importância seria quase nenhuma. É irracional imaginar que alguém possa invocar a garantia perante o juízo penal, sendo obrigado a se incriminar perante um juízo trabalhista, civil, administrativo etc. A prova decorrente dessa autoincriminação lhe compromete seriamente (GOMES, 2010).

Márcio Rached Millani reconhece a vedação da autoincriminação brasileira como uma garantia fundamental que decorre do direito ao silêncio, e aduz que o princípio tem como principais características a de permitir que o acusado fique em silêncio, de impedir que o indivíduo seja obrigado a produzir prova contrária ao seu interesse, de resguardar o indivíduo contra coação e violência física ou moral que o constanja a cooperar na instrução probatória, de impedir que sua inação seja utilizada em seu desfavor, transferindo à acusação o ônus da prova (MILLANI, 2015, p. 29).

Entende ainda que tanto o direito ao silêncio, quanto outras manifestações do direito à não autoincriminação possuem caráter absoluto, e que, em nenhuma hipótese pode o

indivíduo ser compelido a realização de exame de embriaguez, reconstituição de crime ou a fornecer padrões de sua voz ou de escrita (MILLANI, 2015, p. 29).

Em contraponto aos posicionamentos ampliativos do direito ao silêncio de doutrina e tribunais superiores até aqui expostos, devem ser elencadas algumas posições doutrinárias que entendem ser demasiadamente ampla a interpretação do direito ao silêncio.

Em oposição ao status abrangente reconhecidamente concedido ao direito ao silêncio (garantia a não se incriminar) no Brasil, e inspiradas em outros ordenamentos, em especial o norte-americano, que será melhor compreendido no próximo subtítulo, existem posições doutrinárias que pendem para a aplicação de um tratamento mais restritivo ao *nemo tenetur se detegere*.

Nessa linha restritiva, Marcelo Schirmer Albuquerque, manifesta que é por demais extensiva a interpretação dada à garantia de não autoincriminação no Brasil:

Na tentativa de conter o autoritarismo e de superar por completo os abusos perpetrados pelos regimes antidemocráticos (sejam eles da Europa medieval ou os da América Latina ditatorial), a garantia de não-autoincriminação, na esteira dos demais direitos e garantias fundamentais, acabou ganhando, pelo menos entre nós, interpretação por demais extensiva e, da garantia que toda pessoa acusada tem de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada” (art. 8º, 2º, g, CADH), passou a ser tomada como assecuratória de uma suposta imunidade plena contra a atuação probatória do Estado. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 38)

Defendendo a mesma ideia, Aline Leite Viana Dilly Patrus (2016) conclui que o direito ao silêncio, entendido como garantia a não se incriminar, deve ser aplicado tão somente à fase de interrogatório.

Respondendo à indagação quanto à possibilidade de o acusado ser submetido compulsoriamente a provas de alcance autoincriminatório, Patrus afirma de forma positiva, pois a garantia da não autoincriminação, a seu ver, é uma garantia direcionada ao interrogatório, sendo o artigo 5º, LXIII, da Constituição da República (BRASIL, 1988) e o artigo 186 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), dispositivos que demonstram que no ordenamento jurídico brasileiro o direito ao silêncio conforma-se ao conteúdo do privilégio contra a autoincriminação, e, sendo assim, a garantia deveria abarcar apenas o âmbito defensivo e não o probatório (PATRUS, 2016, p. 272-273).

Em defesa da exorbitância do direito ao silêncio no Brasil, Patrus justifica ainda que o interesse de persecução penal permite a restrição de direitos particulares no processo, porque a atuação do Estado é voltada à satisfação de outros direitos fundamentais e interesses constitucionalmente tuteláveis (PATRUS, 2016, p. 298).

Para Eugênio Pacelli de Oliveira, a garantia a não autoincriminação é simplesmente um direito a permanecer calado e de não ser obrigado a prestar depoimento, e deve a

finalidade desse direito ser de acordo com o direito norte-americano, assumindo um caráter exclusivamente testemunhal (OLIVEIRA, 2012, p.211-212).

A liberdade consagrada na Constituição por meio do art. 5º, LXIII, no sentir dos que defendem uma corrente restritiva do direito ao silêncio, não pode ser usada como amparo à prática de ilícitos, não havendo que se falar, portanto, em liberdade pública absoluta, sobretudo quando conflita com outros direitos de extrema relevância: a vida, a dignidade da pessoa humana, e a segurança no tráfego (PATRUS, 2016, p. 283).

Independente dessas concepções restritivas do direito ao silêncio no Brasil, o que nenhuma corrente pode negar é que diante da inexistência de nova carta constitucional, deve prevalecer o respeito ao artigo 60 da Constituição da República (BRASIL, 1988) no que diz respeito à imutabilidade dos direitos e garantias fundamentais. Isso porque o direito ao silêncio está inserido como uma garantia individual fundamental, e não pode ser usurpado esse direito do indivíduo diante de justificativas de proteção de outros direitos de mesma hierarquia pelo Estado, visto que na verdade, o que o Estado concretizaria com a relativização das garantias inerentes ao silêncio, seria a eliminação quase que por completo de toda a estrutura da garantia de ampla defesa e da dignidade da pessoa humana.

Não se pode olvidar que o sistema processual penal brasileiro, assim como todo o sistema processual (excetuados casos especiais como as relações de consumo em que se inverte essa ordem), o ônus da prova para a confirmação da culpa se atribui a quem acusa, e não ao acusado.

Assim, aceitar que há um direito estatal que permite obrigar o indivíduo a se colocar na situação de culpado, com a autoprodução de provas, é refutar todos os princípios informadores da atual Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), bem como os princípios que formam o rol de direitos humanos mundiais, os quais o Brasil reconhece e ratificou.

Conforme leciona Luigi Ferrajoli, não há Constituição se não forem assegurados os direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2006), e sendo o direito ao silêncio um direito fundamental, deve ser assegurado, respeitado e não impedido seu exercício por meio de interpretações restritivas.

Por isso, conectando a explícita proteção dada ao direito ao silêncio na Constituição ao fato de que esse direito é fundamental, pétreo, e não pode ser limitado ou alterado seu conteúdo e alcance, nem impedido seu livre exercício, o trabalho propõe ser inconstitucional a restrição das garantias que decorrem do direito ao silêncio, por qualquer ente dos Poderes do

Estado brasileiro, bem como a punição do indivíduo que as invoque diante de uma acusação estatal, seja formal, ou informal.

Quanto a sua abrangência, o trabalho conclui nesse ponto que o direito ao silêncio previsto pela Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) e pelo artigo 186 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), exprime, sopesados entendimentos em contraponto, uma norma que permite tanto a garantia de não falar, e que desse “não falar” não se presume a culpa, quanto a garantia de não fazer “autoprovas” que sejam impostas ou “requeridas” pelo Estado que, se feitas, servem para incriminar o próprio indivíduo, eliminando suas chances de defesa.

Por isso, sem mais delongas, estabelece-se que o alcance do direito ao silêncio no Brasil implica numa garantia de não fazer provas autoincriminatórias (seja falando, confessando ou por exames) e na garantia de que a conduta de “não fazer provas” deveria impedir o Estado a presumir qualquer culpa e usar tal fator para aplicar punições, sejam no âmbito criminal, cível ou administrativo.

4 O DIREITO AO SILÊNCIO NOS JULGADOS DO STF

O alcance do direito ao silêncio brasileiro vem sendo construído e reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal desde o início da vigência da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988).

Ao longo de seus julgados, pode-se dizer que o STF elevou o significado do direito ao silêncio para uma garantia ampla de autodefesa, para toda e qualquer pessoa, não só aquele que for preso ou estiver em interrogatório.

De tal forma, com auxílio do estudo de julgados do Supremo, é possível compreender de forma precisa que o direito ao silêncio é tratado como uma garantia de não produção de provas, seja para qual autoridade estatal for.

É válido para o trabalho estabelecer uma linha temporal e conceitual traçada pelo STF desde a Constituição, na formação do conceito amplo do direito ao silêncio brasileiro.

A linha, segundo Thiago Bottino do Amaral, inicia-se em 1991, no julgamento do Habeas Corpus 68.742-3/DF (BRASIL, 1991) pelo plenário do STF (AMARAL, 2009, p. 100).

O voto do Ministro Ilmar Galvão não adentrou na extensão do direito ao silêncio para além do preso, mas o voto concorrente do Ministro Celso de Mello enfrentou a questão e deu início a essa delimitação:

Entendo que a decisão, tal como proferida e motivada pelo Tribunal apontado como coautor, configura situação caracterizadora de injusto constrangimento ao “status libertatis” do paciente. Inobstante tecnicamente primário o réu, exacerbou-se lhe a pena-base, especialmente porque em curso mera ação penal contra o ora paciente e porque este, não obstante o privilégio contra a autoincriminação, veio a negar, falsamente em juízo, a prática do delito que lhe fora imputada.

O privilégio contra a autoincriminação traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, deferido e expressamente assegurado, em favor de qualquer indiciado ou imputado, pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política.

Com o seu expreso reconhecimento, constitucionalizou-se uma das mais expressivas consequências derivadas da cláusula do due process of law.

Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado.

Esse direito, que se reveste de valor absoluto- é plenamente oponível ao Estado e aos seus agentes. Atua como poderoso fator de limitação das próprias atividades penais-persecutórias desenvolvidas pelo Poder Público (BRASIL, 1991).

Pouco após o julgamento do HC 68.742-3/DF (BRASIL, 1991), em outubro de 1991, o Ministro Celso de Mello, na relatoria do HC 68.929-9/SP, definiu a extensão da garantia a não se incriminar no ordenamento nacional como uma garantia constitucional que implica no

(a) o direito de não colaborar com a investigação ou com a instrução criminal, (b) no direito de não declarar contra si mesmo, (c) no direito de não confessar e (d) no direito de não falar a verdade (BRASIL, 1992).

O habeas corpus foi impetrado em causa própria por um condenado pela prática de estelionato, que alegava violação ao contraditório e ampla defesa no curso do processo, por não ter sido assistido por um advogado durante seu interrogatório judicial, apesar de ter advogado constituído (BRASIL, 1992).

Apesar de ter sido negado o pedido de HC, o julgamento serviu para reforçar a tese iniciada por Celso de Mello no HC 68.742-3/DF (BRASIL, 1991).

Segundo o voto de Celso de Mello sobre o tema, o exercício do direito de permanecer em silêncio não poderia autorizar o Estado a restringir a esfera jurídica daquele que regularmente invocar uma prerrogativa fundamental (BRASIL, 1992).

Em dezembro de 1991, foi julgado pela Primeira Turma do STF o HC 69.026-2/DF, bastante significativo para a conceituação ampla da garantia de não autoincriminação. O HC foi interposto por Paulo César Andrade de Araújo, denunciado por tentativa de homicídio qualificado em face de sua esposa, pedindo a nulidade do ato de reconstituição do crime realizado a contrassenso do acusado e sem a presença de seu advogado (BRASIL, 1992).

Em seu voto, Celso de Mello, apesar de não ter reconhecido a nulidade daquela situação, por entender que a ausência do advogado não teria resultado em prejuízo para a defesa, afirmou que a participação na reconstituição é facultativa, pois diante da garantia a não se incriminar há a impossibilidade de constranger o acusado a participar de uma prova autoincriminatória (BRASIL, 1992).

Cerca de um ano após julgar o HC 68.929-9/SP, a Primeira Turma do STF, composta pelos Ministros Moreira Alves, Octávio Galloti, Ilmar Galvão, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, enfrentou nova e delicada situação, no julgamento do HC 69.818/SP, em novembro de 1992 (BRASIL, 1992b).

O julgamento, que não teve a participação de Celso de Mello, versava sobre um caso em que dois suspeitos de participação em uma quadrilha internacional de tráfico de drogas que, ao serem interrogados pelos policiais que os prenderam, delataram a participação da pessoa de Omar Ghazal (BRASIL, 1992b).

Mais tarde, essa prova colhida por gravação do interrogatório desses dois suspeitos foi usada para auxiliar na denúncia e condenação de Omar Ghazal pelo crime de tráfico internacional de drogas.

O HC 69.818/SP foi então impetrado em favor de Omar, pedindo que aguardasse em liberdade o julgamento de recurso em segunda instância, e a declaração de ilicitude dessa prova obtida pelos policiais (BRASIL,1992b).

Segundo análise de Amaral, firmou-se a tese defensiva desse HC em dois pontos: (i) O STF já teria se pronunciado sobre ilegalidade de interceptações telefônicas; (ii) as informações teriam sido colhidas em momento de fragilidade psíquica dos presos, o que evidenciava a ausência de vontade livre e consciente durante as declarações (AMARAL, 2009, p. 104).

Assim, descartando o primeiro argumento, o Ministro Sepúlveda Pertence ponderou que quanto ao suposto vício na vontade dos suspeitos/delatores, não ocorreu violação à garantia de não se autoincriminar, porquanto tal direito não se aproveitaria a terceiros e ainda porque o juiz de primeiro grau concluiu que os presos estavam cientes da gravação e teriam a autorizado porque naquele momento lhes foi conveniente (BRASIL,1992).

Essa decisão serve para inferir mais um aspecto do limite dado pelo STF ao direito ao silêncio, definindo que as declarações de suspeitos no sentido de delatar outros suspeitos (terceiros) são amplamente permitidas e não tidas como violação à garantia a não se incriminar.

Em 1998, foi levado ao STF o HC 77.135-8/SP, do paciente Antônio Aparecido de Moraes (BRASIL, 1998). O caso questionava se um investigado, intimado a comparecer para fornecer padrões gráficos de seu próprio punho para exame grafotécnico, tinha a obrigação de fazê-lo, diante do fato que tal prova seria usada na investigação contra ele de crime de falsificação de documentos (BRASIL, 1998).

Na relatoria do habeas corpus, o Ministro Ilmar Galvão decidiu que o investigado não poderia ser obrigado a fazer a prova autoincriminatória (fornecer os padrões gráficos):

Diante do princípio do *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 (BRASIL, 1998).

Segundo Galvão, a configuração gráfica é um ato de caráter essencialmente probatório, e por isso, em face do privilégio contra a autoincriminação, não se poderia obrigar um suposto autor de delito a fornecer provas capazes de levar à caracterização de sua culpa (BRASIL, 1998).

Após esse julgamento, em 2000, numa demonstração de que o entendimento quanto a extensão do direito ao silêncio para além do Direito Penal se pacificara no tribunal, o relator Celso de Mello, ao decidir o HC 79.812/SP, reafirmou que o silêncio é um poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la, impedindo ainda quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por essa razão a ser preso ou ameaçado de prisão pelos agentes ou pelas autoridades do Estado (BRASIL, 2001).

Dando sequência aos julgados relevantes para a pacificação da extensão e aplicação do direito ao silêncio no Brasil, a Segunda Turma, em setembro de 2001, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, julgou o HC 80.616-3/SP (BRASIL, 2004b).

O Habeas Corpus versava sobre a recusa de um acusado de associação para o tráfico em fornecer padrões de sua voz para perícia. Na decisão, o Supremo afirmou que não é obrigatório o fornecimento da prova autoincriminatória, mas que o acusado teria a obrigação de comparecer em juízo quando intimado para responder se desejava participar ou não do exame pericial (BRASIL, 2004b).

Em 2005, utilizando como *leading cases* os julgados delineados no presente capítulo, o HC 83.960-6/RS foi analisado pela Primeira Turma, que decidiu, por unanimidade, acolher um pedido para desconsiderar o aumento de pena com base na recusa do paciente em se autoincriminar (BRASIL, 2005).

Em 2007, o paciente Eduardo Gérson Muller Júnior, insurgindo-se contra decretação de prisão preventiva em razão de não ter comparecido a um depoimento na delegacia de polícia, impetrou o HC 89.503-4/RS (BRASIL, 2007). O relator, Ministro Cezar Peluso, concedeu a ordem de habeas corpus, por considerar afronta ao direito ao silêncio e à garantia de não autoincriminação a determinação de prisão pela negativa de colaboração do investigado (BRASIL, 2007).

No ano de 2016, em julgamento do HC 133.078/RJ, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o STF mais uma vez reafirmou a ideia de que o direito ao silêncio se estende aos atos de produção probatória, e que não pode ser imposta qualquer produção de prova pericial sem o consentimento do indivíduo (BRASIL, 2016b).

Em maio de 2019, no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 34.739/DF, a Segunda Turma negou provimento a recurso interposto contra decisão de recurso ordinário em mandado de segurança que anulou um processo disciplinar administrativo desde o indiciamento em razão de a testemunha, chamada a depoimento sobre fatos imputados a outros servidores da Agência Nacional de Saúde, ter sido incluída como indiciada no processo administrativo após prestar testemunho, tendo sido constrangida a se autoincriminar (BRASIL, 2019).

Segundo o voto do relator Ministro Gilmar Mendes, a Comissão Processante do Processo Administrativo Disciplinar deflagrado para apurar irregularidades nas atividades operacionais de tecnologia da informação da Agência Nacional de Saúde (ANS), decidiu incluir a testemunha na condição de acusada após a sua instauração, pois entendia que havia elementos concretos de seu envolvimento com os fatos investigados (BRASIL, 2019).

Os elementos, porém, foram extraídos diretamente das declarações por ela prestadas como testemunha em investigação aberta contra outros servidores, sem que lhe fosse dada advertência quanto ao seu direito de permanecer em silêncio caso alguma pergunta pudesse implicá-la nas investigações (BRASIL, 2019).

Assim, entendendo o Ministro que houve desvio de finalidade no depoimento que constrangeu a testemunha a responder sobre seu eventual envolvimento nos fatos, inclusive ameaçando-a a responder por falso testemunho, caso não respondesse às perguntas autoincriminatórias formuladas, e que essa conduta da Administração configura clara violação à garantia constitucional prevista no art. 5º, LXIII, da Constituição (BRASIL, 1988), anulou o processo administrativo disciplinar, desde o seu nascedouro (BRASIL, 2019).

Com as considerações a respeito dos julgados expostos, constata-se que a construção do STF acerca do direito ao silêncio se alinha com as concepções de um direito ao silêncio amplo, de exercício absoluto, oponível a toda autoridade do Estado e que abrange o direito de negar a produção ou a colaboração na realização de provas autoincriminatórias, e passa-se ao estudo comparado entre o direito ao silêncio dos Estados Unidos da América, de Portugal e do Brasil.

5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E EM PORTUGAL

Historicamente, os Estados Unidos da América introduziram o direito ao silêncio em seu ordenamento enquanto ainda eram colônia da Inglaterra, com a Declaração de Direitos de Virgínia, em 1776 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA , 1776)⁴.

Na Declaração de Virgínia foi introduzido o direito ao silêncio de maneira ampla, como uma garantia de não produzir provas autoincriminatórias, o que se verifica pela inserção no artigo 10 do vocábulo “não pode ser forçado a produzir provas contra si próprio” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA , 1776).

No entanto, esse direito codificado no Estado da Virgínia foi alterado após a independência dos Estados Americanos, que incluíram na Quinta Emenda⁵ à Constituição que entrou em vigor em 1789, a ratificação do direito ao silêncio em um âmbito nacional da seguinte maneira:

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar. ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1789).

A linha jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana permite identificar que a abrangência e os sujeitos do privilégio contra autoincriminação são limitados.

Em 1966, a Suprema Corte Americana, ao decidir o caso *Miranda v. Arizona*, delimitou o direito ao silêncio previsto na quinta emenda da constituição como um “privilege against self-incrimination” (privilégio contra autoincriminação) e o inseriu na jurisprudência

⁴ A Declaração de Direitos de Virgínia é uma declaração de direitos estadunidense de 1776, que se inscreve no contexto da luta pela independência dos Estados Unidos da América. Precede a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e, como ela, é de nítida inspiração iluminista e contratualista. A Declaração de Direitos de Virgínia foi elaborada para proclamar os direitos naturais e positivados inerentes ao ser humano, dentre os quais o direito de se rebelar contra um governo "inadequado". A influência desse documento pode ser vista em outras declarações de direitos, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos (também de 1776), a Carta dos Direitos dos Estados Unidos (de 1789) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa (também de 1789).

⁵ A Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos é parte da Carta dos Direitos dos Estados Unidos e institui garantias contra o abuso da autoridade estatal, tais como o julgamento pelo grande júri, o direito de permanecer calado e evitar assim a autoincriminação, o direito de ser julgado apenas uma vez sobre mesmos fatos (vedação ao bis in idem), o direito a justa compensação por bens desapropriados. Além disso, a emenda traz a cláusula de devido processo legal, segundo a qual “ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal de todos os humanos”.

norte-americana (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA *apud* GAVA, p. 21, 2013) como garantia de que a negativa em falar no interrogatório não fosse usada contra a pessoa do Réu.

No caso, Ernesto Arturo Miranda foi preso em sua casa, em 13 de março de 1963, e levado para estação policial de Phoenix, Arizona, onde foi reconhecido por duas de suas supostas vítimas e escreveu uma confissão assumindo o cometimento de rapto e estupro (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA *apud* REIS; JOBIM, 2013).

No entanto, ao confessar esses crimes sem a observância da Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, foram desrespeitadas as garantias constitucionais relacionadas à tutela da liberdade do indivíduo, o que fez com que as provas obtidas fossem inadmitidas frente ao tribunal (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA *apud* REIS; JOBIM, 2013).

Após o julgamento, a forma de interrogatórios teve profundas mudanças nos Estados Unidos, sendo introduzida a cartilha “Miranda Warnings” (avisos de Miranda) a todos os casos de prisão, a fim de impedir a inutilização de provas por ausência de informação do preso quanto aos seus direitos, cujas recomendações consistiam em informar, a toda e qualquer pessoa detida, seus direitos constitucionais de permanecer em silêncio, de que qualquer declaração emitida poderia ser usada contra si, além do direito de contatar um advogado.

Outro exemplo que demonstra a interpretação da Suprema Corte norte-americana quanto à extensão do direito ao silêncio, é o caso *Fisher v. USA*, em que a Suprema Corte definiu, em 1976, que o direito ao silêncio previsto na Quinta Emenda não proíbe a produção compulsória de todas as evidências autoincriminatórias, mas aplica-se somente se o acusado é compelido a fazer uma comunicação testemunhal que seja auto incriminadora (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1976).

Em um sentido interpretativo ainda mais limitador, há que se mencionar o caso *Salinas v. Texas*, de 1992 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992).

Salinas estava sendo investigado por homicídio e no meio do interrogatório feito pela polícia, se negou a continuar o depoimento quando perguntado se haveria compatibilidade entre a munição de sua espingarda e os projéteis que seriam analisados, encontrados na cena do crime.

Ele foi acusado de assassinato, julgado e condenado com base na evidência de que permaneceu em silêncio durante o interrogatório policial.

Mesmo após apelação, sob o argumento de que não poderia ter sido admitido seu silêncio como prova de culpa, por causa do privilégio contra a autoincriminação, o Estado do

Texas manteve a condenação definindo que a evidência foi admitida corretamente e que não há proteção pela Quinta Emenda para o silêncio não testemunhal em um interrogatório policial não coercitivo.

Esse julgamento permitiu a condenação de Salinas em razão de ter se calado durante seu depoimento quanto a essa questão probatória (compatibilidade das balas encontradas).

O caso chegou à Suprema Corte e foi definido apenas em 2013 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2013). A Suprema Corte decidiu que o direito ao silêncio só é adquirido quando a pessoa chega a ser presa e na prisão, a Polícia informa de seus direitos a permanecer calada e falar apenas na presença de advogado, ou no caso do suspeito conhecer a lei e já declarar aos policiais, antes de iniciar a prestar qualquer informação, que vai usar seu direito ao silêncio ou aguardar seu advogado para prestar declaração (MELO, 2013).

Com isso, definiu-se que o privilégio constitucional contra autoincriminação norte-americano só é válido para quem for formalmente acusado de crime, ou para réus em julgamentos.

O silêncio, para os Estados Unidos da América, só pode ser imposto pelo indivíduo no sentido de não fazer um testemunho contra si mesmo, mas não impede ao Estado, nem que use tal ausência de declarações contra o acusado, nem que o obrigue a realizar outras provas autoincriminatórias, como exames de DNA, embriaguez, sangue, padrões gráficos, etc.

No Direito português, o direito ao silêncio não está disposto expressamente na Constituição da República Portuguesa de 1976 (PORTUGAL, 1976).

Apesar disso, Portugal, assim como o Brasil, adicionou ao texto de sua Constituição o princípio da dignidade da pessoa humana como norteador das ações do Estado Democrático:

Princípios fundamentais

Artigo 1.º

República Portuguesa

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (PORTUGAL, 1976).

Assim, por uma construção doutrinária e jurisprudencial portuguesa, com base na interpretação da dignidade e dos inúmeros princípios e garantias estabelecidos pela Constituição (PORTUGAL, 1976), admite-se que o direito ao silêncio tem natureza constitucional e, portanto, a proteção como se garantia constitucional fosse.

Com fulcro nos artigos 18º, 20º, n. 4, 25º, 26º e 32, n. 1, n. 2 e n. 8, da Constituição da República Portuguesa (PORTUGAL, 1976), é possível fundamentar a existência da garantia ao silêncio e da não autoincriminação no direito português (VELUDO, 2014):

Artigo 18.º

Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Artigo 20.º

Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva

4. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

Artigo 25.º

Direito à integridade pessoal

1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.
2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

Artigo 26.º

Outros direitos pessoais

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.
2. A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.
3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.
4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efetuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

Artigo 32.º

Garantias de processo criminal

1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.
2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.
8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações (PORTUGAL, 1976).

Tais direitos de integridade, personalidade, intimidade, garantias de defesa, e presunção de inocência, formam a ideia de direito ao silêncio e garantia de não autoincriminação portuguesa.

Verifica-se que a Constituição portuguesa (PORTUGAL, 1976) permite a regulação e a limitação de direitos fundamentais por intermédio de lei.

Contudo, essas limitações devem obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade baseando-se na salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, como preceituado no artigo 18, nº 2 da Constituição portuguesa (VELUDO, 2014).

Quanto à previsão explícita desse direito na legislação infraconstitucional, encontra-se inserido explicitamente no Código de Processo Penal português, no artigo 61, n. 1, d:

Artigo 61.º

Direitos e deveres processuais

1 - O arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as exceções da lei, dos direitos de:

d) Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar (PORTUGAL,1987).

Como se observa pela leitura do artigo, nas investigações criminais e processos criminais portugueses, o arguido tem o direito a não responder às perguntas realizadas por qualquer autoridade, sem que dessa ausência declaratória se infira sua culpa.

Por força da disposição do artigo 58, n. 5, também do Código de Processo Penal português, deve o arguido ser advertido de seu direito ao silêncio, sob pena de que eventuais declarações não sirvam como provas (PORTUGAL,1987).

Porém, quanto à identificação criminal, com base no artigo 342 do Código de Processo Penal português, é obrigatória, sendo nesse caso limitado o direito a “não produção” de provas que o direito ao silêncio abarca (PORTUGAL,1987).

No artigo 126º do Código de Processo Penal português, há previsão de nulidade das provas obtidas mediante tortura, coação ou ofensa à integridade física ou moral das pessoas, e das provas que mesmo sob consentimento da pessoa tenham sido atingidas mediante força, perturbação ou ameaça:

a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos;

b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação;

c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei;

d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;

e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível (PORTUGAL, 1987).

Quanto à produção de outras provas, além do interrogatório, o Código de Processo Penal português trata, no artigo 171º e seguintes, dos exames, revistas, buscas, apreensões e escutas telefônicas (PORTUGAL, 1987).

Conforme lecionam Jorge de Figueiredo Dias, e Manuel da Costa Andrade, pode ser limitado o direito ao silêncio, no que tange a produção de provas autoincriminatórias, nos casos que englobam a identificação criminal, as perícias médicas e os exames de alcoolemia ou substâncias psicotrópicas:

No ordenamento jurídico português verificamos várias limitações a este direito, nomeadamente: quanto às perguntas sobre a sua identificação em que assiste ao acusado um dever de responder com a verdade relativamente às mesmas (art. 61.º, n.º 3, al. b), do CPP); a obrigatoriedade de se submeter a exames no âmbito das perícias médico-legais (art. 172.º, n.º 1 do CPP; Lei 45/2004, de 29 de Agosto), assim como, a exames de alcoolemia ou de substâncias psicotrópicas no âmbito rodoviário (art. 152.º do DL n.º 44/2005 de 23 de Fevereiro); os deveres de cooperação perante a administração tributária, estabelecidos na Lei Geral Tributária e no Regime Complementar do Procedimento da Inspeção Tributária; o dever de colaboração mediante a entrega de documentos à Autoridade de Concorrência (art. 17.º, n.º 1, als. a) e b), da Lei 18/2003 de 11 de Junho); e também, os deveres de cooperação diante da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (DIAS; ANDRADE, 2009, p. 44-45).

O art. 61º, n.º 3, do Código de Processo Penal português impõe um dever de se sujeitar às diligências de prova e outras medidas de coação e garantia patrimonial que estejam previstas na lei e sejam efetuadas pela autoridade competente (PORTUGAL,1987), mas, no entanto, essa sujeição não pode ser tida por meio ofensivo da integridade moral e física do acusado.

Segundo Joana Eugênia Pinheiro Alves, há uma efetiva dúvida quanto à abrangência do direito ao silêncio português ser apenas em relação às declarações do arguido ou ser amplo de forma que permita ao arguido recusar-se à sujeição dessas diligências de obtenção de prova (ALVES, 2015).

Alves (2015) relata que existem duas posições. A primeira de visão maximalista, sustenta que o direito ao silêncio compreende outras formas de cooperação dos arguidos na produção de prova passíveis de incriminá-lo, que não apenas as declarações orais.

Essa teoria, defendida por Alves (2015), afirma que a lei se refere apenas a “sujeitar” (art. 61.º, n.º 3, d, do Código de Processo Penal português) (PORTUGAL, 1987), e conclui que o arguido não tem o dever de colaborar ativamente na obtenção da prova, especialmente a autoincriminatória (ALVES, 2015).

A teoria restritiva defende que não é possível recorrer ao direito ao silêncio, devido ao art. 60.º do Código de Processo Penal português (PORTUGAL,1987) determinar a sujeição às provas como um dever do arguido. Assim, sustenta que dar ao direito ao silêncio maior

amplitude necessitaria de suporte legal, o que, em Portugal, não se verifica existente (ALVES, 2015).

Segundo Sofia Belo Campos de Lima, o entendimento majoritário da jurisprudência em Portugal, aponta para um conceito restritivo do direito ao silêncio como garantia processual relacionada aos depoimentos e interrogatórios, mas não extensiva a direitos de não colaborar com outras modalidades de provas autoincriminatórias (LIMA, 2014, p. 10).

Apesar da divergência quanto à existência ou não de uma garantia para além do direito penal e para além dos interrogatórios, visto que o direito ao silêncio é consubstanciado na garantia a não se incriminar, e que tem raízes na dignidade da pessoa humana, pode-se supor ao menos que está reconhecida e resguardada pela Constituição portuguesa (PORTUGAL, 1976), ou seja, é direito constitucional.

No entanto, diante da verificação de inexistência do reconhecimento de um direito ao silêncio amplo e de exercício absoluto pelo Supremo Tribunal de Justiça português, tal proteção pode ser constitucionalmente limitada, como é, pela legislação portuguesa.

Em conclusão, o direito ao silêncio português tem como certa a proteção (com status constitucional e originada da dignidade) do indivíduo em relação ao silêncio nos interrogatórios e depoimentos, mas não traz uma proteção ampla, bem definida, ou exposta explicitamente no âmbito constitucional, admitindo assim a ocorrência de limitações e relativizações por meio de edição de leis.

O direito ao silêncio brasileiro, de forma diversa de Portugal e dos Estados Unidos, tem explícita previsão como garantia constitucional, pétrea, além do reconhecimento do Supremo Tribunal Federal quanto a sua abrangência para muito além do silêncio em interrogatórios e depoimentos, estendendo-se a qualquer indivíduo envolvido em situação que possa se autoincriminar.

6 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE MATERIAL COMO NECESSIDADE DE CONFORMIDADE DAS LEIS COM OS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A legalidade está expressamente inserida no artigo 5º, II, da Constituição da República de 1988, que preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (BRASIL, 1988).

O princípio da legalidade determina a “submissão e o respeito à lei” (SILVA, 2000), mas assume um papel mais abrangente, uma vez que a lei a ser respeitada tem parâmetros para ser considerada válida.

O princípio exige que deva ser respeitada e observada a “lei maior”, que é a Constituição, para a validade de todas as demais normas criadas após esta.

A legalidade foi inserida no sistema jurídico-constitucional como forma de limitação do poder estatal, assim impedindo a interferência nas liberdades e garantias individuais do cidadão.

Segundo afirma Alexandre de Moraes, é por meio de espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional, que são criadas obrigações para o indivíduo, como expressão da vontade geral (MORAES, 2003, p. 54).

Portanto, pode-se dizer que o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por outra via que não seja a da lei (MORAES, 2003, p. 54).

A Constituição da República de 1988 foi concebida com o objetivo primário de garantia de direitos e liberdades aos cidadãos (BRASIL, 1988). Exatamente por ter esse objetivo, é que elencou a legalidade como forma de se alcançar o Estado de Direito Democrático, que segundo José Joaquim Gomes Canotilho, é a base principal para que exista a democracia e a possibilidade de alcance efetivo dos direitos fundamentais constitucionais:

O termo Estado de Direito foi substituído por Estado Democrático de Direito, incorporado na Constituição Federal de 1988 como o garantidor do efetivo exercício dos direitos civis, sociais, liberdades, entre outros direitos. Está expresso no Preâmbulo e definido pelo Artigo 1º, ligado ao princípio da legalidade e concretizar o princípio da igualdade, é o núcleo-base em que se acopla a democracia e os direitos humanos fundamentais conquistados. (CANOTILHO, 2013, p. 116).

Nesse sentido, a legalidade assegura a promoção e o respeito dos direitos e garantias e impede que o Estado atue, por quaisquer de seus entes, de forma a excetuar esses direitos e garantias.

Ressaltando lição de Garcia de Enterría, Moraes afirma que, quanto ao conteúdo das leis, a que o princípio da legalidade remete, fica também claro que não é tampouco válido qualquer conteúdo, e não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem dentro da Constituição e, especialmente, de acordo com a ordem de valores que expressem e, principalmente, que não atentem, mas que pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais (ENTERRÍA *apud* MORAES, 2003, p. 54).

Todas as leis abaixo da Constituição da República, que tem natureza democrática e garantidora de direitos fundamentais, precisam ser compatíveis com esse sistema imposto, e não podem determinar aquilo que a norma maior categoricamente proíbe, nem mesmo reduzir os direitos fundamentais ali protegidos ou punir quem os invoque.

De acordo com Fábio Presoti Passos, o Estado deve estrita obediência à legalidade, tanto sob o aspecto do interesse de punir quanto sob o aspecto do interesse de não punir (PASSOS, 2012, p. 86).

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, a legalidade no Estado Democrático é compreendida num sentido formal e num sentido material:

Hoje é possível afirmar que a lei, no Estado de Direito Democrático (adotado na Constituição de 1988), tem sentido formal, pelo fato de que emana do Poder Legislativo (com ressalva para as medidas provisórias e leis delegadas), com observância das normas do processo legislativo postas pela Constituição, e sentido material, porque lhe cabe o papel de realizar os valores consagrados pela Constituição sob a forma de princípios fundamentais.

Essa ideia de que a lei tem sentido material (além de formal) se reforça pela própria leitura do preâmbulo da Constituição, que indica os valores essenciais que constituem fundamento de todo o sistema jurídico brasileiro e cuja observância se impõe ao Estado no exercício de suas três funções: legislativa, judicial e administrativa (DI PIETRO, 2017).

De acordo com essa compreensão, tem-se que as leis, em seu sentido material, devem observar os princípios que a Constituição indica como essenciais e não pode reduzir ou extinguir os conteúdos que essa tenha determinado como intocáveis. Isso significa dizer que na criação de leis, o Estado não pode reduzir direitos constitucionais garantidos.

Passos entende que os princípios constitucionais devem nortear toda a interpretação da legislação infraconstitucional, não podendo a legislação processual restringir a aplicação dos direitos fundamentais, servindo tais diretivas não somente à esfera jurisdicional e legislativa, mas também à realização de atos administrativos (PASSOS, 2012, p. 110).

Assim, se a lei ou qualquer atuação estatal não se coadunar aos preceitos e aos direitos constitucionalmente resguardados pela Constituição vigente, pode-se concluir que será materialmente inconstitucional, ferindo o princípio da legalidade.

É essa a legalidade que se busca referenciar a fim de fundamentar o presente estudo, a de sentido material.

Isso porque dentre as formas de limitação do direito ao silêncio, verifica-se que existem criações legislativas e jurisprudenciais que desatendem e atentam contra a Constituição, pois possuem conteúdos que reduzem ou impedem o exercício desse direito, e até mesmo cominam punições aos indivíduos que a invocam.

A presença de leis ou a atuação judicial e administrativa em oposição aos conteúdos constitucionais provocam a insegurança do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República de 1988, construído e conquistado pela nação após longos anos de um regime militar em que inúmeras garantias e direitos dos cidadãos foram relativizados ou mesmo excluídos.

6.1 O PERÍODO DE REGIME MILITAR E O NASCIMENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A experiência política e constitucional do Brasil, desde a independência até 1988, representa uma história com traços de melancolia, ilegitimidade renitente do poder e de infindáveis violações da legalidade constitucional (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 141).

O desrespeito à legalidade constitucional acompanhou a evolução política brasileira e as rebeliões, desde a Regência ao golpe republicano, tiveram enredo acidentado, no qual a força bruta diversas vezes se impôs sobre o Direito (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 142).

A Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) foi então o marco zero para o recomeço de uma nova história no Brasil, recheada de esperança e com um lastro de legitimidade sem precedentes (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 142).

A história dessa Constituição, para ser contada de forma a se compreender os ideais que fundaram seu nascimento, não tem como ser separada da história do regime militar iniciado no Brasil em 1964.

A partir de 1961, o Brasil vivia em um tempo de crise, devido à renúncia do presidente Jânio Quadros, e a ascensão à presidência de seu vice João Goulart, que possuía ideologias julgadas como comunistas (OLIVEIRA, et al. 2016).

Após a Segunda Guerra Mundial, as preocupações mundiais se voltaram para o medo de disseminação do comunismo, o que fez com que se considerasse uma ameaça à ordem capitalista qualquer ligação com ideais socialistas (OLIVEIRA, et al. 2016).

Assim, em de março de 1964, fundado no “medo” da instalação de um estado comunista no Brasil, instaurou-se o golpe, ou revolução militar, que afastou o então presidente eleito pelo povo, João Goulart, e passou o poder ao Marechal Castelo Branco.

Antes de referendar as nuances do regime militar, deve ser referenciado que durante todo o período que durou o regime, foram mantidas as instituições democráticas, porém, sob uma espécie de “funcionamento vigiado” (BARBOSA, 2018).

Ainda que mantida a carta constitucional vigente à época, deve-se destacar que a violação aos direitos humanos era evidente, já que os militares abusavam deliberadamente da força violenta e repressora como forma de garantir a ordem (GOULART, 2009).

Pode-se dizer que de 1964 até a promulgação da Constituição da República de 1988, muitos direitos e garantias dos cidadãos foram limitados e suprimidos pelo regime ditatorial, sob a forma dos chamados “atos institucionais” e “atos complementares”, que eram normas supraconstitucionais e permitiam aos militares legitimar e legalizar suas ações, alterando a constituição e aumentando a extensão dos poderes do próprio governo.

O regime militar fortaleceu o Poder Executivo, dando-lhe a função de legislador e promotor da sucessão presidencial indiretamente, pela indicação de candidatos militares pelas Forças Armadas para que o Congresso aprovasse.

O primeiro ato institucional editado após a tomada do poder pelos militares, e antes mesmo da eleição do primeiro presidente na vigência do regime, foi o AI n.º 1, formado por 11 artigos que davam ao governo poder para anular mandatos legislativos, interromper direitos políticos, demitir, colocar em disponibilidade ou aposentar compulsoriamente qualquer pessoa que fosse contra a “segurança” do país, o regime democrático e a probidade da administração pública (BRASIL, 1964).

Outros 16 atos institucionais foram editados entre 1964 e 1969, e em 1967 entrou em vigor a Constituição de 1967, outorgada sob o manto governamental do Marechal Arthur da Costa e Silva (BRASIL, 1967).

A Constituição de 1967 resumiu os Atos Institucionais até ali baixados (4), bem como os 37 atos complementares que tornaram o Direito Constitucional positivo então vigente irreconhecível (SILVA, 2001).

Após a Constituição de 1967, o que sucedeu de maior relevância e impacto supressor aos direitos e garantias, foi o Ato Institucional n.º 5 (BRASIL, 1968):

O ato reabria – dessa vez sem prazo para terminar – a temporada de cassações e suspensão de direitos políticos, também livres de quaisquer limitações. A suspensão de direitos políticos poderia ser cumulada com “medidas de segurança”, entre as quais figuravam a liberdade vigiada, a proibição de frequentar determinados lugares e o domicílio determinado. As garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade para a Magistratura e o Ministério Público foram suspensas. Os seus titulares em qualquer nível federativo poderiam ser demitidos, removidos, aposentados ou postos em disponibilidade por decreto presidencial. Foi suspensa a garantia do habeas corpus em crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e social e a economia popular. O ato permitia, enfim, o confisco de bens resultantes de enriquecimento ilícito após investigação administrativa. Tudo isso, claro, infenso ao controle do Judiciário, conforme a inefectível cláusula de exclusão de apreciação judicial (BARBOSA, 2018).

Com base no AI n. 5, que entrou em vigor no governo do presidente Costa e Silva, foram aplicadas mais de 1.500 sanções, entre suspensões e cassações de mandatos (434), aposentadorias (547), reformas (241), demissões (324) e destituição (1), maciçamente concentradas no biênio 1969-1970 (BARBOSA, 2018).

Na concepção de José Afonso da Silva, o AI n. 5 (BRASIL, 1968) rompeu totalmente com a ordem constitucional, e sucederam a ele muitos atos e decretos leis, até que uma insidiosa moléstia impediu o presidente Costa e Silva de continuar governando (SILVA, 2001).

Durante o afastamento de Costa e Silva, decretado pelo Ato Institucional n. 12 (BRASIL, 1969b), que atribuiu o poder Executivo aos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica militar, sobreveio a Emenda Constitucional n. 1 (BRASIL, 1969a), à Constituição de 1967 (SILVA, 2001).

Para Silva, o texto não era uma emenda, mas sim uma nova constituição. A emenda só teria servido como mecanismo de outorga, pois o que se promulgou foi um texto integralmente reformulado (SILVA, 2001).

Depois dessa austera fase do regime militar, marcada por autoritarismos, iniciou-se no país uma abertura política lenta, com o propósito de suavizar o regime, conceder algumas liberdades e retirar os militares do poder. Era o começo do término da ditadura (OLIVEIRA *et al.*, 2016).

Segundo João Teófilo, o fim da ditadura militar se deu por meio de uma transição pactuada e negociada entre as elites políticas da época (TEÓFILO, 2018), tornando-se mais forte e evidente quando o general Ernesto Geisel assumiu a presidência.

Então, em 1978, no governo Geisel, época em que já se evidenciava a abertura, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 11, que em seu artigo 3º, revogou todos os atos institucionais e complementares que fossem contrários à Constituição (BRASIL, 1978).

Dando continuidade à era de abertura iniciada por Geisel, o General João Baptista Figueiredo, que assumiu a presidência em 1979, em agosto desse mesmo ano assinou a famosa e polêmica Lei de Anistia. A Lei nº 6.683 (BRASIL, 1979) anistiou a todos que, no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos servidores do Legislativo e Judiciário, aos militares e dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (BRASIL, 1979).

Em 1980, o bipartidarismo foi extinto, e a partir daí foram criados novos partidos, como o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) de membros do MDB, e o Partido Democrático Social (PDS) criado de membros dissidentes do ARENA.

A partir de 1983, iniciou-se o movimento “Diretas Já”, que reivindicava eleições diretas. O movimento surgiu junto da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 05/1983 (BRASIL, 1983), apresentada pelo então Deputado Federal Dante de Oliveira (PMDB-MT), e que tinha por objetivo reinstaurar as eleições diretas para Presidente da República no Brasil, com a alteração dos artigos 74 e 148 da Constituição de 1967 (BRASIL, 1967).

Mesmo tendo sido rejeitada a PEC em abril de 1984, as reivindicações populares do “Diretas Já” continuaram, com inúmeros movimentos e manifestações populares, que tinham o apoio político de diversos setores da sociedade brasileira, de lideranças sindicais, artísticas, estudantis e jornalísticas.

Dentre os políticos que lideraram o movimento, destacam-se Tancredo Neves, Leonel Brizola, Ulysses Guimarães, Dante de Oliveira, Mário Covas, Luiz Inácio Lula da Silva e Fernando Henrique Cardoso,

Existiam indícios de que se pretendia uma conciliação de interesses para as eleições, e assim que a Frente Liberal se uniu com o PMDB, dando origem à coligação Aliança Democrática, esses indícios começaram a se concretizar como certos (SEINO; ALGARVE; GOBBO, 2013).

Assim, para a eleição presidencial de 1985, ainda indireta, concorreram Tancredo Neves, pela Aliança, e Paulo Maluf, pelo PDS (Partido Democrático Social).

A indicação de Tancredo Neves à eleição presidencial agitou o povo brasileiro, que se viu diante de um possível renascimento da luz democrática. Isso porque Tancredo tinha ideais

democráticos, participou ativamente do movimento pelas eleições diretas e lançou sua candidatura pela “Aliança Democrática”, coligação que tinha propostas concretas de “construção” de uma Nova República e “Compromisso com a nação”.

A chapa de Tancredo apresentou como objetivos que perseguiria quando assumisse o governo diversos itens, como a democratização da política, o combate à inflação, ao desemprego e à dívida externa, a reforma agrária, mudanças nas áreas tributária, previdenciária, habitacional, educacional, cultural, além daquelas ligadas à política externa e ao meio ambiente (MAGALHÃES, 2009).

A proposta da Nova República foi fundada em profundas mudanças na legislação opressiva, nas formas falsas de representação e na estrutura federal, e na proposta de uma verdadeira transformação da sociedade brasileira, a partir de uma Constituição que situaria o Brasil no seu tempo e o prepararia para o “amanhã” (SILVA, 2001).

Em janeiro de 1985, Tancredo Neves venceu Paulo Maluf nas eleições indiretas, e para a sociedade brasileira, isso significava que, após vinte e um anos, o Brasil voltaria a ter um presidente civil, e com isso, mais uma vez o povo brasileiro teve esperança de mudanças (SEINO; ALGARVE; GOBBO, 2013), e de viver em um novo tempo em que a democracia e os direitos humanos andariam de mãos dadas.

No entanto, em 14 de março de 1985, na véspera da posse presidencial, Tancredo Neves foi internado, deixando o país comovido e consternado com a situação.

O então vice-presidente eleito, José Sarney, assumiu a presidência no lugar de Tancredo, em 15 de março de 1985, tendo sido empossado definitivamente após a morte de Tancredo Neves, que se deu em 21 de abril de 1985.

José Sarney teve apoio para assumir a presidência e deu seguimento aos ideais estabelecidos por Tancredo, criando uma Comissão para estudo e confecção de uma nova Constituição e enviando ao Congresso Nacional a proposta de emenda constitucional convocando a Assembleia Nacional Constituinte (SILVA, 2001).

Estruturada em nove títulos, foi elaborada a “Constituição Cidadã” (BRASIL, 1988), que segundo Ulysses Guimarães, presidente da Constituinte, foi assim apelidada por ter tido ampla participação popular, voltando-se para a concretização da cidadania.

Os direitos e garantias que vieram juntos dessa nova era constitucional e democrática no Brasil ressoaram como uma resposta necessária às barbaridades cometidas pelo sistema ditatorial anterior.

A Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), trouxe de volta a democracia com as eleições diretas, estabilizou e reconheceu como indisponíveis e imutáveis direitos e

garantias dos cidadãos, e foi, como já explicitado, o marco zero para uma nova sociedade brasileira.

No próximo título, serão pontuados o conceito e a extensão dessas garantias e direitos tratados pela Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) como intocáveis: as cláusulas pétreas.

6.2 O DIREITO AO SILÊNCIO COMO CLÁUSULA PÉTREIA

As cláusulas pétreas, segundo definição do Conselho Nacional de Justiça, traduzem a vontade da própria Assembleia Constituinte de retirar do poder constituinte reformador a possibilidade de alterar determinado conteúdo da Constituição em razão de sua importância (CNJ..., 2018).

A palavra “pétrea” vem de “pedra”, que tem como características principais a rigidez.

Com efeito, pode-se mencionar algumas das cláusulas pétreas expressas na Constituição, enumeradas pelo artigo 60, §4º:

Art. 60 [...].

.....

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Os direitos e garantias individuais, delimitados no inciso IV do §4º do Art. 60 (BRASIL, 1988), são cláusulas pétreas apresentadas ao longo do texto constitucional, e encontram guarida especial no artigo 5º (BRASIL, 1988), formando junto às demais cláusulas pétreas, o núcleo duro do texto constitucional.

Fala-se repetidamente em “núcleo” porque a mera alteração de redação de uma norma componente do rol das cláusulas pétreas não importa, por isso somente, em inconstitucionalidade, desde que não afetada a essência do princípio protegido e o sentido da norma (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 253).

Analisando o que afirma Branco, pode-se cotejar que existe a possibilidade de alteração textual de normas consideradas pétreas, mas apenas por meio de emenda constitucional, visto ser essa a maneira legal e cabível para promoção de alterações no texto constitucional vigente.

Essa alteração, mesmo admitida como possível, ainda assim não pode tocar na essência da norma constitucional pétrea, ou seja, não pode retirar dela seu núcleo, que é seu primordial sentido, nem eliminar qualquer aspecto que exclua a possibilidade de seu exercício.

Incumbe explicar que as cláusulas pétreas não foram novidades inauguradas na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988). O mecanismo existe desde 1789 (Constituição dos Estados Unidos da América) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1789) e no Brasil, desde a Constituição de 1891 (BRASIL, 1891), que foi a primeira após ter sido proclamada a República, e determinava no artigo 90, § 4º, que “não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado” (BRASIL, 1891).

No mesmo sentido, as Constituições de 1934 (BRASIL, 1934), 1946 (BRASIL, 1946), 1967 (BRASIL, 1967) e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (BRASIL, 1969a) também possuíam cláusulas pétreas para garantir a manutenção da forma federativa e da república no Brasil.

A Constituição de 1988, que não trata da questão da república, ampliou as cláusulas pétreas para proteger a forma federativa, o voto, a separação de Poderes, bem como os direitos e as garantias individuais.

Apoiando-se nessas afirmações, pode-se concluir e definir que se há, no Brasil, uma Constituição vigente, com cláusulas pétreas que não podem sofrer mudanças em seu conteúdo nuclear, nem mesmo por emendas ao texto da carta constitucional, não se pode alterar, suprimir ou desconsiderar tais cláusulas por leis que estão hierarquicamente abaixo do texto constitucional.

A partir disso, com esteio na legalidade material e no artigo 60 da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), forma-se a compreensão de que as leis não podem estabelecer e dispor normas que conflitam e anulam a eficácia de cláusulas constitucionais pétreas.

E o problema que se estabelece com essa conclusão é que não é tarefa simples identificar normas infraconstitucionais desconformes aos direitos e garantias protegidos pelo artigo 60 da Constituição da República (BRASIL, 1988), uma vez que geralmente, seus textos não explicitam que estão omitindo ou negando a aplicação de um direito ou garantia considerado pétreo.

E ainda além de leis, há a possibilidade de os tribunais, ao realizarem a interpretação da Constituição e das leis do ordenamento jurídico, autorizarem a supressão ou a relativização de direitos e garantias que estão no rol das cláusulas pétreas.

É exatamente essa a crítica que se forma nesse trabalho. A de que a Constituição atual não é a norma geral e guiadora das decisões judiciais, administrativas e da criação legislativa.

7 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL COMPULSÓRIA POR PERFIL GENÉTICO

O direito ao silêncio e a garantia de não autoincriminação possuem proteção constitucional pétrea, mas existem hipóteses em que o Direito brasileiro admite obrigar um indivíduo a produzir provas contra si mesmo.

Tais hipóteses surgiram a partir da possibilidade de identificação criminal, autorizada pelo art. 5º, LVIII, da Constituição:

Art. 5º [...]:

.....

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (BRASIL, 1988).

A Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009 (BRASIL, 2009), regulamentando o artigo 5º, LVIII, da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), determinou as situações em que a pessoa será considerada civilmente identificada, e não será obrigada assim, à identificação criminal:

Art. 1º O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei.

Art. 2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos:

I – carteira de identidade;

II – carteira de trabalho;

III – carteira profissional;

IV – passaporte;

V – carteira de identificação funcional;

VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.

Parágrafo único. Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares (BRASIL, 2009).

A mesma lei dispõe sobre as hipóteses em que a identificação criminal será obrigatória mesmo se a pessoa for identificada civilmente, sendo que, a partir da alteração promovida pela Lei nº 12.654/2012 (BRASIL, 2012), passou-se a admitir a identificação criminal obrigatória por coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético sempre que for essencial às investigações criminais:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

.....

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

.....

Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo (BRASIL, 2009).

A Lei nº 12.564/2012 (BRASIL, 2012) também alterou a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) (BRASIL, 1984), dispondo no artigo 9º-A a submissão, obrigatória, à realização de exame de DNA para a identificação de perfil genético de condenados por crimes dolosos com violência grave ou hediondos:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético (BRASIL, 1984).

A partir da inclusão de identificação criminal por coleta compulsória de DNA, inaugurou-se no país, ao menos desde a vigência da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), a

primeira norma legal que obriga o indivíduo a uma produção de prova autoincriminatória e invasiva.

Mesmo que se argumente que a Constituição tenha autorizado a identificação criminal, no artigo 5º (BRASIL, 1988), esta autorização fora prevista apenas para os casos em que a identidade civil não fosse alcançada.

E sendo certo que a identificação civil é realizada por meio datiloscópico e fotográfico, a identificação criminal genética, extremamente diferente da civil, é uma medida invasiva e que visa única e exclusivamente ao auxílio nas investigações e processos criminais, conforme informa explicitamente o artigo 3º, IV, da Lei nº 12.037/2009 (BRASIL, 2009).

Sopesados entendimentos contrários, como o de Antônio Henrique Graciano Suxberger e Valtan Timbó Martis Mendes Furtado, segundo os quais não ocorrem violações à garantia de não se autoincriminar quando o Estado obriga o investigado ou condenado a colaborar de forma passiva, simplesmente não resistindo ao ato legal de retirada da sua amostra biológica de maneira adequada (SUXBERGER; FURTADO, 2018), a lei que entrou em vigor em 2012, representa nítida imposição de fornecimento de auto prova hábil a incriminar réus, acusados ou investigados, seja na investigação em curso, seja em outras investigações e processos que venham a responder.

Por se tratar de uma coleta compulsória de material probatório, no sentir do estudo aqui desenvolvido, considera-se que tanto a identificação criminal genética da Lei nº 12.037/2009 (BRASIL, 2009) quanto a da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), ferem o direito ao silêncio e a garantia a não se autoincriminar.

A identificação criminal compulsória teve repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 905, que tem como relator o Ministro Gilmar Mendes:

Trata-se de recurso extraordinário interposto por Cristhian Moreira Silva Santos contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos do Agravo em Execução Penal n. 1.0024.05.793047-1/001, assim ementado:

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. ARTIGO 9º-A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. CRIAÇÃO DE BANCO DE DADOS COM MATERIAL GENÉTICO DO APENADO. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. RETROATIVIDADE. ISENÇÃO DE CUSTAS. DEFENSORIA PÚBLICA. RECURSO PROVIDO.

- A Lei nº 12.654/12 introduziu o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, o qual dispõe sobre a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA obrigatória daqueles condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos.

- A criação de banco de dados com material genético do apenado não viola o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), vez que decorre de condenação criminal transitada em julgado. Não se cogita violação ao princípio da

irretroatividade da lei penal, ainda, por se tratar de norma que prevê mero procedimento de identificação criminal.

- Concede-se a isenção do pagamento das custas e despesas processuais ao réu assistido pela Defensoria Pública, nos termos da Lei estadual nº 14.939/03. (p. 44)

Foram opostos embargos de declaração, rejeitados. (p. 57)

No recurso extraordinário, a defesa reitera os argumentos concernentes à violação do princípio constitucional da não autoincriminação, bem como ao art. 5º, inc. II, da CF/88.

Em síntese, assevera que a obrigatoriedade de fornecimento de material genético a quem já foi processado, condenado definitivamente e está cumprindo pena não deixa dúvida quanto à sua identificação criminal.

Ainda informa que a Lei 12.037/2009 (Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal), em seu artigo 3º, inciso IV, estabelece quais as situações permissivas da coleta de material para obtenção de perfil genético do investigado/processado.

A irresignação não foi admitida por óbice da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal (p. 77).

Contra referida decisão foi interposto agravo nos próprios autos, que repisa a tese exposta no recurso extraordinário, refutando os fundamentos da decisão recorrida.

Instado a se manifestar, o Parquet opinou pelo não provimento do agravo. (p. 97-102)

Dei provimento ao agravo para melhor apreciar a questão.

É o relatório. (BRASIL, 2016c).

Verifica-se que o caso que levou o tema à Repercussão Geral cuida-se de pessoa condenada e que já em cumprimento de pena, não assentiu com a determinação judicial de identificação criminal por coleta de material genético, levantando a tese de que tal determinação afronta o direito ao silêncio e a garantia de não autoincriminação.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que a matéria é controversa, e baseando-se em julgados internacionais, decidiu pelo reconhecimento de repercussão geral da questão:

Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já se debruçou sobre a questão em algumas oportunidades.

Em Van der Velden contra Holanda, 29514/05, decisão de 7.12.2006, o Tribunal considerou que o método de colheita do material esfregação de cotonete na parte interna da bochecha é invasivo à privacidade. Também avaliou como uma intromissão relevante na privacidade a manutenção do material celular e do perfil de DNA. Quanto a esse aspecto, remarcou-se não se tratar de métodos neutros de identificação, na medida em que podem revelar características pessoais do indivíduo. No entanto, a Corte avaliou que a adoção da medida em relação a condenados era uma intromissão proporcional, tendo em vista o objetivo de prevenir e investigar crimes.

No caso S. e MARPER contra Reino Unido (decisão de 4.12.2008), o Tribunal afirmou que a manutenção, por prazo indeterminado, dos perfis genéticos de pessoas

não condenadas, viola o direito à privacidade, previsto no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Por outro lado, no caso *Peruzzo e Martens contra Alemanha* (30562/04 e 30566/04, decisão de 4 de dezembro de 2008), considerou-se manifestamente infundada a alegação de que a manutenção, em bancos de dados estatais, de perfis genéticos de condenados por crimes graves violaria o direito à privacidade.

De tudo se extrai o reconhecimento de que as informações genéticas encontram proteção jurídica na inviolabilidade da vida privada e privacidade genética.

No caso brasileiro, a Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, em duas situações: na identificação criminal (art. 5º, LVIII, CF, regulamentado pela Lei 12.037/09) e na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A).

Cada uma dessas hipóteses tem um regime diferente. Na identificação criminal, a investigação deve ser determinada pelo juiz, que avaliará se a medida é essencial às investigações (art. 3º, IV, combinado com art. 5º, parágrafo único). Os dados poderão ser eliminados no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

Os dados dos condenados, por outro lado, serão coletados como consequência da condenação. Não há previsão de eliminação de perfis.

Em ambos os casos, os perfis genéticos são armazenados em banco de dados. Os dados podem ser usados para instruir investigações criminais (art. 9-A, §2º, da Lei 7.210/84) e para a identificação de pessoas desaparecidas (art. 8º do Decreto 7.950/13).

São instrumentos de proteção da privacidade o caráter sigiloso dos dados e a vedação da inclusão de informações relativas aos traços somáticos ou comportamentais, salvo quanto ao gênero art. 5º-A, §1º.

A inclusão e manutenção de perfil genético de condenados em banco de dados estatal não é aceita, de forma unânime, como compatível com direitos personalidade e prerrogativas processuais, consagrados pelo art. 5º da CF. Há decisões de Tribunais de Justiça afastando a aplicação da lei. O STF já acolheu reclamações do Ministério Público, fundadas na Súmula Vinculante 10, contra atos de Tribunal de Justiça mineiro que afirmavam a inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, sem observar a reserva de plenário Reclamações 19.843, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe 25.6.2015; 19.208, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 9.9.2015; 20.950, Cármen Lúcia; 23.163, Teori Zavascki.

Trata-se de questão constitucional que tem relevância jurídica e social.

No caso concreto, o recorrente, condenado por crimes praticados com violência contra a pessoa e por crimes hediondos, insurge-se contra a inclusão e manutenção de seu perfil genético em banco de dados, sob a alegação de violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar.

Ante o exposto, voto por reconhecer a repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos (BRASIL, 2016c).

O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o mérito do Habeas Corpus 407.627/MG (BRASIL, 2018), mesmo depois de reconhecida a repercussão geral do tema, declarou constitucional a aplicação do artigo 9º-A da Lei 7.210/1984 (BRASIL, 1984), considerando que a garantia a não autoincriminação não é violada pela captação compulsória de DNA de condenados definitivamente por crimes hediondos ou dolosos com violência grave.

Em decisão monocrática publicada em abril do ano de 2018, o Ministro Felix Fischer confirmou a denegação da liminar da relatora Laurita Vaz, reafirmando tese fixada pela Quinta Turma do STJ, que declarou constitucional a coleta obrigatória de DNA de condenados, sob a justificativa de que não compromete os princípios constitucionais da presunção de inocência e da não autoincriminação, porque nesses casos o agente já teve reconhecida sua culpabilidade em uma decisão transitada em julgado (BRASIL, 2018).

Quanto a esse posicionamento, é importante lembrar que o artigo de lei (BRASIL, 2009) menciona que o perfil genético pode ser usado em investigações policiais, e isso significa dizer que essa coleta de material genético, realizada compulsoriamente, afeta e compromete sim a presunção de inocência, o direito ao silêncio e a garantia a não se autoincriminar, já que os dados genéticos poderão ser usados como meio de prova para incriminar o indivíduo nessas ou em próximas investigações.

Importante mencionar que no início de 2019, o Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, apresentou um projeto denominado “anticrime”, o qual, dentre inúmeras medidas, pretende a alteração do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, para determinar que os condenados por crime doloso, mesmo sem trânsito em julgado, sejam submetidos à coleta de DNA compulsória, assim que ingressarem no estabelecimento prisional, e a alteração da Lei nº 12.037, para determinar a exclusão dos perfis genéticos em casos de absolvição do acusado ou após passados 20 anos do cumprimento da pena do acusado:

XVIII) Medidas para aprimorar a investigação de crimes:

Mudança na Lei de Execução Penal (Banco Nacional de Perfil Genético):

“Art. 9º-A. Os condenados por crimes dolosos, mesmo sem trânsito em julgado, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor, quando do ingresso no estabelecimento prisional.

§ 3º Os condenados por crimes dolosos que não tiverem sido submetidos à identificação do perfil genético, quando do ingresso no estabelecimento prisional, poderão ser submetidos ao procedimento durante o cumprimento da pena.

§ 4º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.” (NR)

Mudança na Lei n.º 12.037/2009 (Banco Nacional de Perfil Genético):

“Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no caso de absolvição do acusado ou, mediante requerimento, decorridos vinte anos após o cumprimento da pena no caso do condenado.” (NR) (BRASIL, 2019).

As alterações almejadas pelo Projeto são ainda mais restritivas do que as já em vigor, tendo em vista que qualquer pessoa condenada de forma não definitiva poderá ser submetida

ao procedimento compulsório e, se não absolvida, terá seu perfil genético à disposição estatal para uso por até 20 anos após o final do cumprimento de sua pena.

Apesar dos posicionamentos restritivos do direito ao silêncio que entendem que, se há previsão em lei, poderá ser mandatória a realização de quaisquer provas, a jurisprudência do STF se mantém firme até então, na definição de que as provas autoincriminatórias que dependam da colaboração do acusado não podem ser forçadas.

E nessa toada, as alterações propostas pelo projeto de Lei nº 1.864/2019, denominado de “anticrime”, estão, ao menos em relação à identificação genética compulsória, desencontradas da interpretação e proteção constitucional dadas ao direito ao silêncio e à garantia de não autoincriminação.

Tomando como exemplo a acareação, modalidade de prova prevista pelo Código de Processo Penal, nos arts. 209 e seguintes (BRASIL, 1941), o STF já decidiu que investigados não podem ser obrigados a participar do ato:

Isso posto, defiro o pedido de extensão de liminar formulado para garantir ao paciente, na sessão da CPI da Petrobras, a ser realizada em 4/8/2015, o direito de: (i) ser assistido por advogado e de, com este, comunicar-se; (ii) não ser obrigado a assinar o termo de compromisso de dizer a verdade, sem sofrer com isso qualquer medida privativa de liberdade; e (iii) não se auto incriminar (BRASIL, 2015b).

Interessante consignar que o HC 129.213/DF (BRASIL, 2015b), com trecho transcrito acima, trata de pedido realizado por um dos delatores da operação “Lava Jato”⁶, João Vaccari Neto.

No Habeas Corpus, foi concedida ordem para impedir que o mesmo fosse compelido, durante uma acareação, a produzir provas autoincriminatórias.

No entendimento do Ministro Teori Zavascki, que concedeu liminar no mesmo sentido ao delator Alberto Youssef, no HC 129.929/DF (BRASIL, 2015c), os investigados, mesmo tendo assinado acordos de colaboração premiada (no qual abriram mão de exercer seu direito ao silêncio) não poderiam ser compelidos a se desfazer desse direito perante as CPI’s que os convocaram à acareação:

3. No caso, independentemente de o paciente ter celebrado acordo de colaboração premiada homologado judicialmente, a garantia constitucional da não

⁶ A Operação Lava Jato é um conjunto de investigações iniciadas pela Polícia Federal do Brasil, que teve início em 2014 e investiga crimes de corrupção ativa e passiva, gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro, organização criminosa, obstrução da justiça, operação fraudulenta de câmbio e recebimento de vantagem indevida. De acordo com investigações e delações premiadas recebidas pela força-tarefa da Operação Lava Jato, estão envolvidos membros administrativos da empresa estatal petrolífera Petrobras, políticos dos maiores partidos do Brasil, incluindo presidentes da República, presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e governadores de estados, além de empresários de grandes empresas brasileiras. O nome da operação se deve ao uso de um posto de combustíveis para movimentar valores de origem ilícita, investigada na primeira fase da operação, na qual foi preso o doleiro Alberto Youssef.

autoincriminação permanece e, portanto, o direito de permanecer em silêncio. Cabe exclusivamente ao paciente, assistido por seus defensores, a decisão do exercício do direito ou não ao silêncio. Eventual consequência em relação ao acordo de colaboração premiada dependerá de provimento judicial da autoridade competente. As circunstâncias dos autos revelam, ao menos em juízo de cognição sumária, ser justificada a pretensão jurídica do paciente, de ter, por parte da Comissão Parlamentar de Inquérito, o tratamento próprio da sua condição de investigado, sob pena de violação grave a direito fundamental (BRASIL, 2015c).

O posicionamento dos Ministros demonstra a manutenção da amplitude do direito ao silêncio e da garantia a não se incriminar no Brasil, e também traz ao estudo a figura da colaboração premiada, interessante ao tema aqui proposto por se tratar de um acordo, previsto e permitido pela Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013), em que aquele que delata demais autores e confessa sua participação em determinado crime, abrindo mão de seu direito ao silêncio e garantia de não se autoincriminar, pode ter benefícios em relação à aplicação de sua pena, e até mesmo não ser denunciado, ou obter perdão judicial:

Da Colaboração Premiada

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5o Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6o O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7o Realizado o acordo na forma do § 6o, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§ 8o O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

§ 9o Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§ 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador (BRASIL, 2013).

Verifica-se que a delação ou colaboração premiada é um instituto que não suprime o direito ao silêncio do investigado, acusado ou réu, mas trata-se de hipótese em que o próprio indivíduo abre mão do exercício desses direitos constitucionais, em razão de serem benéficiais à sua própria defesa, podendo, inclusive, resultar em total isenção de pena no crime confessado.

Assim, não se considera a colaboração premiada uma hipótese de relativização do direito ao silêncio, mas sim uma renúncia aceita e acordada livremente pelo colaborador, em troca de garantia de liberdade ou de redução de pena.

Passando adiante, existem outras situações que envolvem a colaboração da pessoa acusada ou investigada na produção probatória em que, por força de lei ou de entendimento

dos Tribunais, embora não se obrigue o indivíduo a produzir provas autoincriminatórias, estabelece-se punição ou presunção de culpa diante da negativa.

Nessas hipóteses, mesmo reconhecida a amplitude do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação, e apesar de ser tratado como direito de exercício absoluto pelo STF, o Estado permite a aplicação de sanções ou de presunção de culpa daquele que invocar esse direito constitucional.

Sopesado ser ônus do Estado trazer a prova de culpa dos acusados nos processos penais e administrativos, bem como ser o dever da parte que alega, no âmbito do direito civil, fazer a prova de que faz jus àquilo que pleiteia, existem no Direito situações em que são desconsideradas essas máximas, permitindo-se que a negativa de colaboração na construção de prova autoincriminatória penalize o réu, acusado, investigado ou suspeito, liberando a parte acusadora do ônus probatório.

Como primeiro exemplo, o trabalho traz a ação de reconhecimento de paternidade, que, por força da Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (BRASIL, 2004a), admite a presunção relativa de paternidade daquele que se nega a prestar o exame de DNA.

O segundo exemplo é o do artigo 165-A, do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997), que determina a punição administrativa daquele que se nega a fazer o exame que comprova a embriaguez ou uso de substância psicoativa na direção de veículo automotor.

As hipóteses selecionadas serão mais bem delineadas nos capítulos seguintes, e reforçam a conclusão pela relatividade da garantia a não se incriminar no Brasil.

8 A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO

Nas ações de investigação de paternidade o exame de DNA tem grande peso para a formação da convicção judicial. Esse exame, que é realizado por meio de coleta de material genético do suposto filho e do suposto pai (ou de parentes), faz possível obter o resultado da probabilidade de paternidade.

Quando realizado, o DNA praticamente elimina a necessidade dos demais tipos de provas, por ser considerado idôneo a responder se um indivíduo é ou não genitor do autor da ação investigatória.

No entanto, diante da recusa ao exame de DNA, de acordo com entendimento sumulado pelo STJ no verbete nº 301 (BRASIL, 2004a), ocorre a presunção (relativa) de que a paternidade alegada é verdadeira.

O Superior Tribunal de Justiça, ao sumular o entendimento de que “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade” (BRASIL, 2004a) consignou as seguintes afirmativas nos precedentes utilizados para a confecção da súmula:

-A mera recusa à submissão ao exame não leva diretamente à conclusão de que o investigado é o pai, absolutamente. Serve como mais um elemento para tanto, porém não é definitivo. Faz-se necessário cotejá-lo com os demais dados coligidos nos autos, sob pena de vincular-se o Judiciário, cegamente, tanto ao resultado do teste de DNA, como à recusa do réu em fazê-lo.

-Temos admitido a presunção da negativa de realização do exame DNA apenas quando as provas complementares do processo são no sentido da paternidade.

-Temos entendido que é fundamental o exame do DNA e que se a parte recusar-se a fazê-lo, ensejará presunção de paternidade com relação a ela própria. (BRASIL, 2004a).

Verifica-se que as afirmativas se contrariam, sendo que a primeira e a segunda são refutadas pela última, em que o Tribunal afirma que é fundamental o exame de DNA e que a sua recusa gera presunção direta da paternidade.

Essa presunção de paternidade construída pelo STJ, apesar de formalizada como relativa, é contrária aos conceitos da garantia de não autoincriminar, sendo assim, uma forma de relativização do direito ao silêncio.

Vale destacar que não é objetivo desse trabalho discutir a ponderação de princípios constitucionais, o que poderia validar que o direito constitucional ao silêncio, mesmo pético, fosse preterido em face do princípio da paternidade responsável ou do direito à identidade genética.

Em continuidade à questão de negativa do DNA, é interessante o posicionamento de Rolf Madaleno, que entende como preocupante e chama a presunção da paternidade pela oposição de submissão ao exame do DNA de “divinização do DNA” (MADALENO, 2008):

É extremamente perigoso interpretar a negativa ao exame como invariável presunção da paternidade ou de maternidade, pois igual princípio terminaria valendo na esfera criminal, direcionando a autoria do delito ao réu, toda vez em que se negasse em se submeter à perícia genética. Claro que, na esfera criminal, será afirmado que a dúvida deve ser interpretada em favor do réu, ainda que a perícia do DNA fosse para comprovar a gravidez proveniente de estupro.

Contudo, no campo da investigatória de paternidade, mostra-se exagerado, e sem rigor probante algum, interpretar sempre contra o réu a sua recusa na realização do exame, mesmo quando sequer as pessoas envolvidas na perícia não figuram no pólo processual passivo, como acontece quando a demanda é proposta contra a sucessão do investigado, e esta é processualmente representada pelo inventariante judicial. É cômoda a decisão que vê na recusa um suficiente indício contra o réu, num abjeto e inconciliável tarifamento das provas.

Ainda que elevados os percentuais de inclusão parental em exames obtidos através de perícias realizadas por laboratórios cientificamente capacitados, sempre o seu resultado será discutível, por não ser absoluto. Só este aspecto já extrai a evidência de sacralizar a presunção, porquanto, a dedução judicial termina indiscutivelmente recebendo foros ficticiamente mais eficazes do que a prova científica. Considerando esta liberdade de o juiz construir uma verdade decorrente da teoria de que o silêncio da parte reflete uma ocultação da realidade, confere ao magistrado uma falsa sensação de que possui, como elemento de convicção, um indício que considera irrefutável (MADALENO, 2008).

Pela posição de Rolf, há riscos em se considerar o DNA como um exame absoluto, que residem na “comodidade das decisões judiciais” (MADALENO, 2008) que cita o autor.

Se há a apreciação do DNA como uma prova irrefutável, sendo tal prova negada pelo réu, aprecia-se a negativa como uma tentativa de ocultação da verdade (que seria a paternidade) e por isso ocorre a valoração da negativa como uma presunção praticamente absoluta, e não relativa.

Assim, apesar de a Súmula nº 301 do STJ (BRASIL, 2004a) trazer a afirmação de que a negativa ao exame de DNA na investigação de paternidade gera uma presunção relativa, trata-se na verdade de uma presunção quase absoluta, pois mesmo que em tese dependente de outras provas (testemunhas, documentos), a ideia que prevalece é a de que a prova material genética é imprescindível para a constatação da filiação. Diante de sua negativa, induz-se à conclusão de que a negação se faz com o exato objetivo de ocultar a verdade.

De tal modo, a negativa de realização de exame de DNA, mesmo sendo admitida, será sempre arma incontestável para que os julgadores sentenciem pela filiação, o que inviabiliza o livre exercício do direito a não produção de provas autoincriminatórias.

9 O ARTIGO 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO E A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO

Comungando com a compreensão de que o direito ao silêncio e a garantia de não autoincriminação não consistem apenas no direito de não falar durante um interrogatório ou depoimento em sede de investigação ou processo criminal, mas que se tratam de direitos amplos de autodefesa que permitem a negativa de produção de quaisquer provas autoincriminatórias, analise-se o artigo 165-A, em vigência no Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997), que prevê a punição direta de quem se nega a produzir prova autoincriminatória, relativizando o exercício do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação.

O artigo 165-A, do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997), foi introduzido pela Lei nº 13.281/2016 (BRASIL, 2016a), e traz a seguinte redação:

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses (BRASIL, 1997).

O Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997) possui a seguinte previsão de punição administrativa aplicada aos casos em que o indivíduo, ao fazer o teste de alcoolemia ou substância psicoativa, tem a embriaguez ou uso de substância constatada:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses (BRASIL, 1997).

Passa-se, inicialmente, a uma análise desses dois artigos e de suas consequências práticas.

Considerando a primeira hipótese, em que uma pessoa é parada em blitz policial e aceita se submeter ao exame conhecido popularmente como “bafômetro”, e o resultado desse exame indica a influência de álcool, o indivíduo, além de responder pelo crime do artigo 306

do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997) (por dirigir sob a influência de álcool), responderá pela infração administrativa do artigo 165 acima exposto, será penalizada com a multa prevista para infrações consideradas gravíssimas, terá a carteira recolhida, o veículo será apreendido caso não tenha alguém habilitado para a condução após o flagrante da embriaguez, e será penalizado com a suspensão do direito de dirigir por 12 (doze meses).

Nos casos de reiteração dessa situação em um período menor que doze meses, o condutor será considerado reincidente e além de todas as medidas acima, deverá pagar a multa em dobro.

Pois bem, este é o resultado da primeira hipótese, em que o condutor aceita fazer o teste de embriaguez e existe a certeza de sua culpa (no sentido de dirigir com influência de álcool).

Passando à segunda hipótese, em que o condutor, ao ser parado na blitz, não aceita fazer o teste do bafômetro, exercendo seu direito constitucional de não produzir prova ativa em seu desfavor, ele estará sujeito às mesmas consequências do primeiro caso. Porém, nesse exemplo, em tese, o condutor do veículo não responderá pelo crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997).

Isso porque, se os agentes que o abordarem constatarem por outros meios que não dependam de sua colaboração, que o indivíduo está sob influência de álcool ou outra substância psicoativa, poderão conformar tais informações no termo infracional e o condutor poderá ser indiciado pelo crime de embriaguez.

Tal possibilidade está conformada nos artigos 306, §1º, § 2º, e 277, do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997):

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

.....

§ 2º A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas.

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.

.....

Art. 306 [...].

.....

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova (BRASIL, 1997).

Então, sopesado o fato de inicialmente não responder por um crime, se a pessoa não quiser fazer o teste de embriaguez, automaticamente serão aplicadas as mesmas punições daquele que fez o exame e foi constatada embriaguez, somente pela negativa de realização do exame.

O artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997) permite que um indivíduo seja punido por não fazer um exame que pode lhe prejudicar, o que, a partir da análise realizada ao longo do trabalho, é medida desproporcional e que suprime o direito ao silêncio, pois, ainda que a negativa a fazer a prova seja “permitida”, há aplicação de penalidade administrativa.

Importante analisar que o artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997), citado acima, traz como alternativa para a constatação de embriaguez, a identificação de sinais, a captação de imagens, vídeo, e de outras provas lícitas.

Por essa razão, vê-se que existe uma estrutura de provas que o agente que fiscaliza o trânsito, pode usar na fiscalização para constatar uso de álcool ou outra substância psicoativa, sendo possível, diante das evidências colhidas e verificadas, autuar o fiscalizado, mesmo sem a realização do bafômetro (ou exame de sangue).

Para a constatação de embriaguez ou uso de substância psicoativa, o próprio Código de Trânsito Brasileiro já possuía previsão de que a autoridade administrativa pode certificar por outros meios diversos de perícia, testes e exames, se o condutor está sob a influência de álcool ou outra substância no momento da abordagem.

Por essa análise, não é constitucional a aplicação de punição administrativa direta daquele que simplesmente se nega a produzir provas de embriaguez, pois se trata de uma punição por mero exercício de um direito constitucional do indivíduo.

A punição prevista pelo artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997) intencionalmente cerca o indivíduo e suprime seu direito fundamental, além de imputar uma penalidade ao fiscalizado como se culpado fosse, já que a punição administrativa aplicada tem os exatos efeitos da que se imputa ao caso da embriaguez constatada.

O Superior Tribunal de Justiça, em sentido contrário a esse entendimento, apresenta compreensão de que a penalidade administrativa pela negativa de exame autoincriminatório em nada fere a garantia de não autoincriminação.

No Recurso Especial 1677380/RS (BRASIL, 2017), o Ministro Herman Benjamin, manteve a penalidade do artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997), em face de um motorista de ônibus que se negou a realizar o bafômetro e foi penalizado com a punição administrativa da embriaguez, mesmo sem nenhuma outra evidência de alcoolemia ter sido constatada na autuação.

Vale ressaltar que esse julgamento se deu em 2017, antes mesmo da vigência do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997), mas o caso, que ocorreu antes, julgava aplicação de penalidade do artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997) pela mera negativa de colaboração no exame autoincriminatório de embriaguez.

Antes da alteração de 2016, o texto do artigo 277, §3º, do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997) permitia a aplicação de penalidade e medidas administrativas estabelecidas no art. 165, ao condutor que se recusasse a se submeter a qualquer dos procedimentos do *caput* (teste, exame clínico, perícia).

Na decisão do recurso, o Ministro elencou que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a garantia de não autoincriminação se restringe à esfera criminal, sendo possível penalizar e presumir a culpa, no âmbito administrativo, daqueles que se negam a prestar exames probatórios (BRASIL, 2017).

Seguem alguns pontos da decisão do REsp 1677380/RS (BRASIL, 2017):

O princípio *nemo tenetur se detegere* tem origem na garantia constitucional contra a autoincriminação e no direito do acusado de permanecer calado, sem ser coagido a produzir provas contra si mesmo. Aplica-se de forma irrestrita aos processos penais, sendo essa a sua esfera nuclear de proteção.

14. É possível admitir a incidência ampliada do princípio *nemo tenetur se detegere* quando determinada infração administrativa também constituir ilícito penal. Nesses casos, a unicidade de tratamento confere coerência interna ao sistema jurídico.

15. Nas situações em que a independência das instâncias é absoluta e os tipos infracionais distintos, a garantia do *nemo tenetur se detegere* não tem aplicação sobre a função administrativa exercida no âmbito da sua competência ordenadora, por falta de amparo no ordenamento pátrio

31. A exigência legal de submissão a exame técnico ou científico, com os consectários jurídicos da recusa, não é exclusividade do CTB. Consta, v.g., dos art. 231 e 232 do Código Civil.

32. O STJ editou a Súmula 301 com o seguinte teor: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.”

33. A previsão de efeitos legais contrários a quem se recusa a se submeter a prova técnica não é tema heterodoxo na legislação ou repellido pelo Superior Tribunal de Justiça, desde que não envolvida matéria criminal.

34. No caso concreto, merece relevo o fato de o condutor do veículo ser profissional do trânsito, na condição de taxista autônomo, tendo a infração sido praticada no pleno exercício da atividade de transporte remunerado de passageiro (BRASIL, 2017).

Verificam-se contradições no posicionamento esposado pelo Ministro.

Primeiro, porque ao mesmo tempo em que reconhece a aplicação das garantias de não autoincriminação para além do processo penal, retroage e afirma que essa garantia, por falta de ordenamento pátrio, não tem aplicação sobre a função administrativa, a não ser que a infração administrativa também constitua um ilícito penal.

Conforme afirma Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, não pode ser concebido um sistema de garantias no qual o exercício de um direito constitucionalmente assegurado possa gerar sanção ou danos (STEINER, 1999).

O direito ao silêncio e a garantia de não autoincriminação formam direito constitucional irrestrito e reconhecidamente aplicável em face do Estado e a favor do indivíduo em qualquer situação em que, se produzir a prova, venha a se incriminar, provando ser verdadeira imputação feita contra si. Assim, não faz sentido afirmar que somente no âmbito penal se possa invocar esse direito individual e constitucionalmente garantido.

A penalidade aplicada por negativa de prestação de prova autoincriminatória, ainda que não seja da espécie criminal, é contrária à Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), mesmo porque, se o fiscalizado optar por fazer a prova de sua embriaguez pelos exames dispostos no artigo 277 (BRASIL, 1997), nitidamente responderá pelo crime de embriaguez.

Então, a invocação de seu direito constitucional ao silêncio, na modalidade de negativa de realização de exame, é plenamente legítima, independente de se tratar de situação administrativa.

Segundo, porque a comparação do Ministro entre a penalidade administrativa do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997) e os artigos 231 e 232 do Código Civil (BRASIL, 2002), sobre provas, e a Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2004a), sobre a presunção relativa de paternidade, segundo defendido na presente dissertação, não encontra maior fundamento para a constitucionalidade da aplicação da penalidade administrativa.

Os artigos do Código Civil (BRASIL, 2002) citados no voto não possuem previsão direta de aplicação de penalidade por negativa de realização de perícia, mas tão somente

afirmam que aquele que se nega a esse tipo de prova, quando determinada, não pode se aproveitar dela em seu favor.

Isso não significa que o indivíduo pode ser civilmente condenado por não realizar aquela prova, já que há outras formas de prova admitidas no Código Civil, dispostas no artigo 212 (BRASIL, 2002).

Vale relembrar ainda, que o Código de Processo Civil reconhece no artigo 379, que no âmbito cível, não se pode obrigar o indivíduo a produzir prova contrária à sua própria defesa:

Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:

I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;

III - praticar o ato que lhe for determinado (BRASIL, 2015).

Quanto a Sumula nº 301 (BRASIL, 2004a), tratada anteriormente, o próprio Superior Tribunal de Justiça, ao sumular a presunção relativa de paternidade pela negativa de DNA, esposou categoricamente o entendimento de que a recusa ao exame não pode, sem a presença de outras provas, permitir a condenação, refutando assim o argumento usado para afirmar que simples a penalidade administrativa do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997), sem quaisquer outros elementos e apenas por negativa de realização de prova autoincriminatória, é válida e constitucional:

A mera recusa à submissão ao exame não leva diretamente à conclusão de que o investigado é o pai, absolutamente. Serve como mais um elemento para tanto, porém não é definitivo. Faz-se necessário cotejá-lo com os demais dados coligidos nos autos, sob pena de vincular-se o Judiciário, cegamente, tanto ao resultado do teste de DNA, como à recusa do réu em fazê-lo.

-Temos admitido a presunção da negativa de realização do exame DNA apenas quando as provas complementares do processo são no sentido da paternidade.

-Temos entendido que é fundamental o exame do DNA e que se a parte recusar-se a fazê-lo, ensejará presunção de paternidade com relação a ela própria (BRASIL, 2004a).

Assim, avaliados os argumentos do Superior Tribunal de Justiça – que são contraditórios – a conclusão a que se chega é que a escusa ao exame de embriaguez é constitucionalmente amparada, mas a penalidade administrativa do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997) apenas pela recusa, é inconstitucional, por ferir o direito ao silêncio e a garantia de não autoincriminação.

Por esse enfoque, e com base em todo o estudo realizado, conclui-se que na aplicação da penalidade administrativa do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997), por mera negativa de realização de provas autoincriminatórias, há forte desrespeito à

Constituição vigente (BRASIL, 1988) e a todos os princípios que se traduzem no direito ao silêncio e na garantia de não autoincriminação.

10 CONCLUSÃO

O trabalho trouxe o estudo do direito ao silêncio desde a sua origem, demonstrando que desde as primeiras menções sobre sua existência, esteve alicerçado num direito do indivíduo a não se incriminar, não se declarar culpado e não apenas num direito a silenciar-se diante em depoimentos e interrogatórios.

Analisou-se que o direito ao silêncio está elencado na Constituição da República de 1988, artigo 5º, LXIII (BRASIL, 1988), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992a), no Pacto de São José da Costa Rica (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969) e na legislação infraconstitucional brasileira, no artigo 186 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), e no artigo 379 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a).

O direito ao silêncio, também conhecido por garantia de não autoincriminação, é oponível a todas as esferas das funções estatais e tem status de cláusula pétrea constitucional. É amplo e consiste nos direitos do indivíduo a não falar, não confessar e não produzir ou colaborar para produção de provas contra si.

Por isso, não deveria sofrer quaisquer supressões ou relativizações seja por meio da legislação ou de interpretação judicial.

O trabalho foi desenvolvido com apoio no estudo do conceito amplo do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação, formado a partir da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal após a vigência da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), e de autores que reconhecem o direito ao silêncio como direito de exercício absoluto e oponível contra a atuação do Estado tanto na esfera penal, quanto nas demais esferas do Direito.

Estabelecido o conceito amplo do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação brasileiros, realizou-se estudo comparado desses direitos nos Estados Unidos da América e em Portugal, verificando-se que nos dois países sua construção se deu de forma completamente diversa do Brasil.

O direito ao silêncio, conhecido nos Estados Unidos da América como *privilege against self-incrimination*, foi inserido na Constituição norte-americana (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1789), em sua quinta emenda, mas não foi consagrado como uma cláusula pétrea.

A partir dos julgados da Suprema Corte norte-americana, verificou-se que se trata de um direito ligado à garantia da pessoa presa de não confessar ou de não prestar declarações

perante os órgãos policiais e judiciais, destacando que, conforme definido pela Suprema Corte daquele país, em 2013, a invocação desse direito não impede que o Estado se valha do silêncio em desfavor do acusado, o que significa dizer que no direito norte-americano é possível e constitucionalmente admitido obrigar um acusado à produção de provas autoincriminatórias, ou fazer presunção de sua culpa em razão do exercício do silêncio.

Além disso, foi visto que o direito ao silêncio norte-americano, por não ser uma cláusula pétrea, pode ser alterado e relativizado por leis e entendimentos judiciais, tendo a Corte Constitucional definido sua limitação a direitos ligados aos depoimentos e interrogatórios, excluindo-o do âmbito de produção de outras provas.

No direito português, a partir de uma construção erigida por decisões judiciais e doutrina, embasadas na dignidade da pessoa humana e em outros princípios e garantias estabelecidos pela Constituição portuguesa (PORTUGAL, 1976), foi dado status constitucional ao direito ao silêncio, extensivo aos direitos do indivíduo a não prestar depoimentos autoincriminatórios.

No entanto, quanto à extensão desse direito a uma garantia de não colaboração em outras provas ativas autoincriminatórias, a Corte Portuguesa não definiu tal permissão, e por isso, são constitucionais as limitações ao direito ao silêncio e as determinações de colaboração em provas autoincriminatórias, desde que estabelecidas por lei.

Por meio do estudo da legalidade substancial, verificou-se que há a necessidade de compatibilidade das leis e das decisões judiciais com a Constituição vigente e seus princípios, pressupondo, assim, serem inconstitucionais tanto as normas legais quanto as decisões judiciais que relativizam direitos constitucionalmente garantidos.

Após, visto que a amplitude do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação no Brasil pós-Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) se construiu em razão de o país ter passado um período de graves supressões de direitos humanos durante a ditadura, dedicou-se um capítulo a esse período de governo, elencando as nuances supressoras do regime militar, dando maior clareza aos motivos que levaram à promulgação de uma Constituição com características garantidoras de direitos humanos e proteção de certos direitos como cláusulas pétreas.

A Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), nascida de ideias de democracia e liberdade, trouxe em seu artigo 60 a previsão de direitos e garantias imutáveis, como forma de garantir a proteção da sociedade contra futuras e eventuais arbitrariedades do próprio Estado.

Dentro desse rol de direitos pétreos, está inserido o direito ao silêncio.

O estabelecimento das cláusulas pétreas visa impedir que o Estado altere o sentido ou suprima o núcleo dos direitos ali protegidos, e nem mesmo com a aprovação de emenda ao próprio texto constitucional há a possibilidade de exclusão desses direitos arrolados no artigo 60 (BRASIL, 1988).

Com alicerce nesse status de cláusula pétrea dado pelo artigo 60 da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), concluiu-se pela inconstitucionalidade de leis ou entendimentos judiciais que relativizam os direitos constitucionais que formam esse rol, limitando ou impedindo seu exercício pleno, ou estabelecendo penalidades e presunção de culpa a quem se valer desses direitos.

A partir disso, foi então possível afirmar que no Brasil, o direito ao silêncio (garantia de não produzir provas contra si) não é respeitado, sendo, na prática, um direito relativo, pois há hipóteses em que seu exercício é limitado, seja com a determinação compulsória de produção de provas autoincriminatórias, seja com a permissão legal de aplicação de punição ou de presunção de culpa em razão do exercício desse direito.

Para exemplificar a relativização do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação no Brasil, o trabalho optou pela abordagem de três hipóteses.

A primeira, sobre a identificação criminal por coleta compulsória de perfil genético de condenados (com trânsito em julgado) por crimes hediondos ou cometidos com violência grave contra a pessoa, que permite a supressão total do direito ao silêncio.

A segunda, em relação à súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2004a), que determina a aplicação de presunção relativa de paternidade pela negativa de realização do exame de DNA e que, apesar de não impedir o exercício do direito ao silêncio, pune o indivíduo com a presunção de culpa pela negativa à prova autoincriminatória.

A terceira refere-se ao artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997), que determina aplicação de penalidades administrativas para quem se nega a realizar exames para a constatação de alcoolemia ou uso de substâncias psicoativas. Nesse caso, também não se impede que o indivíduo deixe de fazer os exames autoincriminatórios, mas pune-se administrativamente, exatamente por não os fazer.

A inconstitucionalidade da relativização do direito ao silêncio foi então confirmada no presente trabalho, visto que os direitos que decorrem do silêncio possuem natureza de cláusula constitucional pétrea, assumem amplitude para além dos direitos de não falar em depoimentos e interrogatórios e não podem ter seu exercício tolhido, negado ou punido, por quaisquer normas legais ou entendimentos de Tribunais.

A manutenção de leis ou entendimentos como os levantados pelo trabalho causa a insegurança jurídica do Estado que, ao optar pela permissividade na supressão de garantias e direitos constitucionais criados para a sua própria proteção e estabilidade, coloca em risco sua própria existência.

O papel do Estado em posição acusatória, ou da parte que alega um direito, é o de trazer as provas de culpa da parte acusada para a condenação, e não se utilizar da negativa de colaboração ou prestação de prova autoincriminatória como suficiente fonte de prova da culpa, ou estabelecer punição pela invocação do direito ao silêncio.

Assim, constatou-se que no Brasil, relativiza-se de forma inconstitucional o direito ao silêncio, e de que a tendência restritiva de direitos e garantias individuais, faz lembrar um modelo de Estado que deixa de lado a sua Constituição e assume condutas inquisitórias, arbitrárias e autoritárias, não compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

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

ALVES, Joana Eugênia Pinheiro. **O alcance do direito ao silêncio do arguido quanto às diligências de prova no Processo Penal Português**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Judiciário) – Universidade do Minho, Braga, Portugal, 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/44545>. Acesso em 8 jun. 2019.

AMARAL, Thiago Bottino. **O direito ao silêncio na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018. Disponível em: <https://livraria.camara.leg.br/historia-constitucional-brasileira-mudanca-constitucional-autoritarismo-e-democracia-no-brasil-pos-1964>. Acesso em: 08 jun. 2019.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45690/45068>. Acesso em: 8 jun. 2019.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos Humanos**. 4. ed. Salvador: Juspodvim, 2017.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [19--]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Emenda constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978.** Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964.** Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Brasília, DF: Presidência da República, [19--]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 12, de 1º de setembro de 1969.** Dispõe sobre o exercício temporário das funções de Presidente da República pelos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, enquanto durar o impedimento, por motivo de saúde, do Marechal Arthur da Costa e Silva, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [19--]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-12-69.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.** São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [19--]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 5 de 1983.** Dispõe sobre a eleição direta para Presidente e Vice-Presidente da República. Brasília, DF: Senado Federal, [199-]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/18035>. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009.** Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nos 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.281, de 4 de maio de 2016**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113281.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [19--]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.864, de 2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7935297&ts=1565294325065&disposition=inline>. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Súmula nº 301**. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Brasília, DF, 18 de outubro de 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 1677380/RS**. Processual Civil e Administrativo. Taxista. Teste de alcoolemia, etilômetro ou bafômetro. Recusa em se submeter ao exame. Sanção administrativa. Art. 277, §3º c/c art. 165 do CTB. Autonomia das infrações. Identidade de penas. Desnecessidade de prova da embriaguez. Infração de mera conduta. Dever instrumental de fazer. Princípio da não autoincriminação. Inaplicabilidade. Independência das instâncias penal e administrativa. Tipo administrativo que não constitui crime. Segurança viária. Direito fundamental. Dever do estado. Dignidade da pessoa humana respeitada. Súmula 301/STJ. Previsão de efeitos legais contrários a quem se recusa a se submeter a prova técnica. Tema não exclusivo do CTB e sumulado pelo STJ. Infração cometida no exercício da profissão de transporte remunerado de passageiros. Atividade dependente de autorização estatal. Serviço de utilidade pública regido pela lei 12.587/2012. Obrigação de cumprir a legislação de trânsito reforçada [...]. Recorrente: União. Recorrido: Arnaldo Belisario Neves. Relator: Min. Herman Benjamin, 16 de outubro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701367310&dt_publicacao=16/10/2017. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 407627/MG [Decisão monocrática]**. Impetrante: Defensoria Pública de Minas Gerais. Paciente: Igor Alessandro de Sena Costa. Relator: Min. Félix Fischer, 27 de abril de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82774760&num_registro=201701676886&data=20180427. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 68.929-9/SP**. Impetrante: Ernesto Magrini. Paciente: Ernesto Magrini. Relator: Min. Celso de Mello, 28 de agosto de 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71335>. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 69.026-2/DF**. Impetrante: Antônio Ponce. Paciente: Paulo Cesar Andrade de Araújo. Relator: Min. Celso de Mello, 04 de setembro de 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71409>. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 69818-2/SP**. Prova obtida por meios ilícitos; invocação do artigo 5º, LVI da Constituição; improcedência; precedentes inaplicáveis [...]. Impetrante: Maria da Conceição Ayres Cernicchiaro. Paciente: Omar Ghazal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 3 de novembro de 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72005>. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 77135/SP**. Habeas Corpus. Crime de desobediência. Recusa a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para exames periciais, visando a instruir procedimento investigatório do crime de falsificação de

documento. Nemo tenetur se detegere [...]. Paciente: Antônio Aparecido de Moraes. Impetrante: João Aparecido Pereira Nantes. Relator: Min. Ilmar Galvão, 6 de novembro de 1998. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77123>. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 83960/RS**. Habeas corpus: coação atribuída ao STJ, na decisão de recurso especial: competência do Supremo restrita aos fundamentos do REsp. II. Sentença condenatória: individualização da pena: motivação inidônea para acrescentar circunstância judicial desfavorável ao paciente para aumentar a pena-base. Assente a jurisprudência do Tribunal em que o comportamento do réu durante o processo, na tentativa de defender-se, não se presta a agravar-lhe a pena (cf. HC 72.815, 5.9.95, Moreira Alves, DJ 6.10.95): é garantia que decorre da Constituição Federal, ao consagrar o princípio nemo tenetur se detegere (CF/88, art. 5º, LXIII). III. Redução da pena-base e conseqüente reconhecimento, de ofício, da prescrição retroativa da pretensão punitiva, conforme entendimento assentado na Súmula 497 (“Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”). Paciente: Sérgio Valentim Mallmamm. Impetrante: Wener Cantalício João Becker. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 1º de julho de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384853>. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 34.739/DF**. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Depoimento como testemunha. Direito de permanecer em silêncio. Direito à não autoincriminação. 4. Prova inevitável não pode ser presumida. 5. Relatório final da Comissão Processante. Testemunho foi fundamental para atribuir à agravante a infração disciplinar. Violação à garantia constitucional prevista no art. 5º, LXIII, da CF. Nulidade insanável. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Negado provimento ao agravo regimental. Agravante: União. Agravado: Ceres Albuquerque. Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de maio de 2019. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340289086&ext=.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 133078/RJ**. Habeas Corpus. Constitucional. Processual Penal. Alegação de constrangimento ilegal decorrente da determinação de exame de insanidade mental. Liberdade de locomoção. Ordem concedida [...]. Paciente: Girleu Oliveira de Asevedo. Impetrante: Marcelo da Silva Trovão. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 22 de setembro de 2016. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11698028>. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 80616/SP**. Acusação - Autodefesa – Neutralidade. A autodefesa consubstancia, antes de mais nada, direito natural. O fato de o acusado não admitir a culpa, ou mesmo atribuí-la a terceiro, não prejudica a substituição da pena privativa do exercício da liberdade pela restritiva de direitos, descabendo falar de “personalidade distorcida”. Impetrante: Márcio Thomaz Bastos. Paciente: Marcelo Zacharias Afif Cury. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de março de 2004. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78460>. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 89503-4/RS**. Ação penal. Prisão preventiva. Réu que não compareceu à delegacia de polícia para depoimento. Fato que lhe não autoriza a custódia cautelar decretada. Ofensa à garantia constitucional de não auto-incriminação. Exercício do direito ao silêncio. Constrangimento ilegal caracterizado [...]. Impetrante: Ricardo Koch e outros. Paciente: Eduardo Gerson Müller Júnior. Relator: Min. Cezar Peluso, 3 de abril de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=463482>. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Presidência). **Habeas Corpus 129213/DF [Decisão liminar]**. Impetrante: Luiz Flávio Borges D'urso. Paciente: João Vaccari Neto. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 4 de agosto de 2015. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000160181&base=basePresidencia>. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Presidência). **Habeas Corpus 129929/DF [Decisão liminar]**. Impetrantes: Antônio Augusto Figueiredo Basto, Tracy Joseph Reinaldet dos Santos, Luis Gustavo Rodrigues Flores e Adriano Sérgio Nunes Bretas. Paciente: Alberto Youssef. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de agosto de 2015. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000207142&base=basePresidencia>. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 79812/SP**. Comissão parlamentar de inquérito - Privilégio contra a auto-incriminação - Direito que assiste a qualquer indiciado ou testemunha - Impossibilidade de o poder público impor medidas restritivas a quem exerce, regularmente, essa prerrogativa - Pedido de Habeas Corpus deferido [...]. Impetrante: Antônio Cândido Reis de Toledo Leite. Paciente: José Corissa Neto. Relator: Min. Celso de Mello, 16 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78158>. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 68742-3/DF**. Habeas Corpus. Paciente condenado, pelo crime do art. 304, do Código Penal, a 3 anos de reclusão. Alegado constrangimento ilegal, pelo fato de não haver sido considerado ter ele recolhido, antes do recebimento da denúncia, a importância correspondente ao valor do tributo, mencionada no documento falso que utilizou, circunstância definida como causa obrigatória da redução da pena, no art. 16 do Código Penal. Ademais, teria sido contemplada, pelo juiz, à guisa de antecedente penal, denúncia posterior ao fato de que decorreu a condenação [...]. Paciente: José Eustáquio Ribeiro de Urzedo. Relator: Min. Ilmar Galvão, 28 de junho de 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71200>. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Tema 905**. Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal. Relator: Min. Gilmar Mendes, [2016]. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4991018&numeroProcesso=973837&classeProcesso=RE&numeroTema=905#>. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 96.219-SP [Decisão liminar]**. Impetrante: Edivado Ferreira Garcia e outros. Paciente: Robson Ramos da Cruz. Relator: Min. Celso de Mello, 09 de outubro de 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2639223>. Acesso em: 8 jun. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Letícia Athayde Santos. **A desconsideração inversa da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015 como possibilidade de garantir a efetivação dos alimentos**. 2018. Dissertação (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/6751>. Acesso em: 8 jun. 2019.

CNJ Serviço: o que são as cláusulas pétreas. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, DF, 30 out. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87921-cnj-servico-o-que-sao-as-clausulas-petreas>. Acesso em: 8 jun. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. San José, Costa Rica: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípio da legalidade. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>. Acesso em: 8 jun. 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **A Constituição dos Estados Unidos da América**. Washington, 1789. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de Direitos de Virgínia**. 1776. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em 8 jun. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Fisher v. United States, 425 U.S. 391 (1976)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/391/>. Acesso em: 8 jun. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Salinas v. Texas, 1992**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/12-246>. Acesso em: 8 jun. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Salinas v. Texas**, nº 12-246. 17 abr. 2013. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-246_7148.pdf. Acesso em: 8 jun. 2019.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; CAZABONNET, Brunna Laporte. O direito de não produzir prova contra si mesmo: manifestações no direito brasileiro e o advento da Lei n. 12.654/12. **Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal**, [s. l.], 19 jul. 2013. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/artigos/o-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-manifestacoes-no-direito-brasileiro-e-o-advento-da-lei-no-12-65412>. Acesso em: 8 jun. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GAVA, Gabrielle Gasperin. **A garantia da não autoincriminação frente à bioética e à garantia da não autoincriminação**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, [2013]. Disponível em: http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/gabrielle_gava.pdf. Acesso em: 8 jun. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Há situações em que o indivíduo tem o direito de mentir? Dicas sobre o princípio da não autoincriminação (nemo tenetur se detegere). **Jusbrasil**, [s. l.], [2014]. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/114910622/ha-situacoes-em-que-o-individuo-tem-o-direito-de-mentir-dicas-sobre-o-principio-da-nao-autoincriminacao-nemo-tenetur-se-detegere>. Acesso em: 8 jun. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. **Jusbrasil**, [s. l.], [2010]. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>. Acesso em: 8 jun. 2019.

GOULART, Welington Fabiano Ribas. **As violações aos direitos fundamentais durante a ditadura militar no Brasil**. Curitiba: Faculdades Integradas do Brasil, 2009. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/welington-fabiano-ribas-goulart.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2019.

HELMHOLZ, R. H. *et al.* **The privilege against self-incrimination: it's origin and development**. Chicago: University of Chicago Press, 1997. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=Zd6s-nEmrCAC&lpg=PP1&hl=pt-BR&pg=PP10#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 8 jun. 2019.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Sofia Belo Campos de. **Âmbito do nemo tenetur se ipsum accusare no Direito Processual Penal português**: com destaque para a sua aplicabilidade aos casos de recolha de provas por intrusão corporal. 2014. Dissertação (Mestrado Forense) – Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, Lisboa, 2014. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18447/1/CCA_%C3%82mbito%20do%20nemo%20tenetur%20se%20ipsum%20accusare%20no%20direito%20processual%20penal%20portugu%C3%AAs%20COMPLETO%20%281%29.pdf. Acesso em 8 jun. 2019.

MADALENO, Rolf. A sacralização da presunção na investigação de paternidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 88, n. 766, p. 69-87, ago. 1999. Disponível em: http://www.direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rolf_Madaleno/SacralizacaoIP.pdf. Acesso em 8 jun. 2019.

MAGALHÃES, André. Aliança Democrática. *In*: FGV CPDOC, [Verbetes]. Rio de Janeiro: Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, 2009. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/alianca-democratica>. Acesso em 8 jun. 2019.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Lisboa: Livraria Clássica, 1927.

MELO, João Ozório de. Direito ao silêncio não é absoluto, decidem EUA. **Consultor Jurídico**, Brasília, 19 jun. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-19/direito-incriminado-silencio-limitado-decide-suprema-corte-eua>. Acesso em 8 jun. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILLANI, Márcio Rached. **Direito à não autoincriminação**. Limites, conteúdo e aplicação. Uma visão jurisprudencial. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6784/1/Marcio%20Rached%20Millani.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Alexsandra dos Santos *et al.* Privação dos direitos humanos na ditadura militar brasileira: o papel da comissão nacional da verdade e o resgate da identidade dos presos políticos. **Cadernos de Graduação: Ciências Humanas e Sociais**, Aracaju, v. 3, n. 3, p. 87-100, 2016. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/cadernohumanas/article/view/2795/1963>. Acesso em: 8 jun. 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PASSOS, Fábio Presoti. **A participação do investigado na instrução preliminar como manifestação dos direitos fundamentais**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012. Disponível em: http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConItem.html. Acesso em: 8 jun. 2019.

PATRUS, Aline Leite Viana Dilly. Revisitando o princípio da não autoincriminação: incidência da garantia como meio de defesa no processo penal. **De Jure**, Belo Horizonte, v. 15, n. 26, p. 259-303, jan.-jun. 2016. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1303/revisitando%20o%20principio%20da%20n%C3%A3o%20autoincrimina%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1>. Acesso em: 8 jun. 2019.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublikaportuguesa.aspx>. Acesso em 8 jun. 2019.

PORTUGAL. **Decreto Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987**. Código de Processo Penal. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, [2019]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em 8 jun. 2019.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Vânia Costa. Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 108, 2006.

REIS, Maurício Martins; JOBIM, Marco Félix. O direito de permanecer em silêncio: Miranda v. Arizona. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. XI, n. 11, p. 309-322, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18077/13330>. Acesso em 8 jun. 2019.

SEINO, Eduardo; ALGARVE, Giovana; GOBBO, José Carlos. Abertura política e redemocratização brasileira: entre o moderno-conservador e uma “nova sociedade civil”. **Revista Sem Aspas**, [s. l.], p. 31-42, nov. 2013. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/semaspas/article/view/6922>. Acesso em 8 jun. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Lucas Felipe de Freitas. A questão da verdade e provas no modelo constitucional de Processo Penal. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 436-454, 2017. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/15788/15788-55838-1>. Acesso em: 11 ago. 2019.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; FURTADO, Valtan Timbó Martis Mendes. Investigação criminal genética – banco de perfil genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 809-842, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/122/128>. Acesso em: 11 ago. 2019.

TEÓFILO, João. O preço que pagamos por não prestarmos contas ao passado. **História da Ditadura**, [s. l.], 11 dez. 2018. Disponível em: <https://www.historiadaditadura.com.br/destaque/autoritarismo/>. Acesso em: 8 jun. 2019.

VELUDO, Eduardo Jorge Lopes Maia Semedo. **Direito ao silêncio e o valor probatório das declarações informais do arguido**. 2014. Dissertação (Mestrado Integrado em Ciências Policiais) – Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, Portugal, 2014. Disponível em:

<https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/15348/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Direito%20ao%20Sil%C3%A2ncio%20-%20Veludo.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2019.