

O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO. ATÉ ONDE VAI O LIMITE DESSE DIREITO? E COMO ESSE DIREITO SOBREVEM NAS PROVAS INVASIVAS E NÃO INVASIVAS

RIGHT TO NOT PRODUCE PROOF OF YOURSELF. UNTIL WHERE GOES THE LIMIT OF THIS RIGHT?
AND AS THAT RIGHT OVERHEAD IN PROOF INVASIVE AND NOT INVASIVE

ARANTES, Ricardo Vilela¹
RIBEIRO, Diomar Luciano²

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo, em princípio, analisar a norma legal do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal no ordenamento jurídico brasileiro e da presente norma que ninguém será considerado culpado pelo simples fato de se manter em silêncio, ou seja, não se propor a falar, seja em depoimento para a autoridade policial ou até mesmo em audiência, os conceitos e definições sobre os sujeitos objetos do estudo, a trajetória da implementação de seus direitos do Brasil Colonial até a atualidade, e ainda estudar normas do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema. Na seqüência, discutiremos sobre a aplicação do 5º, inciso LXIII da CF, junto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), sobre o direito ao silêncio e à proteção contra ingerências atentatórias da dignidade humana até mesmo em função da polícia militar que trás em seu esboço a forma de prevenção na sua área, ou seja, a ostensiva, fardada. Finalizando-se com a discussão acerca dos argumentos favoráveis e desfavoráveis, trataremos da possível ilegalidade de se colocar um cidadão para auto se incrimina. Neste caso, a metodologia aplicada ao artigo foi a pesquisa bibliográfica, utilizando como guia a Constituição Federal, o Código de Processo Penal, Normas Técnicas, renomados doutrinadores como Guilherme de Souza Nucci, Renato Brasileiro de Lima, Nestor Távora, Eugênio Pacelli, Nathalia Masson e de grande relevância para o mundo jurídico.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Constitucionalidade. Direito ao silêncio, Supremo Tribunal Federal e Direitos Humanos.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze, in principle, the legal norm of article 5, paragraph LXIII, of the Federal Constitution in the Brazilian legal system and of the present norm that no one will be considered guilty for the simple fact of keeping silent, that is, not it is proposed to speak, either in testimony to the police authority or even in audience, the concepts and definitions about the subject objects of the study, the trajectory of the implementation of their rights from Colonial Brazil to the present, and also study Supreme Court rules Federal and Superior Court of Justice, on the subject. In the sequence, we will discuss the application of the 5th, section LXIII of the CF, together with the American Convention on Human Rights (Pact of San José of Costa Rica), on the right to silence and protection against interference that threatens human dignity, military police that in its outline puts the form of prevention in its area, that is, the ostentatious, uniformed. Finishing the discussion on favorable and unfavorable arguments, we will deal with the possible illegality of placing a citizen to self incriminate himself. In this case, the methodology applied to the article was the bibliographical research, using as a guide the Federal Constitution, the Code of Criminal Procedure, Technical Norms, renowned doctrinators such as Guilherme de Souza Nucci, Renato Brasileiro de Lima, Nestor Távora, Eugênio Pacelli, Nathalia Masson and of great relevance to the legal world.

Key Words: Unconstitutionality. Constitutionality. Right to silence. Supreme Court and Human Rights.

¹Aluno Soldado Ricardo VILELA Arantes, do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás - CAPM, ricardovarantes_adv@hotmail.com, Anápolis – Go, Junho de 2018.

²Professor Orientador: Cabo Diomar Luciano Ribeiro, do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás - CAPM, diomarluciano@hotmail.com, Anápolis – Go, Junho de 2018

1 – INTRODUÇÃO

A idéia central desse artigo científico, é examinar a constitucionalidade e/ou inconstitucionalidade do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal do Brasil, através de normas técnicas, enfocando na trajetória da implementação de seus direitos na história do Brasil.

O tema paradoxal é o debate acerca da constitucionalidade e/ou inconstitucionalidade do direito ao acusado de ficar em silêncio, deste modo, apesar de ter em nosso ordenamento jurídico máximo esta previsão legal, é um tema de grande repercussão no momento atual.

O assunto proposto é muito delicado e de grande relevância para o mundo jurídico. Serão apresentadas citações doutrinárias, jurisprudências, de acordo com os estudos adquiridos para presente caso apresentados.

O dispositivo legal inserido no título II, capítulo I da Constituição Federal de 1988, traz o direito e garantias fundamentais como o direito de se manter em silêncio, pois qualquer ato pode interferir em seu caso. Mas, até onde vai esse direito na legislação, pois não se trata de um direito absoluto do acusado.

A Carta Magna em seu inciso II, do artigo 5º, diz que ninguém será obrigado a fazer nada se não em virtude de lei. Portanto, as jurisprudências em decisões já pacificadas pelas cortes superiores têm o entendimento de que o silêncio não é absoluto.

O aspecto do trabalho se restringiu na captação de argumentos existentes de jurisprudências, doutrinadores, artigos e leis, sobre o tema para uma maior reflexão jurídica a respeito do tema.

Assim, para que se observe a livre iniciativa dos princípios, sem, contudo, os confrontar a norma federal imposta para a aplicação legal dos demais impactos sobre às pessoas envolvidas no processo, sociedade e a jurisdição das competências, assim empregadas pela Constituição Federal, mas na presente situação do país, o STF poderá afrontar tal aplicação para um benefício futuro sendo este o objetivo do presente trabalho. Ou seja, decisões de tribunais superiores poderiam ultrapassar os poderes da Constituição Federal.

O processo a ser utilizado na elaboração do artigo científico será as referencias bibliográficas, que consiste na exibição do pensamento de vários autores que registraram sobre o tema escolhido.

2 – REVISÃO LITERARIA

Conforme vai ser estudado no presente artigo, até quando vai o direito absoluto de garantir a auto-acusação, ou seja, o direito de produzir prova contra si mesmo. Portanto, através de estudos de doutrinas, artigos e explicação diretos dos artigos do Código de Processo Penal.

2.1- CONCEITO

O Art. 5º, LXIII, CF: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Ou seja, o direito ao silêncio é uma decorrência do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Desse modo, a ilustre jurista Natalia Masson (2016, p. 632), em sua obra exemplifica a presente norma como que, nenhuma autoridade pública, donde se incluem as CPis - está autorizada a constranger qualquer pessoa a narrar ou confirmar fatos que importem em prejuízo pessoal. Tampouco é aceitável que práticas escabais ou quaisquer disposições legais/regimentais determinem consequências nocivas a quem invocou regularmente essa prerrogativa fundamental, afinal absurdo seria prever um direito na Constituição e do exercício dele derivar alguma desvantagem ou situação danosa. Trata-se, pois, de um direito público subjetivo que atua como limite à atividade investigativa exercida pelo Estado. (MASSON, 2016, p. 632).

Renato Brasileiro (2017, p. 72/73), em sua obra Manual de Processo Penal, conceitua e citando a obra de Maria Elizabeth Queijo, como uma ação que:

“objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações.” (DE LIMA, 2017, p. 72/73).

No mais, a forma de ficar em silêncio não o julga, mas é uma modalidade de autodefesa passiva, praticada pela inatividade do agente sobre quem recai ou poderá recair uma imputação penal. Portanto, é vedado o uso de qualquer medida de repressão ou ameaça ao inquirido (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que contribua em atos que possam trazer sua condenação.

O Supremo Tribunal Federal discutindo acerca do presente princípio da prova, em um julgado em 1992 (HC 68.929/SP), sendo citado na obra de Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 72/73), “que o direito ao silêncio, tutelado constitucionalmente, inclui-se a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária a prática da infração penal”. (DE LIMA, 2017, p. 72/73).

No entanto, em se tratando de mentiras agressivas, ou seja, quando o acusado imputa falsamente a terceiro inocente a prática do delito, dando causa à instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, o agente responderá normalmente pelo delito de denúncia caluniosa (ART. 339, CP).

Nessa mesma linha, sobressai o juízo de que o direito ao silêncio não abrande o direito de faltara verdade quanto à identidade pessoal. Ou seja, para o STF, tipifica o crime de falsa identidade o fato de o autor, ao ser preso, identificar-se com nome falso, com o fim de ocultar seus maus antecedentes.

Decerto, consoante salienta Francisco das Neves Baptista, “associada ao nemo tenetur se detegere, a presunção de inocência aprofunda a desigualdade no processo, facultando ao imputado ocultar as informações de que se valerá em sua defesa e compelindo a acusação a dar-lhe acesso a tudo quanto pretenda contra ele usar”. Tal entendimento é largamente difundido “nos sistemas jurídicos ocidentais”. (TAVORÁ e ALENCAR, 2017, p. 75/76)

Assim, caso venha a prática nova infração penal, de maneira autônoma e dissociada de qualquer requisição de cooperação por parte de autoridade, com afinidade de ocultar delito antes praticado, não há que se falar em incidência do nemo tenetur se detegere.

Dessa forma, a regra da não exigibilidade de participação compulsória do acusado na formação da prova a ele contrária, ressalvadas hipóteses previstas em leis e não invasivas da integridade física e psíquica do agente, decorre, além do próprio sistema de garantias e franquias públicas instituído pelo constituinte de 1988, de norma expressa prevista no art. 8º da de 22 de novembro de 1969, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, no que toca ao direito Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ao silêncio e à proteção contra ingerências atentatórias da dignidade humana.(PACELLI, 2017, p. 35/36)

Em breves palavras, vale ressaltar que o presente princípio também abarca as testemunhas arroladas nos processos, deve-se firmar que o direito ao

silêncio alcança as testemunhas, de tal modo que quem presta depoimento nessa condição, mesmo que compromissado, pode se negar a revelar ou confirmar fatos que possam incriminá-lo ou causar-lhe grave dano.

É por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu esse direito também em favor de quem presta depoimento na condição de testemunha, advertindo, então, que “Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la”, RTJ 163/626, Rel. Min. CARLOS VELLOSO. (ONLINE, 2008).

2.2 – ATÉ OS LIMITES

Renato Brasileiro (2017, p. 72/73), citando Ana Lúcia Menezes Vieira, onde a presente doutrinadora conceitua que as declarações precipitadas que são fornecidas pelo preso ao repórter, sob influência do clima sensacionalista criado pela mídia, não podem ser usadas indiscriminadamente no processo. No mais, em decisão pacificada o STF, aceita a presente forma de o acusado de se declarar, ou seja, não haver qualquer nulidade na juntada da prova, entrevista concedida espontaneamente a veículo de imprensa. (DE LIMA, 2017, p. 72/73).

De tal modo, deve-se evitar a concessão de entrevistas, pois tudo que o agente disser perante as câmeras de imprensa poderá ser usada contra o mesmo, mas em caso de entrevista que o agente através de uma defesa qualificada que o auxilie de forma a resguardar a sua garantia ao silêncio.

Pela presente inserção, em consonância com o disposto no art. 5.º, § 2.º, da Carta Magna, e tem como base o direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* possui hierarquia vital, portanto, não terá competência para ser suprimido nem mesmo por emenda constitucional. Sendo assim, a presente norma não foi modificada pelo art. 5.º, § 3.º, do texto constitucional, incluído pela Emenda Constitucional 45/2004. O princípio da presunção de inocência aplica-se em várias áreas, inclusive fora do âmbito penal.

Assim Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 24), citando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no qual tem adotado o seguinte entendimento;

“O STJ entende que o indeferimento de pedido de registro profissional com base na existência de inquérito em curso ou em ação penal sem trânsito em julgado, viola o princípio da presunção de inocência. 2. Agravo regimental a que se nega provimento”, AgRg no REsp 1452502 – SC, 1.ª T., rel. Sérgio Kukina, 25.08.2015. (NUCCI, 2016, p. 24)

A Corte Suprema brasileira reafirmou a existência do princípio da inexigibilidade de autoincriminação, como se vê na seguinte decisão Ministro decano do STF Celso de Mello:

[...] esta Suprema Corte, fiel aos postulados constitucionais que expressivamente delimitam o círculo de atuação das instituições estatais, enfatizou que qualquer indivíduo “tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. ‘Nemo tenetur se detegere’. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal” (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Em suma: o direito ao silêncio – e o de não produzir provas contra si próprio (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – constitui prerrogativa individual que não pode ser desconsiderada por qualquer dos Poderes da República. (ONLINE, 2008)

2.3 – DAS PROVAS INVASIVAS E NÃO INVASIVAS

De tal modo, as provas invasivas ou não invasivas, ou seja, dentro ou fora do ordenamento jurídico através das intervenções corporais, são medidas que se realizam sobre o corpo de uma pessoa, sem a necessidade da autorização destas.

As provas invasivas tratam-se de intervenções corporais que penetra no organismo da pessoa, podendo que se retire alguma substancia, ou colete algum objeto para que sirva de prova diante da persecução penal e ser utilizada. Contudo, a jurisprudência tem considerado que o acusado não é obrigado a se autoincriminar, não podendo sofrer nenhuma forma de agravante.

Por outro lado, tratando-se de provas não invasivas, consiste em uma verificação ou averiguação corporal. São aquelas que não há, nenhuma forma de contato direto com a vítima, ou seja, não há ou que pode levar a alguma lesão, podendo ser um DNA de um fio de cabelo no chão. Assim, mesmo que o agente não concorde poderá ser realizado normalmente. Desde que não venha a ser de forma arbitrária.

E por fim, não se terá aí violação ao direito à privacidade, ao menos ao nível da proteção constitucional. Ressalvo que sequer o direito ao silêncio pode ser dirigido para validar eventual falsidade das informações acerca da qualificação pessoal do acusado. De modo que, parece-nos, não se poderá opor a esses agentes da persecução a exigência de ordem judicial para o aludido esclarecimento de sua identificação.

2.4 – DA EMBRIAGUEZ.

A embriaguez que vem e importante ascensão no mundo jurídico, assim narrados no cotidiano a que se vive, desse modo, a embriaguez cada dia vem sofrendo alterações no âmbito jurídico. Sendo assim, o código de trânsito brasileiro editou um artigo considerando crime.

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

Portanto, o CTB, trás varias hipóteses de se provar que o motorista encontra-se embriagado, a mais importante é a prova realizada pelo bafômetro, mas também existe a exame clínico, perícia, vídeo e a prova testemunhal. No mais, a política que envolve esta matéria esta a cada dia mais se contradizendo, ou seja, não dando o devido dever de defesa do agente e gerando uma infração de natureza gravíssima.

A recusa de fazer o teste do bafômetro é permitido na carta magna. Assim, a Constituição Federal, encontramos o seguinte artigo 5º, inciso LXIII, "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado", que segue base para a sua formação.

Não é admissível punir o motorista, por não ser comprovado que o condutor não apresenta sinais de ter utilizado bebida alcoólica, nesse caso, a negativa do condutor não deveria ser considerada gravíssima até o desenrolar dos procedimentos assim proposto ao condutor, assim sendo, o valor da multa de R\$ 2.934,70 (dois mil reais, novecentos e trinta e quatro reais e setenta centavos), pela recusa de se produzir prova contra si mesmo, o que deveria ser considerada inconstitucional com base na carta maior de nossa legislação.

Extraordinária a ressalva de que a não auto-incriminação, sendo esta prevista no Pacto de São José da Costa Rica, que possui seu status de supra legalidade, devendo sempre prevalecer sobre legislação ordinária que o contrarie, o que ocorre nos casos do tipo.

Mas como bem colocou Damásio de Jesus, se o direito à não-auto-incriminação adquiriu um status constitucional, é evidente que nenhuma outra regra, muito menos de cunho administrativo, pode servir de instrumento de persuasão para que o indivíduo viole as suas próprias convicções e, especialmente, os seus direitos fundamentais". (ONLINE, 2017).

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p. 78), explica com base na nova Lei nº 12.760/2012, que o crime de trânsito passou a prever a conduta de dirigir “com a capacidade psicomotora alterada”, o que pode ser constatado por meio do popular “teste do bafômetro” (art. 306, § 1º, I, segunda parte), teste toxicológico (art. 306, § 2º, com alteração dada pela Lei nº 12.971/2014) ou de outras maneiras, como a prova testemunhal (art. 306, II e § 2º, *in fine*). Portanto, apesar da nova redação típica e da previsão desta nova via probatória, deve-se pontuar que a realização do exame clínico, toxicológico ou a constatação por meio do etilômetro continuam devendo respeito ao direito a não autoincriminação, podendo as demais constatações, todavia, serem feitas mesmo sem a autorização do condutor. (TAVORÁ e ALENCAR, 2017, p. 78).

Portanto, nenhuma pena criminal, seja penal ou processual penal, poderá advir da recusados condutores de automóveis a se submeter a exames que certifiquem o seu estado etílico. Esse privilégio contra a auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*) impõe frente as autoridades, na polícia ou em juízo, sendo o dever deles de advertir o interrogado seu direito ao silêncio. Ou seja, significa dizer que o preso tem o direito de ser informado a respeito dessa garantia, sob pena de nulidade absoluta do interrogatório.

3 – RESULTADO E DISCUSSÃO

3.1 - DIREITO AO SILÊNCIO DIANTE DA POLÍCIA MILITAR

A polícia militar trás em seu esboço a forma de prevenção na sua área, ou seja, a ostensiva, fardada, pois tem função primordial a prevenção do crime. Assim, a função básica da polícia militar é patrulhar e em caso que o acusado seja detido encaminhar até o distrito policial mais próximo, pois nesse caso a autoridade policial irá lavrar os procedimentos que deverão seguir junto ao inquérito e por mais a propositura da ação penal a ele imposta.

Mas a polícia militar em julgamento teve uma grande decisão proferida pelo ilustre ministro Gilmar Mendes, que foi a decisão do Supremo Tribunal Federal, em julgamento no HC 91.867/PA, onde pacificou a decisão de poder mexer no celular do infrator para obter informações, pois não estaria violando o direito a intimidade, mas sim a comunicação de dados e não dos dados, pois nesse último estaria ligado diretamente ao sigilo de comunicação, nesse caso, necessitando de ordem judicial.

Assim no HC 91.867/PA, foi decidido que não violava o princípio da intimidade o fato de o policial acessar a lista de telefones no celular de um indivíduo. A referida decisão é eventualmente utilizada como precedente para que policiais possam acessar dados em celulares.

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. (...)2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruitofthepoisonoustree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. (...) A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida. 4. Ordem denegada. (HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012) (ONLINE, 2018).

No entanto, conforme a jurisprudência brasileira segue sempre em estado de debates, pois nunca se encontra em um entendimento pacificado perante a norma jurídica brasileira, o nobre ministro Nefi Cordeiro do Superior Tribunal de Justiça, declarou inconstitucional, ou seja, ilícita a presente ação da polícia. O

ministro relator Néfi Cordeiro foi preciso ao afirmar em seu voto, que: “nas conversas mantidas pelo programa whatsapp, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações. É situação similar às conversas mantidas por e-mail, onde para o acesso tem-se igualmente exigido a prévia ordem judicial.” (ONLINE, 2018).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos. (STJ – RHC: 51532 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 19/04/2016, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2016). (ONLINE, 2018).

Por fim, o excelentíssimo Ministro conclui seu voto dizendo que “atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.” (ONLINE, 2018).

A presente decisão do STJ, diante ao caso interfere diretamente no trabalho da Polícia Militar, pois a polícia militar é a primeira frente diante do crime, nesse caso poderia ser simplesmente ali já resolvido. Mas, no entanto, existe ainda grande discriminação com a classe “militar”, então o mais simples a se fazer será, em caso de flagrante encaminha para o distrito policial para que tome as devidas providências, para que o nome militar não acabe na lista do rol de abusos de autoridades.

3.2 – RELAÇÃO ARGUMENTATIVA.

A norma assim implementada nesta obra científica, apresenta grandes formas, como do a Art. 5º, LXIII, CF: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Renato Brasileiro de Lima, em sua obra relaciona o silêncio do acusado como uma auto defesa passiva, ou seja, não se tratando de mentiras agressivas contra o sistema de atuação judiciária, o seu silêncio ou ate mesmo a sua mentira será tese de defesa do próprio.

Mas em breves discussões, tratando-se de temas atualizados, como a embriaguez, é tema de maior discussão, pois se trata de uma lei que não dá margem para sua auto defesa e uma norma constitucional maior como a Constituição Federal, que dá prova de sua força diante ao silêncio, assim, até que se dê a definição final terá que seguir a carta magna. Como trata Damásio de Jesus, já que a norma adquiriu um status constitucional, e nova regra é de cunho administrativo, não pode servir de instrumento de persuasão, principalmente, porque se trata de normas fundamentais.

A discussão sobre o tema vem através da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no precedente *Riley v. Califórnia*, de 22/8/2009, onde um cidadão abordado pela Polícia de San Diego e surpreendido com a carteira de motorista vencida, logo em seguida encontrada duas pistolas sobre o capô, além do seu aparelho celular apreendido pela polícia onde descobriu que Riley era um membro de uma gangue envolvida em inúmeros assassinatos.(ONLINE, 2018).

Assim conforme o entendimento americano, o entendimento brasileiro que atendeu o entendimento como precedente, deveria sim em seu ordenamento jurídico aceitar tal atuação, pois a polícia não está agindo para constranger o cidadão, mas sim para coibir a uma atuação de grupos em uma forma de mini organização para os cometimentos de delitos.

A Polícia Militar em seu trabalho ostensivo junto à sociedade é a que mais bate de frente com o sistema criminal, e conforme a decisão da Suprema Corte Norte Americana, o Brasil segue o mesmo raciocínio, pois a polícia não aborda um cidadão apenas por abordar e fazer números, a Polícia Militar trabalha com a atuação de presente suspeita, ou seja, se o cidadão está em atitude suspeita terá todo o direito e o amparo legal para a abordagem, e foi assim dito na jurisprudência da decisão americana “quarta Emenda da Constituição dos EUA permitia à polícia realizar uma pesquisa exploratória de um telefone celular sempre que encontrado perto do suspeito no momento da prisão.”

3.3 –DAS IDÉIAS:

A idéia primordial da Polícia Militar, estará em cumprir somente o que a Constituição Federal impôs, tratando-se de atividade meramente administrativa, ostensiva e fardada para que se evite a pratica de delitos, realizando constitucionalmente o que foi implementada.

Desse modo, situação que irá ajudar bastante será a implementação do TCO (Termo Circunstanciado de Ocorrência), que começou a ser aplicado pela Polícia Militar do Estado de Goiás, o TCO irá ajudar bastante o sistema judiciário, pois irá desafogar a estrutura de atuação da Polícia Civil, e ser mais rápido o sistema de punição, neste caso, podendo diminuir a impunidade. Assim, a Suprema Corte Brasileira, afirmou em jurisprudência, que o TCO realizado pela polícia ostensiva, não trata-se de uma investigação judiciária, mas sim de uma mero relato de ocorrência.

Como afirma em seu voto o Ministro Carlos Ayres Britto que: (...) E essa documentação pura e simples não significa nenhum ato de investigação, porque, na investigação, primeiro se investiga e, depois, documenta-se o que foi investigado. Aqui não. Aqui se documenta, para que outrem investigue. É uma operação exatamente contrária; é uma lógica contrária. (...) esse termo circunstanciado apenas documenta uma ocorrência. (...). E em voto também em favor da aplicação pela PM, o Ministro Ricardo Lewandowski explicou que o Termo Circunstanciado de Ocorrência "(...) É um mero relato verbal reduzido a termo." (BRASIL, 2008).

Deste modo, a polícia será um mero conciliador por ser a primeira frente aos delitos, pois, caso o agente restrito de sua liberdade quer garantir o seu direito ao silêncio ou até mesmo se recusar a assinar ou comparecer a que for marcado, a Polícia Militar dará vós de prisão em flagrante e encaminhando o acusado ao departamento de polícia, para que a autoridade proceda às devidas providências.

Por fim, a presente norma trará vários benefícios como, diminuição da sensação de impunidade, em razão do aumento do registro das ocorrências e conseqüente persecução penal, além da rapidez da aplicação da pena. Assim devendo sempre respeitar os direitos fundamentais adquiridos pelas normas constitucionais. O direito ao silêncio e norma geral fundamental, nesse caso, respeitar a posição do acusado e encaminhando para que sejam lavradas as devidas conclusões. A PM não intervirá nessa ordem legal, para que não se enquadre em uma eventual ação de abuso de autoridade.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa pesquisa teve por escopo trazer à tona a discussão da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade do direito ao silêncio do cidadão por alguns crimes ou delitos por ele cometido, e a fim de analisar os direitos do acusado previstos no ordenamento jurídico pátrio.

A presente norma pode gerar grandes controvérsias, também gerando grandes indecisões, no mundo jurídico, pois o dano ao acusado, de se produzir prova contra si mesmo trará grande prejuízo em sua defesa, nesse caso, serão posto as necessidades para tal aplicação in malan partem.

Ao concluir o presente artigo, se verifica que a discussão inerente ao tema, ainda não está pacificada, abrindo espaço para várias opiniões, pois ainda existem na norma jurídica suprindo a carta magna, prevista no artigo, 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Percebendo-se que para muitos doutrinadores, renomados, órgãos nacionais, o direito ao silêncio e a não produção de prova contra si mesmo, serão necessárias mudanças na legislação urgentemente.

Assim com base em policiamento, a polícia militar deverá seguir seu trabalho conforme condiz a carta magna, ou seja, atividades de prevenção e de policiamento ostensivo, deixando para que se proceda as demais diligências realizadas pela polícia civil, pois o direito ao silêncio e de garantia constitucional.

O presente artigo objetivou despertar no mundo acadêmico à reflexão sobre o tema de tamanha importância social, o direito do acusado de permanecer em silêncio e de não produzir prova contra si mesmo e assim, evitando que venha a ser gerando ainda mais crises carcerárias e jurídicas no futuro na nação brasileira.

5- REFERÊNCIAS

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADI 2862, de 26 de março de 2008. Disponível em: Acesso em: 04/05/2018.

CÓDIGO DE TRANSITO BRASILEIRO,
http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm(Acesso em 20/03/2018)

CÓDIGO PENAL, disponível em, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm(Acesso em 25/01/2018)

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, disponível em,http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm(Acesso em 25/01/2018)

CONSULTOR JURÍDICO, https://www.conjur.com.br/2008-ago-15/quem_recusa_teste_bafometro_nao_punido. (Acesso em 20/03/2018)

DE LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de Processo Penal**, 5ª edição, Salvador-BA, Editora JusPodivm, 2017.

MASSON, Nathalia, **Manual de Direito Constitucional**, 4ª edição, Salvador-BA, Editora JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**, 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, p. 23, jan/jun, 2016.

PACELLI, Eugênio, **Curso de Processo Penal**. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; 2016; disponível em, http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/stj_00070839320148220000_19042016.pdf, (Acesso em 02/05/2018)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, disponível em, <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751543/habeas-corpus-hc-68929-sp> (Acesso em 25/01/2018)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; 2008, disponível em, <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo530.htm#Recebiment>

o%20de%20Den%C3%BAncia%20e%20Afastamento%20de%20Magistrados
(Acessado em 03/04/2018)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; 2012, disponível em,
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328> (Acesso em 02/05/2018)

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, **Curso de Direito Processual Penal**:– 11^a. ed.ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016