

**O direito de não produzir prova contra si mesmo:
manifestações no direito brasileiro e o advento da Lei n. 12.654/12.**

Chiavelli Fazenda Falavigno¹ e Brunna Laporte Cazabonnet²

O direito à ampla defesa é norma insculpida no artigo 5º, inciso LV³, da Constituição Federal. Contudo, é importante destacar que referido direito encontra-se dividido sob dois aspectos: a defesa técnica e a defesa pessoal. A defesa técnica corresponde àquela exercida por profissional habilitado nas funções de advogado. Já a defesa pessoal é exercida pelo próprio Acusado, podendo ser, para fins didáticos, dividida em defesa pessoal positiva e defesa pessoal negativa. É na defesa pessoal negativa que se manifesta o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Depreende-se que a defesa pessoal negativa corresponde, conforme apregoa AURY LOPES JR.⁴, a um direito de não fazer, não esclarecer e não colaborar com diligências que possam acarretar, de qualquer forma, no agravamento da situação do Acusado na persecução penal. Diferentemente do que dispõe o artigo 339 do Código de Processo Civil brasileiro, no âmbito penal não há o dever geral de colaboração das partes com o magistrado para a obtenção da verdade.

A primeira questão que se levanta é atinente ao mito da verdade real, a qual se tornaria impossível de ser auferida com as restrições então impostas pelo referido princípio. Porém, deixa-se claro que se assume uma postura, no presente texto, de que o processo penal concebido pelo Estado democrático de direito é aquele que dá azo somente à obtenção da verdade processual⁵, a qual deve passar pelo crivo das mais diversas garantias constitucionais a fim de ser considerada legítima.

¹ Advogada. Mestranda em Ciências Criminais pela PUC/RS.

² Advogada. Especialista e Mestranda em Ciências Criminais pela PUC/RS.

³ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos Acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Volume 1. 4 ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: lúmen júris, 2009. p. 206.

⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 45.

Insta ressaltar que o direito de não produzir prova contra si está presente também no artigo 5º, inciso LXIII⁶, da Constituição Federal, devendo-se interpretar com amplitude o termo *preso*, eis que se aplica o referido direito também ao réu processado em liberdade, pois o processo penal nada mais é que uma constante ameaça de prisão. Ainda, há a previsão expressa do referido direito no artigo 8, 2, 'g'⁷, do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Esse pacto, por dispor sobre direitos humanos, possui eficácia supralegal, não podendo, por conseguinte, o Código Penal ou o Código de Processo Penal dispor-lhe contrariamente.

Sobre o interrogatório do Acusado, é nesse ato processual que o princípio da não auto incriminação possui maior expressão. Em primeiro lugar, conforme expõe MARIA ELIZABETH QUEIJO⁸, o réu possui o direito de calar em todas as oportunidades em que for ouvido, seja em juízo ou em sede policial. Ainda, estende-se o referido direito a todos que possam, com suas declarações, auto incriminar-se, de forma que não apenas o Acusado pode calar, mas também o averiguado e o suspeito, contra os quais ainda não há qualquer prova da autoria de infração penal.

É importante destacar que o *nemo tenetur* encontra vasta aplicação em diversos meios probatórios, não incidindo apenas na ocasião do interrogatório. O réu, com base no princípio da proibição da auto incriminação, não se encontra obrigado a realizar qualquer tipo de prova que agrave sua situação nos autos, como o reconhecimento, a acareação, a reconstituição, o fornecimento de material para exames periciais ou genéticos, etc.

É nesse momento que se faz relevante a discussão sobre o advento da Lei n. 12.654, principalmente em seu artigo 9º-A, que dispõe sobre a obrigatoriedade, para os condenados por crimes dolosos praticados com violência ou grave ameaça contra a pessoa ou por crimes hediondos, de fornecer material genético para fins de investigação em inquérito policial. Ora, tal

⁶ 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;

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

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 194 e seguintes.

dispositivo ignora não apenas a extensão da proibição da autoincriminação ao preso, conforme dispõe a Carta Maior de forma expressa, mas também a aplicação do referido dispositivo aos mais diversos meios de prova, e não apenas ao interrogatório.

Conforme AURY LOPES JR., a questão é evitar a inversão probatória, pois o Acusado está constitucionalmente protegido pela presunção de inocência. Não se trata da “mínima lesividade física” da extração de um fio de cabelo, eis que a nova lei dispõe expressamente que o método utilizado deve ser adequado e indolor, mas sim do aspecto subjetivo dessa ação, pois o que o princípio em debate tutela não é o aspecto físico do Acusado, e sim seu direito fundamental a não autoincriminação⁹.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, quando tratou da impossibilidade de compelir-se o Acusado a realizar qualquer prova que contribua a sua condenação. Pode-se citar decisão em que se considerou ilícita a determinação, sob pena de prisão, de que o réu comparecesse ao Instituto de Criminalística com o fim de submeter-se à confecção de imagens, que posteriormente poderiam vir a ser usadas como embasamento probatório da ação penal¹⁰.

Importante delinear que a prova produzida em descumprimento ao princípio do *nemo tenetur se detegere* encontra-se eivada de ilicitude, conforme artigo 157¹¹, do Código de Processo Penal, e 5º, inciso LVI¹², da Constituição Federal, devendo ser desentranhada dos autos juntamente com as provas que dela decorrerem¹³, conforme a doutrina dos frutos da árvore envenenada adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Volume 1. 4 ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: lúmen júris, 2009. p. 619

¹⁰ HC 179.486/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 27/06/2011.

¹¹ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

¹² LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

¹³ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 403

Nesse sentido, a nova lei traz diversas contradições e suscita inúmeras polêmicas, merecendo o estudo cuidadoso e o debate prévio à aplicação não só pelos doutrinadores, mas também pelos operadores do direito processual penal pátrio.

Bibliografia

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Volume 1. 4 ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: lúmen júris, 2009.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. São Paulo: Saraiva, 2003.