

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
FANESE
CURSO DE DIREITO**

ADRIANA ALMEIDA DOS SANTOS

**O PRINCÍPIO DA NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS CONTRA SI
MESMO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.281/2016**

**Aracaju-SE
2017.2**

ADRIANA ALMEIDA DOS SANTOS

**O PRINCÍPIO DA NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS CONTRA SI
MESMO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.281/2016**

**Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Direito da FANESE, como requisito
parcial para a obtenção do grau de bacharel.**

**Orientador: Prof. Fábio Brito Fraga
Coordenador: Prof. Dr. Pedro Durão**

**Aracaju- SE
2017.2**

SANTOS, Adriana Almeida dos.

S237p O Princípio Da Não Produção De Provas Contra Si Mesmo E
A Inconstitucionalidade da Lei 13.281/2016 / Adriana Almeida
dos Santos. Aracaju, 2017. 52 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e
Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

ADRIANA ALMEIDA DOS SANTOS

**O PRINCÍPIO DA NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS CONTRA SI
MESMO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.281/2016**

Monografia apresentada à Banca
Examinadora da Fanese como requisito
parcial para a conclusão do curso de
Bacharelado em Direitos.

ARACAJU (SE), 07/12/ 2017

BANCA EXAMINADORA



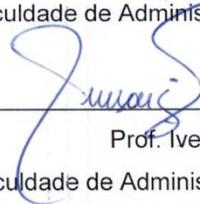
Prof. Fábio Brito Fraga

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Armando Batalha de Góes Júnior

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Ives Melo de Souza

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus sobrinhos, Anderson, Laura e Bernardo e, Ramon, fontes de grande inspiração, de amor e, felicidade constante em minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que sempre presente em minha vida, através de sua misericórdia e bênçãos permitiu alcançar mais este sonho e ter a certeza que somente em Nele somos Vencedores.

Aos meus pais Januário e Genilda, que acreditando no sucesso a partir dos estudos são grandes incentivadores e sempre me apoiam e proporcionam uma vida saudável e de muito amor, propício para a manutenção do meu equilíbrio emocional e um ambiente agradável para estudar e, não menos importantes muito contribuem financeiramente no meu processo de formação profissional. Meu amor e gratidão eternos!

Ao meu Professor Orientador Fábio Brito Fraga, não somente pelo empenho dedicado elaboração deste trabalho, mas também por transformar cada reunião em momento de aprofundamento nos estudos de Direito e incentivo à busca contínua pelo conhecimento. Meu muito obrigada por compartilhar os seus conhecimentos e a sua compreensão da vida.

A todos os professores que muito contribuíram na minha formação profissional e que muito facilitaram a interpretação das leis e o entendimento de que a profissão escolhida deve ser exercida com muito amor, dedicação e ética.

Agradeço a minhas amigas Ana Cristina e Alécia Áurea, presentes em minha vida como verdadeiras irmãs grandes incentivadoras na minha busca pelo meu sucesso profissional como na minha realização pessoal. Amo vocês!

Também não poderia deixar de agradecer aos meus amigos e familiares que torcem por mim e que sempre expressam suas alegrias a cada etapa por mim vencida.

Aos meus colegas de turma, que através do espírito de equipe demonstrou que apoio e incentivo mútuos permitem que o alcance das metas individuais seja comemorado e dividido por todos.

Aos colaboradores da Fanese, em especial a Solange e Melissa, sempre dispostas a nos atender e, assim facilitando a nossa vida acadêmica com a prontidão na resolução de dúvidas e situações administrativas.

Em fim, agradeço todos que de maneira direta ou indireta contribuíram para a minha formação e para a realização de mais este sonho, muito obrigada!

*Não sejam parciais no julgamento!
Atendam tanto o pequeno como o grande.
Não se deixem intimidar por ninguém, pois o
veredicto pertence a Deus. Tragam-me os
casos mais difíceis e eu os ouvirei.*

Deuteronômio 1:17

RESUMO

As normas constitucionais abrangem o nível máximo de eficácia, impondo aos atos inferiores a guarda da relação de compatibilidade com as premissas da Constituição. Caso este nexa seja quebrado, o ato é considerado nulo, consistindo, desta maneira, na quebra da relação de compatibilidade. É neste contexto que o presente trabalho monográfico teve como objetivo analisar o direito do indivíduo de não produzir provas contra si mesmo e em específico verificar a repercussão da garantia constitucional deste princípio na Lei 13.281/2016, ao estabelecer sanções administrativas ao condutor de veículo que se recusar a fazer teste de bafômetro. Para o alcance do objetivo proposto foi realizada uma pesquisa bibliográfica com base na doutrina, jurisprudência e legislação vigente no Brasil. Esta pesquisa não se limitou aos livros acadêmicos, mas buscou, também, nos artigos científicos publicados na internet, revistas científicas e julgados, fonte de conhecimento para o embasamento teórico. No processo investigatório foi empregado o método dedutivo para que através de análise das premissas gerais para compreender a particularidade do tema proposto passíveis de apresentar conclusões ao estudo em evidência. Este estudo monográfico foi dividido em quatro capítulos onde em um primeiro momento traz um breve histórico dos princípios constitucionais e aborda a origem e evolução histórica do princípio *nemo tenetur se detegere*, seu surgimento e aplicação nos sistemas jurídicos inglês e americano e, finalmente a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. O segundo capítulo aborda os sistemas processuais penais, com ênfase ao sistema acusatório por se tratar do sistema adotado pelo Código Processo Penal Brasileiro. O terceiro capítulo apresenta o conceito de prova e considerações sobre o ônus da prova no Direito Brasileiro com o enfoque no princípio do direito ao silêncio através do estudo da doutrina e em especial os principais julgados que garantem este direito. E, finalmente, o quarto capítulo apresenta o debate acerca da violação do princípio em análise, especial no que se refere a Lei 13.281/2016 que inseriu o artigo 165-A no Código Brasileiro de Trânsito. É perceptível a resistência em considerar o direito ao silêncio de maneira ampla, não apenas como o direito de permanecer calado quando do interrogatório, mas também de não lhe ser exigido materiais biológicos e realização de testes imediatos perante autoridade policial, tais como o do bafômetro, sem que lhe seja permitida a presença de advogado ou mesmo acompanhamento médico para a comprovação do mesmo. E, por este motivo, leis são criadas e até mesmo são utilizados meios de coagir o cidadão com o objetivo de fornecer provas que permitam a sua autoincriminação.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Não autoincriminação. Bafômetro

ABSTRACT

The constitutional rules cover the maximum level of effectiveness, imposing on acts inferior to keeping the relation of compatibility with the premises of the Constitution. If this link is broken, the act is considered null, consisting, in this way, in breaking the compatibility relation. It is in this context that this monographic work aimed to analyze the right of the individual not to produce evidence against himself and specifically to verify the repercussion of the constitutional guarantee of this principle in Law 13.281 / 2016, when establishing administrative sanctions to the driver of vehicle that is refuse to take breathalyzer test. To reach the proposed objective, a bibliographic research was carried out based on the doctrine, jurisprudence and legislation in force in Brazil. This research was not limited to academic books, but also sought scientific articles published on the Internet, scientific journals and judgments, source of knowledge for the theoretical foundation. In the investigative process, the deductive method was used to analyze the general premises to understand the particularity of the proposed topic that could present conclusions to the study in evidence. This monographic study was divided into four chapters where, in the first chapter, brings a brief history of constitutional principles and the origin and historical evolution of the *nemo tenetur se detegere* principle, its emergence and application in the English and American legal systems, and finally their inclusion in the Brazilian legal system. The second chapter presents criminal procedural systems, with emphasis on the accusatory system because it is the system adopted by the Brazilian Criminal Procedure Code. The third chapter presents the concept of proof and considerations about the burden of proof in Brazilian Law with the focus on the principle of the right to silence through the study of doctrine and especially the main judges who guarantee this right. And finally, the fourth chapter presents the debate about the violation of the principle under analysis, especially with regard to Law 13.281 / 2016 that inserted article 165-A in the Brazilian Traffic Code. Resistance in considering the right to silence broadly, not only as the right to remain silent during interrogation, but also not to be required biological materials and conduct tests immediately before a police authority, such as the breathalyzer, without being allowed the presence of a lawyer or even medical supervision to prove it. And for this reason, laws are created and even means are used to coerce the citizen with the aim of providing evidence that allow their self-incrimination.

Keywords: Constitutionality. Privilege against self -incrimination. Breathalyzer.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	15
2.1	Princípio da Legalidade.....	16
2.2	Princípio do Devido Processo Legal.....	16
2.3	Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.....	17
2.4	Princípio da Presunção de Inocência.....	17
2.5	O Princípio <i>Nemo Tenetur Se Detegere</i>.....	18
2.5.1	A origem.....	19
2.5.2	O princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> no sistema jurídico da Inglaterra e dos Estados Unidos.....	21
2.5.3	O princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> no ordenamento jurídico brasileiro.....	23
3	OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	25
3.1	Sistema Inquisitório.....	25
3.2	Sistema Acusatório.....	26
3.3	Sistema Processual Penal Adotado No Brasil.....	27
4	TEORIA DA PROVA E O CONCEITO DE VERDADE PROCESSUAL.....	29
4.1	A Verdade Processual.....	30
4.2	Das Provas.....	33
4.2.1	Das provas que necessitam da colaboração do acusado e o princípio <i>nemo tenetur se detegere</i>	34
4.3	O Ônus da Prova.....	37
4.3.1	O ônus da prova em processo penal.....	38
4.3.2	O ônus da prova em processo civil.....	40
4.3.3	O ônus da prova no processo administrativo.....	41
5	A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.281/2016.....	44
6	CONCLUSÃO.....	47
	REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

A garantia do princípio da não produção de provas contra si mesmo passou por várias etapas desde o início das civilizações e organização dos indivíduos em sociedade.

Nas Civilizações Antigas prevalecia a obrigação do acusado a testemunhar, mesmo que se confessar culpado; entre os Hebreus, a confissão era considerada como antinatural. Nas Civilizações Clássicas, a tortura era permitida como meio de conseguir a confissão do indivíduo acusado de um crime, sendo a mesma amplamente utilizada na Idade Média em seus processos inquisitórios.

Somente a partir dos séculos XVII e XVIII, com o Iluminismo, passou-se ao questionamento da obrigatoriedade do testemunho do investigado e réu em processo, mesmo que lhe causasse prejuízos apresentando-se como antecedente do *privilege against self-incrimination* presente nos ordenamentos jurídicos *common law*, inicialmente na Inglaterra, e posteriormente assegurado nos tribunais norte-americanos.

A Constituição de 1988 é o marco histórico para a transformação do Brasil em um Estado Democrático de Direito, trazendo em seu cerne a garantia dos direitos fundamentais¹ e direitos humanos² para todos os seus cidadãos e estrangeiros residentes no país.

Quanto ao grau de estabilidade, a Carta Magna é rígida, assegurando a sua imutabilidade, com a possibilidade de atualização, impondo aos demais atos normativos a preservação da relação de compatibilidade com os preceitos constitucionais sob pena de nulidade.

No Brasil, a partir da mudança de paradigma da aplicação do Direito Constitucional, em que pese à expansão da jurisdição da Constituição, que é dotada de supremacia sobre as demais leis e normas inferiores vigentes em um Estado Democrático de Direito, constata-se que leis infraconstitucionais, em certa medida, são elaboradas em contrário ao texto constitucional exigindo que seja declarada a nulidade da lei inferior, em respeito à primazia da Constituição.

¹ De acordo com Paulo e Alexandrino (2013) Os direitos fundamentais dizem respeito à pessoa e estão estabelecidos nas constituições de cada Estado Democrático de Direito. Previstos no artigo 5º da Constituição Federal do Brasil.

² Ainda segundo Paulo e Alexandrino (2013) Os direitos humanos buscam proteger os valores mais relevantes para o homem, tais como a igualdade, solidariedade, dignidade da pessoa humana, sem limitação geográfica ou determinação em ordenamento jurídico.

Com a Constituição Cidadã (CF/1988) consolidou-se a garantia dos direitos individuais frente à ação do Estado, determinando os princípios a serem seguidos pelo ordenamento jurídico e legislativo brasileiro, em destaque no seu capítulo 5º. Ainda estabeleceu *status* de lei constitucional aos tratados de direitos humanos os quais o Brasil é signatário³, salvaguardando os direitos fundamentais de brasileiros e estrangeiros residentes em seu território.

Neste contexto, está inserido o princípio *nemo tenetur se detegere* (não produção de provas conta si mesmo) assegurado no artigo 5º, LXIII da CF/1988, bem como no Pacto de São José da Costa Rica no artigo 8º, § 2º, alínea “g”, ao prescrever que nenhuma pessoa é obrigada a depor contra si mesma ou a confessar-se culpada e também, no parágrafo único, do artigo 186, do Código de Processo Penal (CPP) ao sustentar que o silêncio não importará em confissão e não poderá ser aplicado em prejuízo da defesa.

É certo que a manutenção da ordem da vida em sociedade exigiu de seus governantes o estabelecimento de normas de conduta e previsão de sanções para aqueles que às infringem, contudo, um Estado Democrático de Direito deve garantir aos indivíduos que estes terão os seus direitos fundamentais assegurados, não lhes compelindo a agir de maneira a confessar-se culpado ou mesmo ser considerado culpado sem o devido processo legal e tendo assegurado o seu direito à ampla defesa e o contraditório.

Contudo, o que se tem percebido como prática do Poder Legislativo é adoção de leis que sobrepõem o direito coletivo ao individual. E, igualmente, frente a um Estado que não possui capacidade técnica, autorização de provas nas alegações negativas, ou seja, a exigência de provas difíceis ou impossíveis de serem produzidas para demonstrar que um fato não aconteceu, mesmo infringindo as garantias constitucionais.

Sendo assim, a questão que emerge é: as sanções estabelecidas pela Lei nº. 13.281/2016, ao condutor de veículo automotor que se recusa a fazer o teste do bafômetro, para a verificação da presença de álcool ou outra substância psicoativa no organismo, é constitucional?

³ Paulo e Alexandrino (2013) ensinam: A Emenda Constitucional 45/2003 insere no art. 5º, 3º da Constituição Federal que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, obedecendo ao rito de prolação de emenda constitucional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão consideradas leis constitucionais.

Partindo da hipótese que a lei supracitada, ao estabelecer penalidade de multa e suspensão do direito de dirigir por 12 meses do condutor que se recusa a fazer teste ou exame clínico para certificar ao agente de trânsito, no momento da abordagem ou envolvimento em acidente de trânsito, está sob efeito de álcool ou outra substância psicoativa viola o princípio constitucional de o indivíduo não produzir provas contra si mesmo, a presente pesquisa teve como objetivo geral analisar o direito do indivíduo de não produzir provas contra si mesmo.

A atualidade do tema proposto justifica a realização do mesmo e não menos significativo, o assunto abordado importa não somente para legisladores, magistrados, estudiosos e operadores do direito, mas para cidadãos brasileiros e residentes no país por estarem diretamente ligados às ações praticadas em seu cotidiano.

À vista disso, o presente trabalho monográfico está apoiado como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, mas também pelo despertar da autora em compreender as relações entre a Lei Constitucional e as demais leis hierarquicamente inferiores à Carta Magna.

Na sua construção foi utilizada a técnica de observação indireta, focada na pesquisa bibliográfica através do estudo da doutrina, jurisprudência e legislação vigente no Brasil, através de pesquisa de natureza qualitativa, que buscou através de pesquisa descritiva interpretar a partir de premissas gerais para compreender as particularidades do tema proposto. O método dedutivo, característico do racionalismo que parte de premissas universais para explicar verdades particulares foi o adotado como procedimento neste trabalho. Este estudo monográfico foi desenvolvido através de pesquisa doutrinária, jurisprudencial e na legislação, divide-se em quatro capítulos. O primeiro capítulo traça um breve histórico dos princípios constitucionais e aborda a origem e evolução histórica do princípio *nemo tenetur se detegere*, seu surgimento e aplicação nos sistemas jurídicos inglês e americano e, finalmente a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo dos sistemas processuais penais, com ênfase ao sistema acusatório por se tratar do sistema adotado pelo Código Processo Penal Brasileiro. Já o terceiro capítulo apresenta o conceito de prova e considerações sobre o ônus da prova no Direito Brasileiro com o intuito de estabelecer uma relação com o tema tratado neste estudo. Com o enfoque no

princípio do direito ao silêncio através do estudo da doutrina e em especial os principais julgados que garantem este direito.

E, finalmente, o quarto capítulo apresenta o debate acerca da violação do princípio em análise, especial no que se refere ao Código de Trânsito e ao artigo 165-A da Lei 13.281/2016.

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Em um Estado Democrático de Direito, a constituição é a base para delimitação de direitos e deveres para o Estado e para o cidadão, garantindo a este em especial, a sua proteção frente a um governo detentor de autoridade e poder.

Esta garantia ao cidadão advém, como explica Queijo (2012), do entendimento dos direitos fundamentais como representação formal dos direitos humanos positivados nas Constituições dos Estados, o que permite um maior grau de segurança jurídica para a população.

Sendo assim, a maior segurança jurídica pode ser atingida através das constituições escritas e como explica Moraes (2011, p. 33):

Ressalte-se que o estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direito do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder público, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.

É neste contexto que na Constituição Federal de 1988 são delimitados os princípios que norteiam as legislações com o intuito de preservação dos direitos individuais e coletivos garantidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Em vista disso, convém destacar que como afirmam Paulo e Alexandrino (2013) as garantias fundamentais são os instrumentos utilizados para assegurar os direitos fundamentais que são os bens jurídicos prescritos pelo texto constitucional.

Uma vez que a sociedade está em constante transformação, importa esclarecer que os direitos fundamentais não são estáticos e que podem sofrer modificações ao longo do tempo e, em razão disto podem ser conceituados como: formalmente constitucionais, os previstos em qualquer dispositivo da Constituição; materialmente constitucionais, os estabelecidos em qualquer outra norma jurídica; catalogados, são os previstos nos artigos 5º ao 17 da CF de 1988.

Para um maior enriquecimento deste trabalho serão abordados alguns dos princípios norteadores previstos no Título II da Constituição que, elenca parte dos direitos fundamentais por ela assegurados.

Ademais, percebe-se que os princípios previstos na Constituição seguem uma trajetória para demonstrar a interligação dos direitos fundamentais com os seus respectivos instrumentos assecuratórios de modo a estruturar uma legislação compatível com os ideais de cidadania e de proteção dos direitos do homem em um Estado Democrático de Direito.

2.1 Princípio da Legalidade

Estabelece o inciso II do art. 5º da Constituição que ninguém pode ser obrigado a fazer ou não fazer algo senão em virtude de lei. Sendo assim, este princípio tem como objetivo que sejam restringidas imposições ao indivíduo que não sejam criadas por lei.

Como bem explica Moraes (2011, p. 45):

Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor em benefício da lei.

Por conseguinte importa enfatizar que a norma jurídica deve ser criada tanto em conformidade com o processo legislativo específico para a criação da lei, bem como de acordo com os princípios constitucionais.

2.2 Princípio do Devido Processo Legal

Originário da Carta Magna inglesa de 1215, este princípio prescrito no art. 5º, LIV da CF de 1988, assegura ao indivíduo o direito a proteção de seus bens e sua liberdade até que seja julgado de acordo com o devido procedimento definido em lei.

Como consequência deste princípio pode-se afirmar que o devido processo legal constitui uma das mais importantes garantias constitucionais, pois como esclarece Novellino (2010, p. 446), “O princípio do devido processo legal é o núcleo material comum de todas as garantias relacionadas à efetividade e à justiça, não apenas dos processos judiciais, mas também dos administrativos”.

Logo, os processos administrativos devem estar fundados nas mesmas garantias constitucionais que se submetem os processos judiciais, isto porque como adverte Moraes (2011, p. 113)

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições como Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Pode-se então concluir que deste princípio são originados os princípios da ampla defesa e do contraditório que também estão previstos na Carta Magna brasileira.

2.3 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

O art. 5º, LV, da CF, estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

Sendo assim, pode-se afirmar que os princípios do contraditório e da ampla defesa estão atrelados e devem ser observados tanto nos processos judiciais e administrativos para garantir ao indivíduo uma defesa com base no devido processo legal.

A ampla defesa como explicam Paulo e Alexandrino (2013, p. 189):

Por ampla defesa entende-se o direito que é dado ao indivíduo de trazer ao processo, administrativo ou judicial, todos os elementos de prova lícitamente obtidos para provar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-s, se assim entender, para evitar a sua autoincriminação.

Paulo e Alexandrino (2013, p. 189) seguem esclarecendo sobre o contraditório:

[...] É o princípio constitucional do contraditório que impõe a condução dialética do processo (*par condicio*), significando que, a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito de defesa de opor-se, de apresentar suas contrarrazões, de levar ao juiz do feito uma versão ou uma interpretação diversa daquela apontada inicialmente pelo autor. O contraditório assegura, também a igualdade das partes no processo, pois equipara, no feito, o direito de acusação com o direito de defesa.

Consequentemente, o contraditório e a ampla defesa são princípios inerentes aos processos judicial e administrativo, os quais solidificam o direito a defesa técnica e a autodefesa como formas de garantia de um processo justo entre as partes. Permitindo as partes não somente a produção de provas, mas também que estas sejam de conhecimento dos envolvidos permitindo o direito de resposta e com isso assegurar o devido processo legal.

2.4 Princípio da Presunção de Inocência

A presunção de inocência é um direito do indivíduo previsto no inciso LVII do art. 5º da Carta Magna brasileira e prescreve “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Um ponto importante a tratar sobre este princípio é o indivíduo ser considerado inocente até se provar o contrário, mas o que se percebe é situação inversa, quando o cidadão é acusado, mesmo antes do julgamento, ele já é visto como culpado.

É neste sentido que Moraes (2011, p. 126) esclarece que “[...] há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal.”

Com isso é de grande importância retirar do imaginário coletivo percepção distorcida de que quando acusado, o indivíduo já é considerado culpado, pois cabe a quem acusa através da produção de todos os meios de provas obtidas lícitamente e sem coação do acusado comprovar a sua culpa.

2.5 O Princípio *Nemo Tenetur Se Detegere*

O princípio *nemo tenetur se detegere* significa a garantia do indivíduo a não autoincriminação, assegurando ao cidadão o direito de produzir provas apenas de forma voluntária e sem que lhe cause prejuízo por omissão destas. Está englobado no princípio do direito ao silêncio e inserido na garantia da ampla defesa, que inclui a autodefesa.

Segundo Queijo (2012) o princípio *nemo tenetur se detegere*, entendido como direito fundamental está inserido entre os direitos da primeira geração, ou seja está entre os direitos da liberdade e, o titular desses direitos é o indivíduo diante do Estado.

Sendo o indivíduo titular deste direito perante o Estado, ressalta Queijo (2012, p. 78):

[...] não é apenas o direito daquele indivíduo que está sendo investigado ou processado, especificamente, mas é de interesse público, para o exercício correto e adequado da jurisdição. Além de direito, o *nemo tenetur se detegere* é também garantia.

Além disso, como esclarece Gomes (2010), a autodefesa é inerente ao ser humano e suas bases jurídicas foram criadas ao longo de toda a história, passando pelo direito inquisitório e chegando até a sua aplicação no mundo contemporâneo, garantindo ao indivíduo uma defesa ampla e baseada no contraditório, quando o acusado tem o direito de se defender da acusação que lhe fora imputada.

Sendo assim, o acusado não deve ser obrigado a produzir provas que possam ser utilizadas contra ele em um processo, seja penal, cível, trabalhista, administrativo, entre os demais ramos do direito processual, investigação policial ou inquérito administrativo.

Consequentemente, nenhuma prova pode ser obtida através de fraude ou coação, incidindo sobre o Estado o ônus da prova e assegurando ao indivíduo a garantia da presunção de inocência, a ampla defesa e o devido processo legal.

2.5.1 A origem

Partindo do entendimento de que existe uma grande dificuldade de determinar a origem do princípio *nemo tenetur se detegere*, os estudiosos do tema apresentam uma linha evolutiva da presunção de culpabilidade do acusado até a garantia do direito ao silêncio não implicando ao indivíduo o assentimento de culpa de prática de ato ilícito.

Conforme clara exposição de Queijo (2012), na Antiguidade, o Código de Hamurabi⁴, permitia o interrogatório do acusado, precipuamente na ausência de outra prova. Assim como nas Leis de Manu⁵ e no Egito, o acusado deveria, sob juramento, falar a verdade. Já para os Hebreus a autoincriminação não é característica da natureza humana, considerando a confissão como antinatural, ou estado de loucura.

Nos processos inquisitórios da Idade Média, no interrogatório compulsório, o acusado tinha o dever de responder a todas as perguntas, sendo permitida a tortura para a obtenção das respostas desejadas, partindo da premissa de culpa do acusado.

E sobre este modelo de processo adotado no período medieval afirma Queijo (2012, p. 31):

Na realidade, no processo inquisitório da Idade Média havia uma prévia convicção sobre a culpabilidade do acusado e a tortura era o instrumento para alcançar a confirmação dessa culpabilidade, por meio da confissão. No interrogatório, o acusado tinha o dever de responder.

Com a mudança de paradigma e as transformações da sociedade, durante os séculos XVII e XVIII, com a transferência do poder da Igreja Católica para a burguesia emergente que buscava sua autoafirmação perante os indivíduos e o desejo de conquistas para esta classe, seus representantes exigiam mais direitos e garantias perante o Estado e com isso, os pensadores da época, os Iluministas,

⁴ Código de Hamurabi é tido como a mais antiga legislação de que se tem conhecimento. Escrito em 1772 a.C e tem como princípio a lei de talião “olho por olho, dente por dente”.

⁵ Leis de Manu fazem parte da legislação bramânica promulgada entre os anos de 1300 a 800 a.C com o objetivo de estabelecer leis norteadoras de convivência social sob o prisma do Hinduísmo.

defendiam os direitos de igualdade, liberdade e fraternidade, lema da Revolução Francesa e, atualmente, considerados direitos humanos de primeira geração.

E nesse contexto de mudanças de paradigmas e transferência de poder entre as classes, sobre o modelo processual esclarece Queijo (2012, p. 32):

Os iluministas combateram o emprego da tortura e o juramento imposto ao acusado, observando que qualquer declaração autoincriminativa era antinatural. Além disso, consideravam imoral os meios utilizados para fazer com que ele falasse, ou seja, confessasse, autoincriminando-se.

Mesmo com divergências entre seus representantes, com o movimento Iluminista, os filósofos reputam a autodefesa como uma característica natural do homem. Para Beccaria⁶ o acusado que utilizasse o direito ao silêncio deveria ser punido gravemente por ofensa à Justiça, contudo, Filangieri⁷, o superou ao afastar do acusado o dever de confissão e direito do Estado de exigir o reconhecimento da culpa de crime que lhe é atribuído.

À vista disso, depreende-se que o direito do indivíduo de não ser obrigado a testemunhar em investigação e processo criminal do qual é acusado não foi alcançado rapidamente, mas sim através de longos períodos e aceitação de doutrinadores, juristas e legisladores.

Como salienta Queijo (2012, p. 35) “A evolução do princípio *nemo tenetur se detegere* conduziu, pouco a pouco, à exclusão de presunção de culpabilidade contra o acusado que exercesse o direito ao silêncio”. Ao adquirir este direito, os indivíduos deixam de ser considerados inicialmente culpados, com a presunção de sua inocência até a prolação da sentença, com o direito de não ser compelido a produzir provas contra si mesmo.

E assim, em sua evolução histórica, o princípio que inicialmente foi muito utilizado pelo processo civil passou a ser também empregado no processo criminal e na atualidade exige-se a sua abrangência em todos os ramos do direito e ações promovidas por agentes públicos.

Percebe-se que no transcurso da escala temporal, bem como nas diversas culturas, na medida em que os Estados Autoritários foram substituídos pela construção de Estados Democráticos de Direito, passou-se a reconhecer o direito do acusado de não se autoincriminar como um direito fundamental.

⁶ Cesare Beccaria (1738-1794), considerado o principal representante do Iluminismo Penal. Autor de *Dos delitos e das penas*.

⁷ Gaetano Filangiere (1752-1788) jurista e filósofo, contrário às práticas de abuso de poder do Estado de seu tempo e defensor das reformas. Autor de *A ciência da legislação*.

2.5.2 O princípio *nemo tenetur se detegere* no sistema jurídico da Inglaterra e dos Estados Unidos.

O cenário opressor presente em toda a Idade Média para os direitos individuais através das normas e sanções estabelecidas pela Igreja Católica, que detinha o poder durante este período, sofreu profundas modificações durante os séculos XVII e XVIII.

Na Inglaterra as cortes eclesiásticas aplicavam o princípio *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém está obrigado a depor contra si próprio), princípio que antecedeu o *nemo tenetur se detegere* e como explica Queijo (2012, p.36):

De acordo com a acepção do princípio, na época, era vedado exigir que alguém respondesse a perguntas específicas sobre seu comportamento ou atos da sua vida privada, submetendo-o a risco de infâmia ou persecução penal. Entendia-se que os homens deveriam confessar suas faltas a Deus, mas não deveriam ser compelidos a confessar seus crimes a ninguém mais.

Contudo, a não exigência de depor contra si não correspondia ao princípio *nemo tenetur* aplicados nos tribunais de *common law* pois não se tratava de entendimento de direito fundamental, mas exclusivamente para evitar permitir a intervenção do Estado na vida privada do indivíduo, pois as cortes eclesiásticas exigiam juramentos *ex officio*, não admitidos pelos tribunais civis da Inglaterra.

Neste contexto surgem críticas a exigência do juramento dos acusados nos tribunais, pois estes se viam entre o dilema de produzir provas que contra si mesmo ou seguir o seu instinto de autodefesa. Conforme explica Queijo (2012, p. 37):

Os advogados ingleses opunham-se aos juramentos prestados pelos acusados. Entre os argumentos utilizados salientava-se que o juramento conduzia ao perjúrio. Sustentava-se que a tentação de mentir submetia os acusados a um cruel dilema: cometer o perjúrio ou revelar informações contra si mesmos. A controvérsia estabelecida trouxe, incidentalmente, a questão da legalidade do juramento *ex officio*.

Porém o princípio *nemo tenetur se detegere* não era estendido a todos os processos, aplicava-se apenas em casos de prática de crimes com origem desconhecida sob a argumentação de evitar a investigação abstrata da vida dos acusados. E assim, era necessário conforme ensina Queijo (2012), o conhecimento público da autoria da prática do ato ilícito para afastar o juramento de ofício.

Desta forma, a aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere*, por um longo período de transformações, passou-se da obrigação de testemunhar mesmo confessando-se culpado de ato ilícito, da utilização do testemunho do acusado em

casos de que o crime era de conhecimento público e o depoimento do réu para conquistar uma pena menor da que seria aplicada, os tribunais ingleses passaram a assegurar, de maneira incipiente, do direito a não autoincriminação, evidenciado por Queijo (2012, p. 42):

No final do século XVIII e início do XIX, o processo criminal passou por transformações significativas, não somente com a admissão da constituição de advogado, mas também com a adoção do *standard* da dúvida razoável da prova (insuficiência probatória), da presunção de inocência e o desenvolvimento das regras de exclusão de provas.

É certo que durante esta fase estava presente o princípio *desqualification of interest*, o qual o acusado era desqualificado a prestar depoimento por ser parte do processo, diferentemente do *privilege against self-incrimination*, aplicado, na Inglaterra, desde o século XIX que garante o direito ao silêncio sem restrições.

Nos Estados Unidos, a consagração do *privilege against self-incrimination* tem como base inicial o art. 8º da Declaração dos Direitos de Virgínia de 1774, por exemplo, proclamava que nos processos criminais o acusado não poderia ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. Tornando-se, assim, fonte da V Emenda à Constituição⁸ dos Estados Unidos, que consagra o mesmo direito protegendo o indivíduo de ser obrigado a ser testemunha contra si mesmo em um processo criminal.

A Corte Suprema norte-americana ratificou o direito de não autoincriminação em 1965 no caso *Griffin versus California* ao enfatizar que o promotor não pode se valer do direito ao silêncio para prejudicar o réu.

Igualmente, em 1966, no caso *Miranda versus Arizona*, a Suprema Corte Americana pronunciou os limites do Estado frente a seus cidadãos, asseverando que o Estado tem que produzir as provas de forma independente, sem contar com a colaboração do réu.

Conforme explica Queijo (2012) o privilege against self incrimination tem suas raízes no direito a intimidade, sendo direito que assiste acusados e testemunhas, abrange os indivíduos que estejam submetidos à persecução penal e ainda, aqueles que, potencialmente, poderão ser acusados.

Ainda, sobre as garantias contidas neste princípio ressalta Queijo (2012, p. 208) “O *privilege against self-incrimination* garante que nenhuma pessoa será

⁸ A Constituição dos Estados Unidos possuem 7 artigos que traçam linhas gerais dos direitos de seus cidadãos. O seu sistema jurídico é baseado no *Common Law (direito comum)* onde o direito é definido e aperfeiçoado nos tribunais, com as garantias constitucionais, mas adequados à realidade da sociedade em seu tempo.

compelida a responder questões tendentes a expô-la à persecução penal e, ainda, que o acusado possa, legitimamente, se recusar a testemunhar”.

Sendo assim, a abrangência deste princípio, garante aos cidadãos uma maior segurança na proteção efetiva de seus direitos, exigindo que o Estado esteja limitado ao cumprimento das leis, por ele mesmo criadas, com o objetivo de promover uma convivência harmoniosa em sociedade.

2.5.3 O princípio *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico brasileiro

Por se tratar de direito fundamental, o princípio *nemo tenetur se detegere* se apresenta em diversas normas que tratam sobre os direitos humanos e, o Brasil, sendo um Estado Democrático de Direito também adotou em sua Constituição Federal, a garantia de não autoincriminação em sua Carta Magna de 1988.

Contudo, de acordo com Queijo (2012), quando em 1992, o Brasil ratificou o Pacto de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, determinando o cumprimento dos seus dispositivos através de Decreto publicados no mesmo ano.

Porém, a Constituição de 1988 caracteriza a transformação de paradigma do direito brasileiro, tendo como cerne a constitucionalização dos demais ramos no direito, impondo posição inferior às demais leis, exigindo relação de compatibilidade material e formal⁹ das normas para que estas não sejam consideradas nulas e também, o meio de garantia dos direitos individuais e fundamentais. Como esclarece Pacelli (2013, p. 8):

A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não mais fosse conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.

Esta nova percepção do direito busca trazer igualdade entre as partes dentro de um processo: a proteção do indivíduo frente ao Estado detentor de poder. Desta

⁹ Segundo Paulo e Alexandrino (2013), compatibilidade material diz respeito ao conteúdo, ou seja, o texto da norma infraconstitucional deve estar de acordo com a Carta Magna. E, compatibilidade formal refere-se à conformidade com o processo legislativo definido pela Constituição para a elaboração da lei infraconstitucional.

forma exige um processo justo, que garanta o contraditório e a ampla defesa, e como assevera Oliveira (2013, p.9):

[...] deve ser um processo construído sob os rigores da Lei e do Direito, cuja observância é imposta a todos os agentes do Poder Público, de maneira que a verdade ou verossimilhança (certeza, enfim!) judicial seja o resultado da atividade probatória lícitamente desenvolvida.

Pode-se então afirmar que a Carta Magna exige, não apenas do Direito Penal e Processual Penal a guarda dos direitos individuais e fundamentais, mas a todas as demais áreas do direito, bem como por seus agentes públicos, gerando uma maior segurança jurídica.

Ainda sob esta mesma perspectiva, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais asseguram aos cidadãos o respeito às garantias dos direitos individuais presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

E isto se deve ao fato de que como afirma Nucci (2011) princípio de vedação a autoincriminação do acusado é defendido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal, em repeito ao estado natural de inocência.

Vale ressaltar como bem esclarece Gomes (2010) que o direito de ficar calado previsto no artigo 5º, LXIII, assim como os direitos de não declarar ou de não confessar não podem ser interpretados restritivamente e si, devem ser compreendidos como a garantia de não contribuir como qualquer meio de prova que necessite da colaboração do acusado.

Em consequência da ampliação interpretativa do direito ao silêncio é que Gomes (2010) afirma que o direito da não autoincriminação não deve projetar seus efeitos apenas para o âmbito do processo penal ou da investigação criminal ou civil, mas perante qualquer autoridade ou funcionário de qualquer um dos poderes que formule qualquer tipo de suspeita ou imputação penal ao cidadão.

Assim sendo, dispositivos infraconstitucionais que abordam sobre interrogatório e provas que dependem da colaboração do acusado para a sua produção devem ser elaborados em observância ao princípio *nemo tenetur se detegere* que está inserido no ordenamento jurídico brasileiro com caráter de direito fundamental, de hierarquia constitucional.

3 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Uma vez que o Estado é responsável pela vida, integridade física e a honra, bens considerados indispensáveis à convivência em sociedade, a este é conferido o poder do *jus puniendi*¹⁰, para que a partir de um processo regido em respeito às leis, possa executar o seu direito de punir.

Neste contexto que leva em consideração os princípios que os formam, os sistemas processuais penais podem ser inquisitórios ou acusatórios. Alguns doutrinadores também defendem o sistema processual misto, contudo, em concordância com Lopes Jr. (2016, p. 41)

[...] afirmar que o “sistema é misto” [...] é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos) todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir de seu núcleo é de extrema relevância.

Por conseguinte, segue uma distinção entre os sistemas inquisitório e acusatório e finalizando este capítulo com uma breve análise do sistema adotado no Brasil.

3.1 Sistema Inquisitório

O sistema inquisitório foi introduzido pelo Direito Canônico, na Europa ocidental e perdurou por toda Idade Média, do século XII até o XVIII, e em alguns países esteve presente até o século XIX, quando com a adoção de Estados defesa e a acusação, o indivíduo não dispõe de recursos e possibilidades de se defender perante um estado soberano.

É neste sentido que Tourinho Filho (2013, p. 79) dá mais clareza sobre o papel do Juiz: “É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e, a final, profere a decisão, podendo, no curso do processo submeter o acusado a torturas a fim de obter a rainha das provas: a confissão”.

E sobre o papel do acusado ainda acrescenta (2013, p. 79): “Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este aparece em uma situação de total

¹⁰ O *jus puniendi in abstracto* emerge para o Estado com a criação de leis, pelo Poder legislativo, definindo sanções ao que transgredirem as normas penais e, para o indivíduo quando surge o dever de não praticar a conduta passível de punição. Já o *jus puniendi in concreto* expressa-se na aplicação da pena ao agente da conduta proibida. (Tourinho Filho, 2013, p. 46 e 47)

subordinação que se transfigura e se transmuda em objeto do processo e não sujeito de direito”.

Corroborando com este pensamento destaca-se Lopes Jr (2016, p. 42) ao afirmar:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e aglutinação de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

Sendo assim, é que em consequência dos ideais de liberdade, fraternidade e igualdade pregados pela Revolução Francesa, o sistema processual penal inquisitório não responde aos interesses de uma sociedade que tem como fundamento a garantia dos direitos do indivíduo e a coletividade como os necessários à manutenção de um Estado Democrático de Direito.

3.2 Sistema Acusatório

A complexidade das relações estabelecidas no mundo contemporâneo exige a transformação das legislações para atender as necessidades da convivência em sociedade de maneira a assegurar os direitos do indivíduo e do coletivo e ainda assim garantir a pretensão punitiva do estado.

Contudo faz-se necessário ressaltar que o sistema processual acusatório conforme ensina Lopes Jr. (2016, p. 43 e 44) “[...] deve atentar para a garantia da “imparcialidade do julgador”, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo isso à luz da Constituição”.

Ainda complementado as características do sistema acusatório, Oliveira (2014, p. 10) esclarece: “[...], além de se atribuírem a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teia início com o oferecimento da acusação”.

Sendo assim, o sistema processual acusatório, presente nos Estados Democráticos de Direito, não apenas difere do sistema inquisitório por atribuir as funções de acusação e julgamento a pessoas distintas, a acusação como dever do Ministério Público e em alguns casos do particular ofendido e o julgamento, sob a responsabilidade de um juiz imparcial, mas também no que se refere à garantia do acusado se defender de todos os atos ilícitos que lhe foram imputados, bem como a

publicidade de todos os atos com o fito de garantir um processo justo e assegurando a ampla defesa.

3.3 Sistema Processual Penal Adotado No Brasil

Entre os doutrinadores, há divergências acerca da definição do sistema processual adotado no Brasil. Parte da doutrina afirma ser o sistema processual brasileiro misto por apresentar características tanto do sistema inquisitório como do acusatório; há, contudo, os defensores do sistema unicamente acusatório e os que defendem o sistema processual pátrio como inquisitório.

Porém, como já abordado anteriormente, pode-se assimilar que não existem mais os sistemas processuais puros, são estes, tipos históricos trazidos para a nova realidade que se utiliza de fundamentos dos sistemas origem evidenciando um modelo mais adequado às respostas de que a sociedade busca e por este motivo não há como classificar o processo penal brasileiro como um sistema misto.

Os doutrinadores que defendem o processo penal do Brasil como inquisitório buscam demonstrar que o seu núcleo está fundamentado em um inquérito com base inquisitiva e as razões para a decisão do juiz são baseadas nas provas por ele estabelecidas como primordiais para fundamentação de sua sentença.

Sustentando esta teoria encontra-se Lopes Jr ao afirmar (2016, p.47):

Pensamos que o **processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório**, ou **neoinquisitório** se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatório, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitório, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz. (grifo do autor)

De outro lado estão os doutrinadores que reconhecem o sistema processual brasileiro como um sistema acusatório, pois este modelo redefinido para a atualidade serve como base para a interpretação e uso adequados à sociedade que exige a garantia dos direitos fundamentais do homem.

É nesta perspectiva que Tourinho Filho (2013, p. 79) esclarece:

No Direito pátrio, o sistema adotado, pode-se dizer que não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos ao os poderes àqueles cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes.

Ademais, jurisprudencialmente já foram resolvidas algumas questões acerca deste dilema do sistema processual brasileiro acusatório em confronto com o Código Penal de 1941, que apresenta características essenciais do sistema inquisitório.

Como bem esclarece Oliveira (2013, p. 10) ao se referir à decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal a cerca do HC nº 82,507/SE:

Nada obstante, pequenos, mas importantes, reparos foram feitos ao longo desses anos, em relação à construção de um modelo prioritariamente acusatório de processo penal. O Superior Tribunal Federal, por exemplo e, acertadamente, já teve a oportunidade de decidir pela impossibilidade de o juiz poder requisitar de *ofício* novas diligências probatórias, quando o Ministério Público se manifestar pelo arquivamento do inquérito”.

Acerca do inquérito policial, de caráter inquisitivo, Tourinho Filho (2013, p.15) explica:

Convém insistir que o inquérito policial, bem como quaisquer peças de informação acerca de existência de delitos, destina-se exclusivamente ao órgão de acusação, não se podendo aceitar condenações fundadas em provas produzidas unicamente na fase de investigação. A violação ao contraditório e à ampla defesa seria manifesta.

Do mesmo modo, ainda que no ordenamento jurídico brasileiro não exista a obrigatoriedade da presença de um advogado nos atos praticados na fase de produção de provas, importa destacar que a lei nº 8.906/1994, Estatuto da Advocacia e da OAB, no inciso XXI, do artigo 7º, assegura ao advogado o direito de prestar assistência a seus clientes na fase de investigação e interrogatório. Assim está estabelecido em BRASIL (1994):

Art. 7º, XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos

Igualmente, referendando o caráter acusatório do processo penal brasileiro, há que se destacar que o Código de Processo Penal de 1941 já previa que a livre convicção do juiz ao prolatar a sua sentença não pode estar unicamente baseada nas provas colhidas na fase investigatória. Assim estabelece em seu artigo 155 Brasil (1941):

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas

Sendo assim, mesmo que a fase pré-processual tenha caráter inquisitivo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o processo penal brasileiro é caracterizado pelos critérios definidores do sistema processual acusatório, com a distinção do acusador, defensor e julgador, bem como a garantia do princípio do contraditório e da ampla defesa do acusado.

4 TEORIA DA PROVA E O CONCEITO DE VERDADE PROCESSUAL

Na construção do processo judicial um dos temas de grande relevância está relacionado à prova, a busca dos fatos que ocorreram no passado, capazes de definir a sentença prolatada pelo juiz.

Nesse caso não deve haver diferenças entre a busca de provas no processo penal, cível ou administrativo, mas a ciência que estas são eficazes para uma decisão judicial justa e que contempla os princípios fundamentais estabelecidos pela Carta Magna, que exige compatibilidade das demais leis ordinárias.

Carnelutti (2014, p. 52) ensina:

As provas (de probare) são fatos presentes sobre os quais se constrói a probabilidade da existência ou inexistência de um fato passado: a certeza resolve-se, a rigor, em uma máxima probabilidade. Não se pode pronunciar um juízo sem provas; não é possível fazer um processo sem provas.

A despeito da compreensão da prova como uma probabilidade de um fato existente ou não no passado, ainda, na atualidade, existem doutrinadores que defendem a busca da verdade real no processo penal e com isso a possibilidade da extensão desta busca para os demais ramos do Direito Processual e a delegação de poderes ao Estado para que se consiga obter as provas que assim desejar com o objetivo de garantir o *jus puniendi*.

Consequentemente, o que ainda é perceptível é a criação de leis e normas infraconstitucionais que estabelecem a exigência de produção de provas por parte do acusado e não do órgão que detém a capacidade acusatória invertendo assim o ônus da prova no processo judicial.

Porém, através de um estudo mais aprofundado e da compreensão da realidade da fase pré-processual e suas consequências durante a fase processual demonstra que os meios probatórios devem estar fundados na busca da verdade material possível e, com isso a exigibilidade do juiz não se contentar unicamente com as provas advindas do processo investigatório na formação do seu convencimento, de suma importância para a fundamentação de sua decisão.

Neste contexto, requer apresentar conceitos de verdade, certeza e convencimento processual, desmistificando a existência da verdade real no Processo Penal e ainda fazer uma breve análise do direito à prova e ônus da prova em matéria processual.

4.1 A Verdade Processual

Um dos grandes dilemas do Direito é a imparcialidade do juiz ao proferir sentença baseada na sua convicção através das provas produzidas no curso do processo.

Diversos são os métodos adotados na investigação da verdade, divergindo de acordo com cada época e formas jurídicas vigentes. É neste sentido que Oliveira (2014, p. 328) afirma:

De uma verdade inicialmente, revelada pelos deuses a outra, produzida a partir da prova racional, submetida ao contraditório e ao confronto dialético dos interessados em sua valoração, o Direito, em geral, e, mais especificamente, a partir do século XVIII, com a evolução da processualização da jurisdição, o processo penal, sempre se ocupou da reconstrução judicial dos fatos tidos por delituosos. Ora com a preocupação voltada exclusivamente para a satisfação dos interesses de uma não em definida segurança pública, ora com a atenção bem dirigida para a proteção dos interesses do acusado, sobretudo quando este passou a ocupar posição de sujeito de direitos no processo, e não objeto do processo.

Com o intuito de demonstrar para a sociedade de que no processo penal a sentença condenatória ou absolvição seja aplicada devidamente é que se estabeleceu como princípio a busca da verdade real. A reconstrução fiel de um fato passado, a demonstração histórica do ato para ser utilizado como meio de prova no processo judicial. Neste aspecto, esclarece Tourinho Filho (2013, p. 58):

A função punitiva do Estado deve ser dirigida àquele que, realmente, tenha cometido uma infração: portanto o Processo Penal deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença. No campo extrapenal, porque de regra estão em jogo interesses disponíveis, as partes podem, usando dos seus poderes dispositivos, transacionar, transigir, submeter-se à vontade da parte *ex adversa*, tornando impossível a restauração real dos fatos.

Corroborando com a concepção recompor a realidade passada e assim conseguir desvendar a verdade absoluta sustenta Mirabete (2003, p.44)

Com o **princípio da verdade real** se procura estabelecer que o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e os exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc. tão comuns no processo civil [...] (grifo do autor)

Desta forma, em consequência da reconstrução dos fatos, utilizados como meios de provas, doutrinadores defendem a exigência da busca da verdade real, sendo a verdade material fundamento primordial da sentença.

Contudo, como se pode depreender da análise da teoria da prova é que não existe uma verdade absoluta, pois as provas são obtidas através da reconstrução da história, construída a partir de informações do fato ocorrido no passado.

E, neste sentido, sobre a ineficácia da busca da verdade absoluta ensina Queijo (2012, p. 52): “A verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém inatingível. A verdade, que pode ser alcançada, não transcendente, vinculada à realidade das coisas, é a verdade relativa”.

Além disso, no decurso do conhecimento do processo existe uma correlação entre os conceitos de verdade, certeza e convencimento e, sob este posto de vista Queijo (2012, p. 52) define certeza:

É um estado de ânimo, que se apresenta quando se forma o convencimento de se ter atingido a verdade. Desse modo, o convencimento relaciona-se à dinâmica psicológica, resolvendo-se em função do intelecto, enquanto a certeza, representação interna da verdade, reporta-se à estática psicológica, em estado de consciência.

Corroborando com o pensamento de que nem sempre a verdade é apreendida por todos da mesma maneira e que por vezes esta pode ser apresentar como uma inverdade, permite compreender a o posicionamento de Malatesta apud Nucci (2011, p. 106) acerca da verdade e certeza: Desta maneira, percebe-se que “[...] certeza e verdade nem sempre coincide; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro; e a mesma verdade que parece certa a um a outros parece por vezes duvidosa quiçá até mesmo falsa a outros ainda”.

É neste mesmo sentido que o conceito de verdade no Direito Processual vigente nos Estados Democráticos de Direito é compreendido como verdade relativa, a verdade da possibilidade do que pode ser conhecido e apreendido e, desta forma esclarece Queijo (2012, p. 52):

[...] o conceito de verdade relativa ocupa papel de destaque, porque é a verdade que pode ser alcançada, o mais próximo da realidade quanto possível. A certeza e o convencimento apresentam--se, então, como consciência e estado de ânimo de que foi atingida a verdade no mais alto grau de probabilidade.

Contemplando este novo conceito de verdade em processo penal, a verdade material, a verdade possível, também surge a necessidade do juiz não estar limitado aos meios de prova que lhe são apresentadas pelas partes, mas na busca do conhecimento e compreensão dos fatos, mantendo a imparcialidade no seu julgamento assegurando a prolação de uma sentença justa.

No entanto, o ensinamento da teoria clássica sobre a verificação dos indícios do delito e, os procedimentos aplicados ao processo penal remetem à compreensão acerca da ineficácia da busca da verdade absoluta, devendo tratar os fatos apresentados como determinantes de um delito como indício, como probabilidade, desta forma esclarece Beccaria (2013, p. 31):

Não se admirem de ver-me empregar a palavra probabilidade ao tratar de crimes que, para merecerem um castigo, devem ser certos; porque, a rigor, toda certeza moral é apenas uma probabilidade, que merece, contudo, ser considerada como uma certeza, quando todo homem de bom-senso é forçado a dar-lhe o seu assentimento, por uma espécie de hábito natural que resulta da necessidade de agir que é anterior a toda a especulação.

Neste mesmo sentido, na teoria contemporânea sobre verdade no sistema processual penal brasileiro, doutrinadores reafirmam a tese da busca da verdade possível necessária à formação do convencimento do magistrado na observância dos direitos fundamentais buscando preservar a dignidade do réu, desta forma reforça Nuccci (2011, p. 107)

[...] estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.

Sendo assim, a apreensão da verdade material permite tomar conhecimento das diversas vertentes do fato tornando-se necessária na instrução do processo assim se apresentando como fonte de convencimento para o magistrado. Deste ponto de vista converge com entendimento de Tucci apud Nucci (2011, p. 107) sobre a verdade material:

[...] trata-se, com efeito, de atividade concernente ao poder instrutório do magistrado, imprescindível à formação de sua convicção, de que inequivocamente, se faz instrumento; e á qual se agrega, em múltiplas e variadas circunstância, aquela resultante do poder acautelatório, por ele desempenhado para garantir o desfecho do processo criminal.

E a partir do entendimento desta concepção do julgar e proferir uma sentença condenatória ou a absolvição do acusado deve-se atentar para as palavras de Carnelutti (2012, p. 26 e 27):

Todos nós temos as nossas predileções, até mesmo quanto à maneira de sentirmos compaixão. Os homens são diferentes uns dos outros até mesmo a maneira de sentir e externar caridade. Este é um dos aspectos da imperfeição dos seres humanos: uns concebem o pobre na figura de um faminto, outros na de um desabrigado e outros ainda, na de um enfermo; para mim, de todos eles o encarcerado é o mais pobre.

Diante deste posicionamento doutrinário, de que as provas obtidas através da reconstrução de um fato histórico ocorrido no passado é a verdade material, a verdade possível, determinando a incapacidade de apreensão da verdade real e absoluta, surgindo o questionamento sobre qual das partes deve recair o ônus da prova, como estas podem ser produzidas e quais provas são as provas admitidas ou não no processo como meio de atestar se o fato imputado ao réu ocorreu conforme acusação apresentada.

4.2 Das Provas

Em processo, prova pode ser definida como meio disponível às partes para demonstrar a verdade sobre os fatos pertinentes à ação processual. Desta forma Mirabete (2003, p. 256) conceitua o termo provar:

“[...] é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para a sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.

Partindo deste conceito de prova e provar em processo, é garantida as partes o direito de apresentar ao juiz os meios necessários para a formação de sua convicção através dos fatos apresentados, sendo que uma vez apresentadas, as provas podem ser utilizadas por quaisquer dos sujeitos envolvidos no processo¹¹.

Ainda sobre os meios de provas, importa destacar que em Processo Penal, mesmo os fatos incontroversos são mantidos como objeto de prova, diferentemente do que ocorre no processo civil, quando são excluídos de análise uma vez que as partes não discordam sobre determinadas alegações apresentadas na vestibular.

Contudo, há de se levar em consideração que nem todas as provas apresentadas são admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo inadmissível o uso de provas obtidas através de meios ilícitos. E por meios ilícitos deve se considerar os meios que, conforme enuncia Grinover apud Nucci (2011, p. 389), “[...] abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais do direito”.

¹¹ Segundo Tourinho Filho (2013), o uso das provas pelas partes do processo é garantido pelo princípio da comunhão dos meios de prova.

Porém, existem meios de provas que para serem produzidas necessitam da colaboração do réu e neste caso, seria o acusado obrigado a participar ou produzir provas que contribuem para a sua autoincriminação?

Sabe-se que em nome do interesse público que muitas vezes são negadas as garantias individuais, porém há que se atentar que em um Estado Democrático de Direito, regido por uma constituição que prescreve o respeito aos direitos fundamentais do homem, deve-se buscar soluções harmoniosas para a resolução dos conflitos entre interesse público e interesse privado.

4.2.1 Das provas que necessitam da colaboração do acusado e o princípio *nemo tenetur se detegere*

Lembrando que no sistema penal inquisitório, característico da Idade Média, a principal fonte de prova era o próprio acusado, que deveria confessar-se culpado mesmo que esta confissão fosse obtida através do emprego da tortura.

Contudo com a formação dos Estados Democráticos de Direito, garantidor dos princípios fundamentais e o respeito da dignidade da pessoa humana, passou-se a adotar o sistema processual penal acusatório e então se pode assegurar o direito ao acusado de não produzir provas contra si mesmo.

A respeito desta consideração acrescenta Queijo (2012, p. 108)

Somente com a evolução do processo penal, no modelo acusatório, que se inclina a prescindir do conhecimento do acusado e, especialmente, com a desconsideração do acusado como objeto da prova, é que se pode cogitar da incidência do princípio *nemo tenetur se detegere* e, conseqüentemente, do reconhecimento do direito ao silêncio

Sendo assim, é com a adoção do sistema processual acusatório que dá o direito ao acusado de decidir se deseja contribuir com o processo através de fornecimento de provas que possa formar o convencimento do juiz.

As bases fundamentais e legais do princípio a não autoincriminação está presente não apenas no Direito Processual Penal, mas também com previsão no artigo 5º, LXIII da Constituição Federal, no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e, no artigo 14, 3, g do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, bem como sua consolidação no Direito brasileiro a partir de julgados do Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, ao acusado é garantido o direito de não produzir provas contra si mesmo conforme demonstra o HC 89269 DF julgado pelo STF:

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - CPI. DIREITO AO SILÊNCIO. TESTEMUNHA. AUTO-ACUSAÇÃO. LIMINAR DEFERIDA PARA DESOBRIGAR A PACIENTE DA ASSINATURA DE TERMO DE COMPROMISSO. PREJUDICIALIDADE SUPERVENIENTE. I - É jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal a possibilidade do investigado ou acusado permanecer em silêncio, evitando-se a auto-incriminação. II - Liminar deferida para desobrigar a paciente da assinatura de Termo de Compromisso. III - A realização da oitiva, garantidos os direitos da paciente, implica a prejudicialidade do feito. IV - HC conhecido e julgado prejudicado. (STF - HC: 89269 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 21/11/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 15-12-2006 PP-00096 EMENT VOL-02260-05 PP-00867)

Neste mesmo sentido em defesa do direito constitucional ao silêncio, destaca-se outro julgado do STF a respeito do HC: 100341 AM:

EMENTA: Habeas corpus. Comissão Parlamentar de Inquérito. Atividades investigatórias específicas simultaneamente realizadas por órgão jurisdicional e comissão parlamentar de inquérito. Viabilidade. Utilização, por CPI, de documentos oriundos de inquérito sigiloso. Possibilidade. Investigação, por CPI, da suposta participação de magistrado em fatos ilícitos não relacionados com o exercício de atividades estritamente jurisdicionais. Aposentadoria superveniente. Pedido prejudicado. Extensão dos trabalhos da CPI a fatos conexos ao objeto inicialmente estabelecido. Viabilidade. Direito ao silêncio, garantia contra a auto-incriminação e comunicação com advogado. Aplicabilidade plena. A existência de procedimento penal investigatório, em tramitação no órgão judiciário competente, não impede a realização de atividade apuratória por uma Comissão Parlamentar de Inquérito, ainda que seus objetos sejam correlatos, pois cada qual possui amplitude distinta, delimitada constitucional e legalmente, além de finalidades diversas. Precedentes. As comissões parlamentares de inquérito possuem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, entre os quais a competência para ter acesso a dados sigilosos (art. 58, § 3º, da Constituição Federal, e art. 2º da Lei nº 1.579/52). Precedentes. A superveniente aposentadoria prejudica a apreciação da possibilidade de uma CPI investigar atos de caráter não jurisdicionais praticados por aquele que era magistrado à época dos fatos. A Comissão Parlamentar de Inquérito poderá estender o âmbito de sua apuração a fatos ilícitos ou irregulares que, no curso do procedimento investigatório, se revelarem conexos à causa determinante da criação da comissão. Precedentes. É jurisprudência pacífica desta Corte assegurar-se ao convocado para depor perante CPI o privilégio contra a auto-incriminação, o direito ao silêncio e a comunicar-se com o seu advogado. Precedentes. Ordem parcialmente concedida.(STF - HC: 100341 AM, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 04/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-233 DIVULG 01-12-2010 PUBLIC 02-12-2010 EMENT VOL-02443-01 PP-00119)

Contudo, o que ainda é perceptível no ordenamento jurídico brasileiro é o uso de meios para exigir do indivíduo a sua participação na produção de provas, mesmo que estas forneçam indícios de possam gerar a autoincriminação. Desta forma, mesmo no interrogatório que direito de o acusado permanecer em silêncio, há uma necessidade de criar meios ou mesmo instigá-lo a responder as questões

apresentadas sob a égide de que suas repostas podem contribuir como objeto de defesa, desejosos de que seja apresentada uma confissão.

Sobre a percepção de exercício do acusado do direito ao silêncio, ressalta Lopes Jr. e Rosa (2015, p. 67)

Compreendendo o processo como jogo de informação, a atitude do acusado em permanecer em silêncio ainda encontra forte resistência dos agentes processuais que muitas vezes entendem o exercício do direito como forma de desrespeito.

Percebendo-se com esta postura o desrespeito ao princípio da presunção de inocência, que assegura ao acusado que somente poderá ser considerado culpado após o transido em julgado de sentença condenatória.

Este é um dos resultados aparentes quando se trata de predomínio de interesse sobre a ação processual, principalmente o processo penal que em nome do interesse público tem restringido os direitos individuais, constitucionalmente garantidos, como afirma Queijo (2012, p. 288)

[...]se registra atualmente forte tendência, nos ordenamentos jurídicos, ao predomínio do interesse público na persecução penal, prestigiando-se a busca da verdade, o que conduz, inevitavelmente, à admissão de maiores restrições aos direitos fundamentais do acusado.

A exigência de contribuição do acusado na produção de provas, mesmo que estas sejam favoráveis à sua condenação é como explica Zaffaroni (2012, p. 14), um sinônimo da crise que passa os sistemas penais latino-americanos. A saber:

O discurso jurídico-penal falso não é um produto de má fé nem de simples conveniência, nem mesmo o resultado da elaboração calculada de alguns gênios malignos, mas é sustentado, em boa parte, pela incapacidade de ser substituído por outro discurso em razão de se defenderem os direitos de algumas pessoas.

No entanto, não são as crises jurídico-processuais ou mesmo a incapacidade do Estado desenvolver-se técnica e com a mão de obra qualificada e suficiente para o atendimento das questões processuais que se devem restringir os direitos do cidadão sob a primazia de um pseudo interesse público garantidor da segurança e bem estar dos cidadãos.

Não há como discordar de Lopes Jr. e Rosa (2015, p. 69) quando afirmam: “Exercer direitos no Brasil pode ser uma tarefa clandestina e arriscada, principalmente quando se está movido por verdades absolutas e autoritárias”.

Contudo, apesar de toda essa resistência é certo que o direito ao silêncio e consequentemente o direito de não produzir provas contra si mesmo é uma garantia

constitucional e todo cidadão pode fazer uso de seu direito em sua defesa e, além disso, os legisladores devem se atentar aos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna ao criar leis e normas constitucionais, bem como autoridades policiais e poder judiciário devem garantir a proteção do indivíduo que exerce seus direitos.

4.3 O Ônus da Prova

É certo que o acusado de ato ilícito deve buscar os meios responsáveis para a fundamentação de sua defesa, em nome do atendimento do princípio do contraditório e da ampla defesa, contudo o que se deve levar em consideração é que quem acusa deve ser o responsável por apresentar as provas necessárias para que a pretensão manifestada seja aceita pelo judiciário.

À faculdade de apresentar meios que possibilitem a formação do convencimento do juiz denomina-se ônus da prova e seu significado pode ser compreendido através das palavras de Rangel (2009, p. 454):

A palavra ônus vem do latim *onus*, *oneris*, que significa carga, peso, fardo, encargo, aquilo que sobrecarrega. Sob o ponto de vista jurídico processual, podemos dizer que ônus é o encargo que as partes têm de provar as alegações que fizeram em suas postulações.

E para um maior entendimento desta matéria, importa diferenciar obrigação de ônus, isto porque o entendimento dos conceitos é de grande relevância no trâmite processual e permite uma análise mais profunda sobre o papel exercido pelas partes que constituem o processo, esclarece Aranha (2008, p. 8):

No processo as partes não têm o dever, a obrigação de produzir as provas, mas sim o ônus de realizá-las. Quem tem uma obrigação processual e não a cumpre sofre a pena correspondente; quem tem um ônus e não o atende, não sofre pena alguma, apenas deixa de lucrar o que se obteria se tivesse praticado.

Sendo assim, é possível concluir que o *onus probandi* tem caráter alternativo e que não há punição direta por não atentar para esta formalidade do processo, mas isto não significa que não possa haver prejuízos para dispõe desse direito que tem por objetivo apresentar ao magistrado os seus meios próprios para a formação de sua convicção.

O entendimento dos conceitos e da inter-relação entre os paradigmas processuais nas diversas áreas de abrangência do Direito permitem compreender que apesar de tratar de aspectos diversos da vida do cidadão, exige uma afinidade

nos procedimentos adotados no Direito Processual, principalmente porque há uma exigência de harmonia das leis infraconstitucionais com a Constituição Federal.

É por isto que se pode afirmar que o ônus da prova, assim como no processo penal, nos demais ramos do direito processual é um dever da parte que almeja ter um direito reconhecido¹².

Dentro desta perspectiva sobre o ônus da prova no Direito Processual Civil afirma Montenegro Filho (2014, p. 443) “O autor deve provar a veracidade do fato constitutivo do seu direito, ou seja, o fato que, por si só, é capaz de creditar em seu favor a procedência da ação”.

A perspectiva do *onus probandi* como uma faculdade da parte que alega a ocorrência de um fato, garantindo uma vantagem ao apresentar meios de provas importantes à formação do convencimento do juiz, capazes de lhe assegurar a sua pretensão o Estado, não apenas como detentor de poderes perante os cidadãos e, principalmente a gestão administrativa e legislativa, mas ainda com muitas deficiências técnicas, inclusive na ciência forense adotam leis e normas que afastam do cidadão as garantias e direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

4.3.1 O ônus da prova em processo penal

O ônus da prova é uma incumbência às partes de provar algo, sob pena de sujeitar-se à decisão proferida pelo juiz através da convicção formada a partir das provas que foram apresentadas no processo. Sendo assim, se aplica corretamente o significado de ônus da prova conforme explica Mirabete (2003, p. 264):

Numa perspectiva subjetiva, **ônus da prova** (*onus probandi*), é a faculdade ou encargo que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal.

Ônus não significa obrigação, é sinônimo de encargo, faculdade, dever de atender a um procedimento inerente ao processo penal, esta subordinação é destinada a quem acusa. Desta forma, a parte acusadora deve demonstrar o que alega ter ocorrido. Corroborando com esta afirmação Tourinho Filho (2013, p. 576) esclarece:

¹² O artigo, 373 em seu inciso I do Código de Processo Civil de 2015 prescreve: O ônus da prova incube: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz para dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte *objecti*, quer a parte *subjecti*, deve ficar a cargo da Acusação.

Apesar do *onus probandi* para a comprovação de um fato que alega ter ocorrido ser encargo do autor, é dever do réu demonstrar a sua inocência em caso de alegação de fatos extintivos, modificativos e impeditivos da ação.

Sendo assim, o juiz, com o objetivo de conhecimento dos fatos que ocorreram no passado, pode requerer que réu apresente provas no decurso do processo, porém importa considerar que a este, é garantido o direito a não auto incriminação conforme elucida Nucci (2011, p. 394)

Registremos, desde logo, não ser exigível a autoincriminação no processo penal, significando que o réu não está obrigado a fornecer prova contra si. Assim, qualquer prova que lhe for demandada pelo juiz, implicando prejuízo para a sua defesa, pode ser negada.

A acusação cabe o papel de apresentar provas capazes de demonstrar, na denúncia, a autoria e materialidade da ação ilícita, ou seja, o ônus da prova é responsabilidade de quem alega que um delito foi cometido; a defesa é responsável por demonstrar através dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos em caso de alegação da inocência do réu. Não caracterizando, assim a divisão do ônus da prova, que é um dever do acusador; as provas apresentadas pelo réu são bases da fundamentação da sua defesa.

Isto porque, estes aspectos não devem deixar de levar em consideração os princípios constitucionais do devido processo legal, característico do sistema penal acusatório, o princípio da legalidade que estabelece não haver crime sem a existência de uma lei anterior e, o princípio do *in dubio pro reu*¹³ que assegura ao acusado o direito de absolvição em caso de inexistência de provas que atestem o ato ilícito que lhe fora imputado.

¹³ A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LVII ao determinar que a liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado garante ao réu o direito de na dúvida e na falta de provas lhe é assegurado uma sentença a seu favor. Art. 5º, Lvil – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

4.3.2 O ônus da prova em processo civil

No Direito Processual Civil o ônus da prova também recai sobre a parte autora da ação. Cabendo assim, a quem alega provar a veracidade dos fatos apresentados na petição inicial. Demonstrando assim que a parte autora possui os meios necessários para demonstrar a parte requerida violou direito ou causou dano ao requerente.

Aqui, também vale ressaltar que apesar de não ser uma obrigação, pois não cabe sanção se não for cumprido, se o responsável não apresentar as provas necessárias, com tempestividade, poderá sofrer prejuízos quanto ao direito que acredita possuir e pleiteia perante a autoridade jurisdicional.

Sobre o ônus da prova em processo civil, assim ensina Montenegro Filho (2014, p. 442)

Não há uma obrigação legal de produzi-la: mas quando a lei atribui a uma das partes a responsabilidade pela produção [...] não sendo assumida a responsabilidade, contra a parte incidirão consequências danosas, por vezes irremediáveis, considerando que a fase de instrução probatória é, sem qualquer dúvida, a mais importante do processo.

É certo que em respeito à Constituição Federal de 1988, fonte principal do Direito Processual Civil, o princípio da igualdade entre as partes¹⁴ foi incorporado ao Código de Processo Civil, garantindo tratamento dos indivíduos de maneira a preservar a igualdade entre os desiguais.

E, diante da aplicação do princípio da isonomia, juntamente com os princípios da ampla defesa e do contraditório é que é dado às parte o direito de produzir as provas necessárias para demonstrar os fatos apresentados , mas não distribuindo entres as partes a faculdade da produção de provas, sendo o *onus probandi* responsabilidade da parte autora.

Sendo assim, afirma Montenegro Filho (2014, p. 442):

Em decorrência do princípio da isonomia processual [...], confere-se a ambas as partes do litígio de forma absolutamente igualitária, o direito de produzir as provas que entendam necessárias para confirmar a veracidade dos fatos afirmados em juízo. Essa prerrogativa representa direito - processual e constitucional.

¹⁴ O caput do artigo 5º da CF de 1988 assim estabelece: “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”.

Não obstante, cabe resalvar que o processo civil permite que o magistrado através de decisão fundamentada atribua a inversão do ônus da prova diante das peculiaridades do caso ou da dificuldade o mesmo, impossibilidade da parte autora apresentar as provas necessárias para demonstrar que os fatos alegados são verdadeiros.

A inversão do ônus da prova é um meio de garantir a paridade entre as partes, fazendo com que a parte que possua melhores condições ou mesmo, a facilidade de obtenção da prova ou, se ação versar sobre direitos indisponíveis, tal como a paternidade tenha a responsabilidade de demonstrar a veracidade do fato alegado pela parte autora.

Ademais, cumpre ressaltar que a regra é o ônus da prova ser incumbência do autor da ação, mas que em casos excepcionais, o juiz pode determinar que a parte requerida para apresentar as provas necessárias ao conhecimento da verdade, fonte de embasamento da fundamentação de sua sentença.

4.3.3 O ônus da prova no processo administrativo

O Direito Administrativo no Brasil caracterizava-se principalmente, pela atuação direta no ato administrativo demonstrando através de sua atuação o grande poder da Administração Pública sobre os cidadãos, inclusive com atitudes fraudulentas e desrespeitosas para com o indivíduo.

Este poder atribuído à Administração Pública advém da Constituição de 1934, que ampliou a sua atuação de suas atividades para os âmbitos econômico e social e, inclusive instituiu o Tribunal de Direito Administrativo Federal, resguardando a primazia da sua posição de guardião da ordem pública.

E, de acordo com os princípios adotados pelo Direito Administrativo, importa considerar tal como ensina Osório (2000, p. 133):

O certo é que os princípios básicos que regem o Direito Administrativo Sancionador estão mantidos no campo das infrações disciplinares, v.g., legalidade, tipicidade, non bis in idem (em medidas distintas), irretroatividade das normas sancionadoras, culpabilidade, presunção de inocência e devido processo legal.

Além dos direitos resguardados pelo Direito Administrativo, com a promulgação da Carta Magna de 1988, que estabelece as formas de atuação do Estado na vida da população, a Administração Pública passou a se sujeitar aos

preceitos por ela estabelecidos, assegurando os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

É nesta perspectiva, que ônus da prova em Direito Processual Administrativo segue a regra da responsabilidade de demonstrar os fatos é de quem alega. Sendo assim, é faculdade do autor disponibilizar as provas necessárias para o conhecimento da verdade que se alega.

Ademais, assim como no Processo Civil pode existir a possibilidade da inversão do ônus da prova, pois como estabelece o artigo 37 da Lei nº 9.784/1999, Lei de Processo Administrativo é dever de a Administração prover de ofício todos os documentos que estejam em seu poder, capazes de provar o alegado, contudo o mesmo artigo prescreva a necessidade do interessado provocar o órgão e assim obter os documentos probatórios.

Contudo o que se verifica no processo administrativo é um desrespeito à Constituição Federal quando traz para si o princípio da veracidade¹⁵ firmando o encargo do particular demonstrar a invalidade ou inverdade do ato administrativo, exigindo deste, muitas vezes a produção de provas de fato negativo, de difícil produção quando não é impossível de ser demonstrada.

O princípio da veracidade dos atos administrativos é resultado do poder conferido à Administração Pública, do início do século XX, garantindo ao Poder Público realizar suas atividades sem a necessidade de autorização dos demais poderes, sob a perspectiva da importância da eficácia dos atos administrativos para a garantia do interesse público sobre o interesse particular e da continuidade do serviço público para a sociedade.

Contudo este princípio não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e assim questionável a sua aplicabilidade perante cidadãos possuidores de direitos e garantias individuais e, sobre este tema esclarece Reis e Melo (2009):

Tem-se que ela decorre de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Por não se tratar de um princípio ou regra explícita, referida presunção deve ser analisada em oposição a outros valores e princípios, estes sim, consagrados na Constituição e no ordenamento jurídico como um todo.

¹⁵ O princípio da veracidade, garante a primazia dos atos administrativos sobre os cidadãos conferindo a certeza dos atos praticados pela Administração Pública e conforme ensina Di Pietro (2014, p. 69): Como consequência dessa presunção, as decisões administrativas são de execução imediata e têm a possibilidade de criar possibilidade para o particular, independentemente de sua concordância e, em determinadas hipóteses, podem ser executadas pela própria Administração, mediante meios diretos ou indiretos de coação.

Sendo assim, não somente o Processo Administrativo, mas as leis e normativos elaborados para resolução de conflitos ente a Administração Pública e o particular devem respeito aos princípios constitucionais, retirando do Poder Público a supremacia sobre os demais poderes do Estado e retirando a presunção de veracidade de seus atos em nome de ser o guardião do interesse público que muitas vezes se reveste de uso arbitrário do poder.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.281/2016

Diante da análise dos assuntos abordados neste estudo, o presente capítulo apresenta alguns pontos da Lei 13.281/2016 que altera o Código de Trânsito, em especial o artigo 165 A, estabelece penalidades e medidas administrativas, quando o motorista se recusa a se submeter a teste do bafômetro ou exame clínico para cientificar a influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo artigo 277.

Não se trata de questionar o fato da direção sob influencia de álcool ou outra substância psicoativa, mas sim de como a lei buscou solucionar um problema da população através de meios que retiram os direitos do indivíduo, isto porque há de se concordar com Gomes (2017) quando afirma:

Dirigir embriagado é uma atitude gravíssima de alguns motoristas e deve ser condenada e combatida ao extremo. A imprudência, nesse caso, pode levar a acidentes violentos e à perda de vidas humanas, muitas vezes inocentes. Mas o legislador há que estar atento ao que propõe, porque, acima de qualquer lei, existe a lei maior, a Constituição, e ela deve sempre ser respeitada e nenhuma outra lei pode atentar contra ela.

Levando em consideração que as leis infraconstitucionais devem seguir os preceitos da Constituição e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Brasil é signatário, o ponto crucial da inconstitucionalidade da lei de trânsito, no art. 5º, LXIII e o artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, uma vez que o silêncio não importará em confissão e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Porém, como a redação do artigo 165 da Lei 9.503/1997, O Código Brasileiro de Trânsito (CTB) prescrevia apenas a possibilidade de aplicação das penalidades de multa e suspensão do direito de dirigir por 12 meses no caso de constatação de embriaguez capaz de afetar a capacidade psicomotora

Conseqüentemente parte da jurisprudência entendia que a recusa ao teste do bafômetro, por si só, não caracterizava a infração ao referido artigo, devendo o agente de trânsito comprovar, através de outros meios diversos a incapacidade do motorista para conduzir veículo automotor.

Seguindo este entendimento alguns Tribunais decidiam sobre a possibilidade de aferir a embriaguez por meio diverso ao teste do bafômetro. Conforme pode ser observado pelo entendimento do Tribunal de Sergipe:

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA REJEITADA - RECUSA DO IMPETRANTE DE

REALIZAR O TESTE DO BAFÔMETRO - POSSIBILIDADE DE AFERIAÇÃO DA EMBRIAGUEZ POR OUTRAS FORMAS - INTELIGÊNCIA DO ART. 277, § 2º, DO CTB - AUSÊNCIA DE QUALQUER PROVA PARA APLICAÇÃO DA PENALIDADE - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO - DECISAO UNÂNIME.(TJ-SE - AC: 2012209956 SE, Relator: DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO, Data de Julgamento: 14/08/2012, 1ª.CÂMARA CÍVEL)

Neste mesmo sentido, é o posicionamento do Tribunal Regional Federal do Rio Grande do Sul

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. TESTE DO BAFÔMETRO. RECUSA. - O art. 277 do CTB dispõe que a verificação do estado de embriaguez, ao menos para cominação de penalidade administrativa, pode ser feita por outros meios de prova que não o teste do etilômetro. A despeito das discussões acerca do art. 277, § 3º, CTB, a jurisprudência exige que a embriaguez esteja demonstrada por outros meios de prova, não podendo ser decorrência automática da recusa em realizar o teste.(TRF-4 - AC: 50013672220154047106 RS 5001367-22.2015.404.7106, Relator: RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, Data de Julgamento: 10/05/2016, TERCEIRA TURMA)

.Corroborando com a proteção do indivíduo não produzir provas contra si mesmo através do teste do bafômetro se posiciona o Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO - Mandado de segurança - Auto de infração de trânsito e imposição da sanção de suspensão do direito de dirigir após processo administrativo que correu à revelia - Recusa em submeter-se ao teste do bafômetro ou às práticas do art. 277, caput, do CTB, que, por si, abstração à ocorrência/verificação de sinais de alteração da capacidade psicomotora do condutor, não podem justificar a punição pelo art. 165 c.c. art. 277, § 3º, ambos do CTB - Inteligência das normas do CTB, à luz da Resolução 432/2013 do CONTRAN - Sentença de improcedência reformada - Ordem concedida - RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. (TJ-SP 10119746220178260053 SP 1011974-62.2017.8.26.0053, Relator: Vicente de Abreu Amadei, Data de Julgamento: 31/08/2017, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 31/08/2017)

Sendo assim, da compreensão dos julgados acima descritos e tendo em consideração que as leis infraconstitucionais devem seguir os preceitos da Constituição e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Brasil é signatário, o ponto crucial da inconstitucionalidade da lei de trânsito, está presente no art. 5º, LXIII e o artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, uma vez que prescrevem que o silêncio não importará em confissão e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Desta forma a lei 13.281/2016 vai de encontro não somente com a Carta Magna, mas com Pacto São José da Costa Rica e Código de Processo Penal no

que diz respeito ao direito ao silêncio, e demonstra que o direito administrativo não deve se sobrepor a leis maiores para atingir um objetivo. Todas as leis infraconstitucionais devem seguir os preceitos da Constituição Federal e que em específico no caso da infração de trânsito, conduzir veículo automotor sob efeito de álcool ou outra substância psicoativa, deve-se buscar soluções através de educação e uma política bem definida de trânsito.

Conseqüentemente, a inconstitucionalidade da lei de trânsito pode ser declarada por exigir do condutor de veículo automotor realizar o teste do bafômetro, um meio de prova que exige a colaboração do indivíduo e pode contribuir para a sua autoincriminação e assim violar a Constituição no que se refere ao direito ao silêncio.

Desta lei resulta a contrariedade à lei maior por uma lei infraconstitucional, seja ela penal ou administrativa na obtenção de provas obtidas de forma coercitiva conta o cidadão. Além disso, convém ressaltar que a garantia do direito ao silêncio do acusado também está presente no Código Penal Brasileiro e no Pacto de São José da Costa Rica,

Sendo assim, é imprescindível que seja retirado do cidadão o ônus de prova, pois está como amplamente discutida, tanto no processo penal quanto no processo civil e processo administrativo, é encargo do órgão que alega a existência de uma infração.

E neste sentido, de acordo Damásio (2017):

Assim, se é certo que o condutor de veículo automotor pode validamente opor-se aos exames de dosagem alcoólica ou de utilização de substâncias entorpecentes ou psicotrópicas, vislumbro diante dessa realidade brasileira uma única saída: a otimização dos meios para a realização do exame clínico, cuja elaboração independe, em regra, da colaboração do motorista.

Sendo assim, a melhor maneira de se obter provas acerca do uso de álcool ou outra substância psicoativa, seria uma medida diversa ao uso do teste do bafômetro, tal como o exame clínico, mas que o Estado não os utiliza.

Além disso, mesmo antes de se exigir uma prova que deve ser produzida pelo indivíduo, ou através de um formulário preenchido pela autoridade policial, que não tem conhecimento técnico, devem ser adotadas, pelo Estado, medidas de prevenção a acidentes de trânsito causados por embriaguez, em harmonia com a Constituição Federal.

6 CONCLUSÃO

A partir da análise de alguns dos princípios fundamentais, assegurados na Constituição, o conhecimento da origem e evolução histórica do princípio *nemo tenetur se detegere*, bem como sua aplicação nas legislações de outros países, e nos tratados e convenções internacionais, os quais o Brasil é um país signatário, permite compreender como as leis nacionais devem perscrutar o alcance dos objetivos do Direito garantindo ao indivíduo a não violação de direitos fundamentais, que foram adquiridos a partir de recortes da história das nações e a formação de uma sociedade universal.

E neste contexto se devem compreender as bases fundamentais e legais do estudo do princípio a não autoincriminação quanto à abrangência deste no Processo Penal, mas também sua previsão no artigo 5º, LXIII da Constituição Federal, artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e, no artigo 14, 3, g do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como sua consolidação no Direito brasileiro a partir de julgados do STF.

Vale ressaltar que princípio da não autoincriminação garante ao indivíduo o direito de produzir provas apenas de forma voluntária e sem que lhe cause prejuízo por omissão destas. E, além disso, está englobado no princípio do direito ao silêncio e inserido na garantia da ampla defesa, que inclui a autodefesa.

A autodefesa é inerente ao ser humano e suas bases jurídicas foram criadas ao longo de toda a história, passando pelo direito inquisitório e chegando até a sua aplicação no mundo contemporâneo que garante ao indivíduo uma defesa ampla e contraditória onde este não deve ser obrigado a produzir provas que possam ser utilizadas contra ele em um processo (penal, cível, trabalhista, administrativo, entre outros), investigação policial ou inquérito administrativo; nenhuma prova pode ser obtida através de fraude ou coação. Ao indivíduo é garantida a ampla defesa e o devido processo legal.

Sendo assim, depreende-se que o princípio *nemo tenetur se detegere* está inserido no ordenamento jurídico brasileiro com caráter de direito fundamental, de hierarquia constitucional e que por este motivo os demais dispositivos infraconstitucionais que abordam sobre interrogatório e provas que dependem da

colaboração do acusado para a sua produção devem ser elaborados em observância deste princípio.

É certo que na atualidade os princípios da não autoincriminação é um dos direitos assegurados tanto no processo penal quanto na Constituição Federal e demais áreas do direito processual, contudo no ordenamento jurídico brasileiro ainda existe uma grande tendência de reduzir a garantia individual para prevalecer o interesse do Estado e da sociedade.

Contudo, o novo modelo de compreensão dos fatos jurídicos e da convivência em sociedade exige dos legisladores, doutrinadores e autoridade pública uma nova forma de pensar a veracidade dos atos administrativos, com base na ampla defesa e no contraditório através da obrigatoriedade de adaptação do direito administrativo à Constituição de 1988 com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade bem como não deve prevalecer o ato administrativo sobre os direitos individuais. Levando assim à reflexão de leis infraconstitucionais não poderem prevalecer o administrativo sobre o individual.

Neste sentido deve-se buscar o entendimento sobre o processo de mudança de visão e atuação do direito administrativo no Brasil, a premissa inicial da Administração Pública se sobrepor aos demais setores da sociedade, tendo seu grande poder revisto com a Constituição de 1988 que trouxe fundamentos e base para a Administração Pública no respeito aos direitos individuais e a separação dos poderes.

Surgindo assim, novos questionamentos acerca do princípio da presunção da veracidade dos atos administrativos e a sua correlação com o ônus da prova, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. E exigindo uma maior garantia dos direitos do particular frente a um Estado autoritário e que se utiliza da sua máquina para intimidar e retirar direitos adquiridos pelos cidadãos.

Junto a este poder do Direito Administrativo também se encontra o Processo Penal, que pode trazer danos irreparáveis para o acusado e sua família mesmo quando depois de um julgamento ser absolvido.

E um destes perigos é exposto sobre o acusado de ato ilícito é a inferência de sua culpa quando resolve fazer uso do seu direito ao silêncio, pois há uma tendência a acreditar que se o indivíduo é inocente desejaria utilizar de todos os meios necessários para a comprovação da sua inocência e, o silêncio é entendido como confissão de culpa.

Ainda há que se considerar o direito ao silêncio de maneira ampla, não apenas como o direito de permanecer calado quando do interrogatório, mas também de não lhe ser exigido materiais biológicos e realização de testes imediatos perante autoridade policial, tais como o do etilômetro, sem que lhe seja permitido a presença de advogado ou mesmo acompanhamento médico para a comprovação do mesmo.

Haja vista que, em um país recém-saído de uma ditadura ainda apresenta resquícios de um período que colocava todo o poder nas mãos do Estado desrespeitando as garantias e direitos fundamentais ao indivíduo.

É certo que ainda são vigentes leis anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988 que constituem normas não recepcionadas pela Constituição Cidadã e são utilizadas como meio de intimidar o particular frente a um Estado com maior estrutura perante o cidadão.

Da mesma forma ainda existe um pensamento, frente a legisladores que atuam desde meados do século XX e com o pensamento arraigado na defesa de questões pessoais ou para influenciar em suas outras áreas de atuação, como empresários ou mesmo defensores de causas próprias e com isso serem coniventes com criação de leis que ferem os direitos do cidadão garantidos através da Assembleia Constituinte, que elaborou uma Carta Magna em conformidade com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e que garante a igualdade de todos perante a lei.

Muitas vezes tem se utilizado de meios ofensivos ao cidadão em nome do interesse geral, de um interesse público quando o que na realidade acontece é uma crise no sistema político e jurídico nacional não alcançando o objetivo de garantir à população uma sociedade equilibrada e com qualidade nos serviços básicos de saúde, segurança e educação levando todo o ônus para o cidadão.

Ainda, neste mesmo sentido, em matéria de Direito Material e Processual estamos diante de um Estado que utiliza mal os seus recursos financeiros e de mão de obra e devido a escassez de meios técnicos e de pessoal qualificado para comprovação de fatos alegados sobre um delito, exige do acusado que tome o seu lugar no ônus da prova e assim possa produzir provas que contribuam para a sua autoincriminação, contrariando assim os preceitos constitucionais.

E nesta mesma perspectiva que pode se analisada a inconstitucionalidade da lei de trânsito com base na violação do princípio da não autoincriminação para dar bases ao questionamento de que mesmo não se tratando de uma ação penal, deve-

se buscar na Constituição a garantia dos direitos individuais e que mesmo os atos administrativos devem buscar meios de garanti-los.

A partir do entendimento da inconstitucionalidade da exigência do teste do bafômetro ao condutor de veículo automotor da exigência da colaboração do indivíduo para identificar o uso de álcool e outras substâncias psicoativas, ao infringir a direito de não autoincriminação, a presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório é que se deve procurar medidas alternativas para a obtenção de provas, que não exijam do indivíduo a colaboração para a produção de provas, uma vez que é sabido que ônus da prova é encargo da parte que alega a existência do fato delituoso.

Além de melhores meios de técnica, pois também é notório que formulário padrão preenchido pela autoridade policial, que dentro de um país ainda estão presentes características de um sistema processual inquisitório, mesmo sendo adotado e como todos os meios necessários ao sistema processual acusatório em conjunto com um Direito Administrativo, que a despeito da promulgação da Constituição de 1988, adota o princípio da veracidade dos atos administrativos, não recepcionado pela Carta Magna Brasileira, bem como devem ser adotadas medidas preventivas para evitar acidentes de trânsito diverso da obrigatoriedade do teste do bafômetro com o objetivo de reduzir os acidentes de trânsito.

Isto porque é função do Estado não apenas o punir ou criar leis que possam contribuir para a redução dos direitos adquiridos pelos indivíduos, mas também promover uma educação ampla e formadora de cidadãos conscientes de que a vida em sociedade exige um papel ativo e que respeita a liberdade de todos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1ª. ed. São Paulo EDIPRO, 2013

BASIL, **Código Penal**. In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva 2017

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva 2017

BRASIL, **Lei 8.906/1994**. Estatuto da Advocacia e da OAB. In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva 2017.

BRASIL, **Lei 9.503/1997**. Código Brasileiro de Trânsito. In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva 2017

BRASIL. **Lei 13.281/2016** de 04 de maio de 2016. Altera o Código de Trânsito Brasileiro e Lei 13.146 de 06 de julho de 2016. Brasília, DF, maio de 2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03. Acesso em 10 de abril de 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 1ª. ed. Tiragem 2014. São Paulo: CL EDIJUR

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Servanda Editora, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**. 27ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014

GOMES, Ademar. **Novo Artigo do Código de Trânsito fere a Constituição Brasileira**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mai-10>. Acessado em 02 de maio de 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro2010. Acessado em 10 de abril de 2017.

JESUS, Damásio. **O limite da embriaguez ao volante: a questão da obrigatoriedade do teste do "Bafômetro"** http://amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/damasio50. Acesso em 30/04/2017.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. 1ª. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14^a. ed. São Paulo: Atlas 2003.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10^a. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4^a ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 7^a. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18^a. ed. rev. e ampl. Atual, de acordo com as leis nº12.830, 2.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 11^a. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Método, 2013.

QUEIJO, Maria Elisabeth. **O Direito de Não Produzir Provas Contra Si Mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas consequências no processo penal**. São Paulo: Saraiva 2012.

TOURINHO FILHO Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

REIS, Bruno Nunes dos; MELO, Luis Carlos Figueira de. **O ônus da prova no processo administrativo**. Disponível em: <http://jurisvox.unipam.edu.br>. 2009. Acessa em 10/09/2017

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5^a. ed. 2^a. reimpressão. Rio de Janeiro: Revan