

A ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: UM RETORNO AO PASSADO PARA SE PENSAR O FUTURO

The origin, development and consolidation of the right to non self-incrimination: a return to the past to think about the future

Marcelo Santiago de Moraes Afonso
Advogado

Mestre em Direito pelas Universidades de Lisboa, Université de Rouen e
Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover.

RESUMO. O trabalho, por meio de um procedimento racional que transita do geral para o particular, trata de uma exposição histórica do *nemo tenetur*, com a finalidade de demonstrar seu desenvolvimento até os dias atuais, tanto nos ordenamentos jurídicos que proporcionaram sua origem, quanto no ordenamento brasileiro e o da comunidade europeia. Ressalta-se a importância de se assegurar as conquistas realizadas ao longo da história, no entanto, demonstra-se, diante da moderna tendência de relativização do *nemo tenetur se detegere* pelo ordenamento norte americano e no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a possibilidade de sua relativização, em determinados casos, com a estrita observância legal e com existência da devida densidade normativa necessária, sob pena de tornar a persecução criminal fadada ao fracasso absoluto.

PALAVRAS-CHAVE: AUTOINCRIMINAÇÃO; NEMO TENETUR SE DETEGERE; PROCESSO PENAL; HISTÓRIA; DIREITOS HUMANOS.

ABSTRACT. The work, analyzed through a method that moves from the general to the particular, is a historical exposition of the right to not self-incrimination, in order to demonstrate its development to the present day, both in the legal systems that have provided their origin, as in the Brazilian legal system and the European community. It emphasizes the importance of ensuring the achievements made throughout history, however, it shows up on

the modern tendency to relativize the *nemo tenetur se detegere* by the United States and in the European Court of Human Rights, the need to respect its safeguards, but also the possibility of relativization in some cases, with the strict legal and required observance and the need of existence of previous proper rules, failing to make the criminal prosecution, in certain cases, doomed to utter failure.

KEYWORDS: SELF-INCRIMINATION; NEMO TENETUR SE DETEGERE; CRIMINAL PROCEEDING; HISTORY; HUMAN RIGHTS.

1. INTRODUÇÃO

Há uma série de capítulos, na história da criação de um direito efetivo à não autoincriminação, nos quais, apesar de partes identificáveis entre si, constam também grandes diferenças, de forma que não houve um constante desenvolvimento, por meio de uma única raiz histórica, para a consagração desta garantia.

Como se perceberá, apesar de não haver uma exata correspondência com o *nemo tenetur*, há um certo entendimento acerca da impossibilidade de auto incriminar-se em determinada civilização antiga, a qual poderia ser considerada o berço da criação e desenvolvimento desse direito. No entanto, questões políticas e a sede punitivista própria da antiguidade sufocaram o desenvolvimento do direito à não autoincriminação nessa raiz histórica, que não deixou de oferecer a sua contribuição.

A correta compreensão da história do direito à não autoincriminação nos permite perceber, de forma mais clara, a sua grande valia e a necessidade de sua observância. Existe uma íntima relação entre a ambição da verdade real, que impunha ao acusado o dever de incriminar-se, e os abusos típicos de um procedimento inquisitorial. A ideia de que a verdade deve ser implacavelmente perseguida pelo juiz dominou grande parte do pensamento dos operadores do direito e, até mesmo, tornou-se a regra e o objetivo do processo penal em um passado marcado pelo sangue.

O Brasil, por vezes, é criticado na comunidade internacional em razão do reconhecimento quase absoluto do *nemo tenetur se detegere*, em especial pela comunidade europeia, na qual o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos¹ (TEDH) tem relativizado o exercício desse direito.

1- No âmbito Europeu, as alegações de violação de garantias individuais serão levadas ao Tribunal Europeu dos Direitos dos Humanos, que reconhece de forma implícita o próprio direito à não autoincriminação na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.

A tensão se dá em que, de um lado, o Estado deve proteger o cidadão, garantindo um processo justo, equitativo, que sirva como verdadeiro instrumento de garantia dos direitos de todo aquele que é acusado da prática de um delito. Que sirva como um escudo protetor oponível aos excessos do Estado em sua busca pela verdade. Do outro, não pode haver uma proteção absoluta, ao ponto que impeça a persecução penal estatal.

O estudo histórico do princípio e do direito à não autoincriminação nos conduz ao reconhecimento de sua relevância, à necessidade de observância de suas proteções, mas também à possibilidade de sua relativização, em determinados casos, com a estrita observância legal e com existência da devida densidade normativa necessária, para que não se condene ao fracasso absoluto a persecução criminal estatal e o interesse coletivo na execução da justiça.

2. O DIREITO HEBREU

O direito à não autoincriminação possui caracteres identificáveis na antiguidade, em especial no direito hebreu, apesar de não se desdobrar em todos os contornos de uma efetiva proteção e de não ter se desenvolvido através dessa raiz histórica.

Não existe, nas fontes do antigo direito judaico, qualquer discussão acerca do direito à não autoincriminação, mas, em vários pontos dos comentários talmúdicos e pós-talmúdicos, encontram-se referências ao *nemo tenetur*².

Talmude (transliteração do hebraico תּוֹמַלְוֹת), significa aprender, ou ensinar, instruir, e é mais utilizado para expressar todo o ensino tradicional, particularmente o ensino derivado da interpretação do compêndio escrito da lei oral judaica, baseada nos cinco livros atribuídos a Moisés (o Pentateuco – composto pelos cinco primeiros livros da bíblia), cujo desenvolvimento vai da era pré-cristã até o sexto século depois de Cristo³. Trata-se, logo, de uma compilação escrita da tradição oral dos ensinamentos rabínicos acerca da lei judaica, no qual também se encontram os procedimentos criminais.

O processo criminal talmúdico refletia uma preocupação relativa à vida e à liberdade, no qual era proibido o emprego de qualquer tipo de tormento sobre o acusado⁴.

2 - LEVY, Leonard W. **Origins of the Fifth Amendment: the right against self-incrimination**. Chicago: Ivan R. Dee, 1999. Reimpressão da 1ª edição de 1968. p. 433.

3 - STEMBERGER, Günter. **Introduction to the Talmud and Midrash**. Trad. Markus Bockmuehl. 2. ed. Glasgow: Bell & Bain Ltd, 1996. pp. 164-165.

4 - THOT, Ladislao. **Historia de las antiguas instituciones de derecho penal**. Buenos Aires: L. J. Rosso, 1927. p. 249.

Outras regras importantes dizem respeito ao tema e demonstram a preocupação, ao menos teórica, por um processo justo. Para a condenação criminal, uma regra de duas testemunhas era requerida⁵, outrossim, os rabinos que serviam como juízes seguiam regras estritas acerca da prevalência de provas, de forma que não se aceitavam provas de “ouvir dizer” (*hearsay evidences*) ou provas circunstanciais⁶.

Dessa regra de duas testemunhas, apesar de não haver qualquer afirmação direta acerca da autoincriminação, os rabinos que serviam como juízes inferiram que a confissão de um criminoso não serviria sequer como o depoimento de uma testemunha dentre as duas requeridas, sendo necessário, ao menos, o depoimento de duas outras pessoas, mesmo havendo uma confissão. Ademais, os rabinos interpretaram que parentes do acusado não poderiam servir como testemunha e todo homem é considerado um parente de si mesmo, por consequência, um homem não poderia depor contra si mesmo⁷.

Assim, o Talmude proibia que o acusado de um crime pudesse depor contra si mesmo, sendo encontrada a máxima *ein adam meissim atsmo rasha*, que literalmente significa “um homem não pode apresentar a si mesmo como culpado, ou como um transgressor”, o equivalente hebreu para *nemo tenetur seipsum tenetur*. Essa regra, de acordo com Leonard Levy, era absoluta e não poderia ser renunciada ou afastada, nem mesmo voluntariamente. O corpo e a vida pertenciam a Deus e, nos crimes cuja pena cominada fosse a capital ou castigo corpóreo, confessar um crime equivaleria a dispor de sua própria vida ou a imposição voluntária de danos ao próprio corpo e, como dito, a pessoa não possuía tais direitos sobre o corpo ou a vida, mas apenas Deus⁸.

A admissão de culpa, no entanto, permitia a sanção civil. Se um homem reconhecesse, na corte, que ele possuía um débito, ou reconhecesse ter atuado de alguma forma que o submetesse à responsabilidade civil, seu testemunho valeria como a evidência de cem testemunhas⁹. No pensamento hebraico, entendia-se que os seres humanos possuíam autoridade legal sobre as suas posses físicas, incluindo a autonomia de doar suas posses a outros e, por conseguinte, a possibilidade de admitir e se obrigar ao pagamento de um débito, ou obrigação civil¹⁰.

5 - Essa regra deriva da interpretação de Deuteronômio 17:6 e 19:15, onde se lê, na tradução para o português, respectivamente: “Por boca de duas testemunhas, ou três testemunhas, será morto o que houver de morrer; por boca de uma só testemunha não morrerá”; “Uma só testemunha contra alguém não se levantará por qualquer iniquidade, ou por qualquer pecado, seja qual for o pecado que cometeu; pela boca de duas testemunhas, ou pela boca de três testemunhas, se estabelecerá o fato”.

6 - LEVY, Leonard W. Op. cit., pp. 433-438.

7 - Ibidem.

8 - Ibidem.

9 - Ibidem.

10 - LEVINE, Samuel J. **An introduction to self-incrimination in jewish law, with application to the American legal system**: a psychological and philosophical analysis. In Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, n. 28, 2006. p. 268.

As regras das duas testemunhas, e a conseqüente proibição do acusado depor contra si mesmo, no entanto, apesar de suas contribuições para o processo penal, por meio dos ensinamentos talmúdicos, não foram observadas plenamente no direito hebreu. Em várias passagens bíblicas, encontram-se condenações com base na confissão unicamente do acusado. Por exemplo, o relato de Josué 7, no qual Aã confessa um furto e, depois, é levado, com todos os seus pertences e família para o Vale de Ancor e são apedrejados até a morte. No julgamento de Jesus, outrossim, foi decidida a sua morte unicamente com base nas suas próprias palavras: “então o sumo sacerdote rasgou as suas vestes, dizendo: Blasfemou; para que precisamos ainda de testemunhas? Eis que bem ouvistes agora a sua blasfêmia¹¹”.

3. CIVILIZAÇÕES CLÁSSICAS

No modelo processual das civilizações clássicas, o acusado era obrigado a colaborar, muitas vezes mediante uma confissão forçada e não havia lugar para o direito ao silêncio, tampouco para o direito à não autoincriminação.

Na Grécia, fazia-se o uso sistemático da tortura nos procedimentos criminais. Aplicavam, em primeiro lugar, nos procedimentos contra os escravos, mas, também, em casos de crimes cometidos nos quais as únicas testemunhas eram familiares do acusado. Ainda, aplicavam a tortura em todos os processos que tinham relação com dinheiro, se não fosse possível outros meios de prova¹².

O direito romano, por sua vez, recebeu dos gregos a instituição da tortura, porém de uma forma mais restrita, sendo aplicada apenas aos escravos. Mais tarde, na época do Império, nos crimes de lesa-majestade, passou a ser aplicada a tortura também a pessoas de estado livre¹³.

Assim, a aplicação da tortura era legal e as regras para sua aplicação estavam dispostas nas *Digestas* e no *Código*. Segundo tais regras, a tortura deveria ser empregada para esclarecer os delitos. Seu princípio fundamental era que só deveria recorrer-se à tortura dos escravos quando recaíam sobre estes fundadas suspeitas e se houvessem esgotados todos os demais recursos além da confissão¹⁴.

11 - Os relatos estão em Marcos 14:53-65, Mateus 26:57-68, Lucas 22:63-71 e João 18:12-24.

12 - THOT, Ladislao. Op. cit., p. 249.

13 - Idem. p. 250.

14 - Idem. p. 251.

Pelo exposto, é certo que o *nemo tenetur*¹⁵ era desconhecido pelo direito das civilizações grega e romana.

4. O DIREITO BÁRBARO

Na idade média, deu-se continuidade à imposição de um dever de verdade no processo criminal. A verdade, contudo, não raras vezes era pré-concebida, e, contra o acusado, até então considerado objeto da prova, os mais diversos meios de tortura eram utilizados para se extrair uma confissão que correspondesse à tal “verdade”.

Para os bárbaros, invasores do Império Romano, que empregavam as ordálias, não havia lugar para o *nemo tenetur*. O interrogatório era meio de prova¹⁶.

Ordália (ou ordálio) era um tipo de prova no qual se submetia o acusado, por vezes o acusador, ou até mesmo terceiros ou animais, a um teste cujo resultado era atribuído a um ente superior, um deus, para ajudar o juiz a fazer justiça. De acordo com o resultado da prova, que era tido como expressão da vontade do ente sobrenatural e superior, o juiz decidia o conflito. Um exemplo é a prova do ferro em brasa, que era necessário segurar na mão sem se queimar, caso isso ocorresse, o acusado seria considerado inocente¹⁷.

Essas provas fundavam-se na presunção de que Deus protegia a inocência e tornaram-se a regra geral das provas no processo, traduzindo-se em verdadeiras regras de decisão, sendo o juiz obrigado a observá-las quando proferisse a sentença¹⁸.

5. DA IDADE MÉDIA AO SÉCULO XVII

A máxima latina comumente utilizada para afirmar o princípio que determina o moderno direito à não autoincriminação – *nemo tenetur prodere seipsum* – possui sua origem no *ius commune* europeu. A lei canônica medieval, que consiste na parte eclesiástica do *ius commune*, continha a afirmação de

15 - O princípio contra a autoincriminação é expresso por meio de várias máximas latinas, tais como, *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a descobrir-se), *nemo tenetur se ipsum accusare*, *nemo tenetur se ipsum prodere* (nenhuma pessoa pode ser obrigada a trair-se a si mesma em público). No trabalho, adotamos a nomenclatura genérica *nemo tenetur* como referência ao princípio.

16 - QUELJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 30.

17 - GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 6. ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 715.

18 - MITTERMAYER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 3. ed. Trad. Alberdo Antonio Soares. Anotado por Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917. pp. 35, nota (S) - 36.

que “ninguém será obrigado a acusar a si mesmo”^{19 20}.

Helmholz aponta que a máxima que vedava a autoincriminação era encontrada e explicada no mais popular manual processual do *ius commune* medieval, o *Speculum iudiciale*, compilado por William Durantis em 1296, normalmente expressada na forma *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, estabelecendo o princípio de que ninguém é obrigado a testemunhar contra si mesmo, porque ninguém está obrigado a revelar sua própria vergonha²¹.

Martinez-Torron também aponta que o antecedente remoto do direito à não autoincriminação se encontra no *ius comune* medieval, especialmente na obra dos canonistas²².

A ideia central, na época, era a de que o homem somente é obrigado a revelar suas faltas a Deus, mas não pode ser forçado a responder uma pergunta específica sobre seu comportamento da vida privada, se sofrer o risco de cometer infâmia ou ser submetido à persecução penal. O texto utilizado para justificar esse entendimento era um comentário de São João Crisóstomo à carta de Paulo aos Hebreus, que foi inserido no Decreto de Graciano²³, que declarava: “eu não te digo que devas trair a si mesmo em público nem acusar a si mesmo diante dos outros, mas que obedeças ao profeta quando ele disse ‘revele os seus caminhos ao Senhor’”²⁴.

O que se nota é que tal entendimento não assegurava o direito ao silêncio como uma garantia contra a autoincriminação, mas, antes, uma limitação à intromissão estatal na esfera privada do indivíduo. Ademais, em razão do juramento *de veritate dicenda*, como adiante será demonstrado, o direito ao silêncio não se efetivou na prática dos tribunais eclesiásticos da igreja medieval.

A verdade é que poucos pesquisadores têm atribuído a origem do moderno direito à não autoincriminação ao *ius commune* Europeu. A tese mais aceita quanto à origem do direito de ficar em silêncio (o qual desenvolveu-se como decorrência do direito à não autoincriminação) em procedimentos criminais até mesmo defende sua criação como uma rejeição do *common law* Anglo-Americano à prática dos tribunais eclesiásticos, que, apesar do *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, impunham aos acusados um juramento

19 - HELMHOLZ, R. H. *et al.* **The privilege against self-incrimination: its origins and development.** Chicago: The University of Chicago Press, 1997. p. 17.

20 - Helmholz (Op. cit., p. 209, nota 1) explica que o termo *ius commune* se refere à combinação da lei romana e canônica que dominou a educação jurídica europeia antes da Era Moderna. Em larga medida, o *ius commune* determinou as regras da prática nas cortes da igreja inglesa antes e depois da Reforma Protestante do Séc. XVI.

21 - HELMHOLZ, R. H. *et al.* Op. cit., p. 26.

22 - MARTINEZ-TORRON, Javier. **Derecho anglo-americano y derecho canónico: las raíces canónicas de la common law.** Madrid: Editorial Civitas, 1991. p. 177.

23 - Monge que compilou o direito canônico no século XII.

24 - HELMHOLZ, R. H. *et al.* Op. cit., p. 26.

que requereria a estes que se auto incriminassem²⁵.

Wigmore adverte que há duas linhas distintas e paralelas de desenvolvimento do *nemo tenetur* que devem ser consideradas. Uma até advém de outra, sucedendo-a, apesar de se iniciar antes da primeira encerrar-se. A primeira é a oposição ao juramento de ofício das cortes eclesiásticas, que adiante será demonstrado e se inicia no século XIII; a segunda é a história da oposição às questões incriminadoras das cortes de *common law*, ou seja, o direito à não autoincriminação já em sua forma moderna²⁶, que será explanado no subcapítulo seguinte, já no localizado no final do século XVII e início do século XVIII. É importante ter em mente que a máxima *nemo tenetur*, utilizada no período sob análise, por conseguinte, não se confunde por completo com o *privilege against self-incrimination*, desenvolvido posteriormente²⁷.

É também de se notar que Leonard Levy não traça a origem do direito à não autoincriminação até a *Magna Charta* (1215), mas atribui ao documento relevo quanto ao estímulo de invocação do direito como parte da garantia de que nenhum homem pode ser condenado exceto pela lei (*the law of the land*), bem como o estabelecimento de *standards* que evidenciavam os desvios dos procedimentos das cortes eclesiásticas²⁸. Charles M. Gray defende que, até mesmo mais adiante, no início do século XVII, não era plausível arguir-se a violação da *Magna Charta* nas cortes eclesiásticas, apesar de ter acontecido²⁹.

O juramento de ofício (*ex officio oath*), ou o juramento *de veritate dicenda*, era utilizado em todas as cortes da igreja inglesa. O acusado, sem saber as acusações que pesavam sobre si, ou seus acusadores, ou sequer as provas existentes, deveria imediatamente prestar o juramento *de veritate dicenda* ou ser tido como culpado, contudo, ao realizar o juramento, se exporia à incerteza da punição por perjúrio ou ao dever de admissão das acusações. Era, portanto, um juramento auto incriminador³⁰.

O juramento, introduzido pelo Papa Inocêncio III e endossado no IV Concílio de Latrão³¹, foi utilizado, em especial vários anos depois, nas ramificações da *Court of High Commission*, um tribunal criado na monarquia dos Tudor ao qual foi dada uma competência mais alargada para suprimir

25 - Idem. p. 18.

26 - WIGMORE, John H. **The privilege against self-incrimination: its history.** In Harvard Law Review, vol. 15, Abril 1902, n. 8. Cambridge: The Harvard Law Review Association, 1902. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1322647>>, acessado em 15/07/2015.

27 - John H. Langbein, in HELMHOLZ, R. H. *et al.* Op. cit., p. 107, salienta essa informação demonstrando que Wigmore cometeu um erro ao identificar as origens do *privilege against self-incrimination* no século XVII, e não na metade do século XVIII, por confundir a máxima *nemo tenetur* com o primeiro princípio.

28 - LEVY, Leonard W. Op. cit., p. 46.

29 - HELMHOLZ, R. H. *et al.* Op. cit., pp. 72-74.

30 - LEVY, Leonard W. Op. cit., pp. 23-24.

31 - Convocado no ano de 1213 e ocorrido no ano de 1215.

dissenções entre as cortes de dioceses ordinárias³². Dizia-se que o juramento era uma forma de tortura, até mesmo mais cruel que a tortura física, pois atormentava a alma do homem ao tentá-lo a salvar-se a si mesmo da punição terrena, mas cometendo perjúrio e, conseqüentemente, condenar-se eternamente por desonrar a Deus³³.

Na Inglaterra, o juramento *de veritate dicenda* foi incorporado em 1236, pelo Papa Gregório IX, por meio de seu representante, o Cardeal Otho. Este, imediatamente após sua chegada, convocou uma reunião com todos os bispos da Inglaterra e emitiu decretos ou “constituições” sobre vários assuntos eclesiásticos, dentre os quais constava o procedimento a ser seguido pelas cortes eclesiásticas inglesas, tendo em conta que os bispos ingleses não estavam totalmente familiarizados com as reformas procedimentais realizadas por Inocêncio III, no IV Concílio de Latrão. Um desses decretos determinava o uso do juramento *ex officio*³⁴.

O primeiro registro do uso do juramento *ex officio* deu-se dez anos depois, em 1246, antes mesmo da criação da *Court of High Comission*, que só viria a existir no Século XVI.

Na ocasião, o bispo de Lincoln, Robert Grosseteste, conduziu uma investigação sobre conduta sexual inapropriada e imoralidade em geral na sua diocese. Para descobrir os que eram os culpados de qualquer dos sete pecados capitais, o bispo submeteu todos ao juramento *de veritate dicenda*. A recusa ao juramento implicava a admissão de culpa. O fato levou os *sheriffs* de Lincoln a fazerem várias reclamações ao Rei Henrique III, da Inglaterra, e este emitiu mandados ordenando que os *sheriffs* não permitissem que nenhum sujeito que estivesse sob as suas jurisdições comparecesse diante do bispo, ou seus oficiais, para responder a perguntas colocando-se sob o juramento. O Rei descreveu o juramento como ofensivo à sua coroa porque era repugnante aos antigos costumes do seu reino, às liberdades das pessoas e danoso às suas reputações³⁵. Tem-se, de forma embrionária, o combate ao dever de autoincriminação imposto pelo juramento. As proibições do Rei, contudo, não foram observadas e o juramento continuou a ser utilizado ao longo dos anos.

Iniciou-se, posteriormente, uma disputa acerca das jurisdições das cortes eclesiásticas e das cortes do *common law* que trouxeram, como pano de fundo, o debate acerca da legalidade do juramento, que opôs os advogados ingleses do sistema comum, que eram contrários ao juramento, aos oficiais das cortes eclesiásticas, que defendiam o juramento³⁶.

32 - HELMHOLZ, R. H. *et al.* Op. cit., p. 18.

33 - LEVY, Leonard W. Op. cit., p. 24.

34 - Idem. pp.46-47.

35 - Idem. pp. 47-48.

36 - HELMHOLZ, R. H. *et al.* Op. cit., p. 18.

Como fruto do debate, os defensores do juramento delinearão as exclusões à autoincriminação forçada. Assim, asseveraram que o princípio *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* apenas se aplicaria aos casos em que o crime fosse completamente desconhecido, mas, uma vez que a prática criminosa viesse a conhecimento público, não haveria espaço para o princípio: alguém não poderia verdadeiramente revelar a própria vergonha uma vez que o fato vergonhoso já havia sido revelado. Seguindo esse entendimento, que foi aceito no direito criminal da igreja, tornando-se uma regra de *ius commune*, os acusados não possuíam a faculdade de recusa de se declarar culpado ou inocente ou de ignorar perguntas sobre seus crimes supostamente conhecidos³⁷.

Ao delinear as exclusões, apesar de reconhecer um direito de não prestar o juramento em determinadas situações, tal recusa não era tida como um direito subjetivo fundamental, mas uma proteção contra a intromissão indevida, pelos oficiais público, nas vidas privadas das pessoas³⁸.

A verdade é que, até então, os conflitos envolvendo o direito de não se autoincriminar não foram tão intensos, pois tal direito comportava diversas exceções e, na maioria dos casos, não era observado. Outro motivo, em especial, foi porque os defensores da legalidade do juramento *ex officio* sustentavam que os procedimentos das cortes eclesiásticas possuíam um caráter correcional, “medicinal”, e não punitivo. Se não era a mera punição, mas a recuperação do acusado, o princípio que vedava a autoincriminação não tinha espaço para operar e excluir os questionamentos autoincriminadores³⁹.

Mais adiante na história, com os crescentes processo das inquisições da igreja, especialmente no final século XV e início do século XVI, motivada pela intensa, crescente e violenta perseguição religiosa contra os “hereges” e contra os precursores do movimento da Reforma Protestante, as recusas ao juramento fundadas no princípio *nemo tenteur* tornaram-se mais frequentes⁴⁰.

Aqui, cabe ressaltar o primeiro caso registrado de alguém que, acusado pela Inquisição de heresia, se recusou a prestar o juramento sob o argumento de que seria ilegal forçar um homem a acusar-se a si mesmo. Trata-se de John Lambert, em 1532. Deve ser lembrado, todavia, que Lambert se referiu que ele não deveria ser obrigado a revelar apenas os crimes que, ou não eram conhecidos, ou não eram provados. Ele acreditava que a pessoa deveria responder sob juramento se fosse antes propriamente acusado por meio do devido processo⁴¹.

Com o avanço da Reforma Protestante, a oposição contra a jurisdição da Igreja ganhou força. No mesmo período, uma segunda razão do aumento

37 - Idem. p. 28.

38 - Idem. p. 29.

39 - Idem. p. 30.

40 - QUEIJO, Elizabeth. Op. cit., p. 38.

41 - LEVY, Leonard W. Op. cit., p. 62.

da oposição específica ao juramento *de veritate dicenda* empoderou-se com a instituição da *Court of High Comission*, na qual era aplicado o procedimento canônico com a imposição do juramento⁴². Aqueles que se recusavam a prestar o juramento eram entregues à temida *Court of Star Chamber*. Ali, foram forçados a responder a todas as questões colocadas, sendo obrigados a escolher entre cometer perjúrio ou fornecer os motivos de sua própria condenação.

Essa corte atuava em diversos campos nas dioceses inglesas e seu propósito expresso era suprimir as manifestações de divergências religiosas, mas, diferente das cortes eclesiásticas tradicionais, foi atribuído poder à *Court of High Comission* para infligir punição temporal, física e financeira, e não apenas religiosa, e, de fato, tal poder foi exercido com regularidade, tornando-se, a corte, em um verdadeiro instrumento de repressão contra aqueles que não reconheciam a autoridade da Igreja da Inglaterra. Dessarte, por atuar no campo da punição, e não na busca pela recuperação moral e espiritual do acusado, houve maior espaço para objeções com base no *ius commune*, do que antes, quando dos procedimentos justificados na esfera espiritual. E isto aconteceu, fomentando a oposição das cortes de *common law*⁴³.

Leonard Levy assevera que, mesmo que nunca houvesse existido o juramento *ex officio*, o conflito entre as cortes de *common law* e a *Court of High Comission*, no século XVI, era inevitável. O alvo das cortes de *common law* era deter jurisdição em todas as esferas de competência, no entanto, sofrer concorrência com uma nova corte, que se sobrepunha em grande parte às cortes de *common law*, era intolerável⁴⁴.

As pessoas passaram então a adotar a técnica, fomentando a disputa entre as cortes, socorrendo-se das cortes de *common law* para obterem *writs* de proibição e *habeas corpus*, para se recusarem a prestar o juramento *ex officio*. Tratava-se de instrumentos jurídicos para interferir nos julgamentos das cortes eclesiásticas. O *habeas corpus* servia para asseverar que a comissão não detinha poder algum para decretar prisões, já os *writs* de proibições tratavam-se o acusado poderia ser submetido a julgamento por determinada corte⁴⁵.

Pelo que se vê, nesse período, até então não houve uma consolidação, nem a declaração direta da garantia do direito à não autoincriminação, mas é possível notar o início de seu desenvolvimento, não sendo possível, no entanto, precisar com exatidão o surgimento do direito. A disputa entre as cortes de *common law* e as cortes eclesiásticas trouxeram, de fato, como pano de fundo, um debate acerca do direito de não ser obrigado a confessar, expresso, como já demonstrado, mediante as máximas latinas que hoje conhecemos.

42 - HELMHOLZ, R. H. *et al.* Op. cit., pp. 40-43.

43 - *Ibidem*.

44 - LEVY, Leonard W. Op. cit., p. 218.

45 - HELMHOLZ, R. H. *et al.* Op. cit., p. 50.

O modelo inquisitorial e a vedação da assistência de advogados, inclusive nas cortes de *common law*, que imperavam na época, não permitiram, mesmo após a extinção das cortes eclesiásticas, a existência de um direito à não autoincriminação.

A transição do modelo inquisitorial para o modelo acusatório do processo penal é que trará o efetivo desenvolvimento do *privilege against self-incrimination*.

6. A PARTIR DO SÉCULO XVII ATÉ A EFETIVA CONSAGRAÇÃO DO DIREITO

Apesar de ser impossível precisar com exatidão o surgimento efetivo do direito à não autoincriminação⁴⁶, é sabido que o *nemo tenetur*, como já demonstrado, se origina na tradição jurídica anglo-saxônica, tendo se desenvolvido no processo de transição do modelo inquisitório para o modelo acusatório do processo penal⁴⁷.

O direito ao silêncio e o princípio contra a autoincriminação adquiriram a sua forma moderna na Inglaterra. Após a *Magna Charta*, se iniciou um longo processo de reformas visando à instauração de um sistema processual acusatório, de forma que a liberdade de declaração foi sendo gradualmente reconhecida até se converter em um princípio de *common law*⁴⁸.

Apesar do entendimento de alguns autores no sentido de que o princípio já estava estabelecido no séc. XVII⁴⁹, tem-se por mais seguro que ele ainda não passava de figura argumentativa. Vânia Costa Ramos admite que, no fim do Séc. XVII, o princípio já estava estabelecido em abstrato e era defendido, porém utilizado, como dito, apenas como figura argumentativa, vez que o acusado era obrigado a testemunhar e deveria, no início das audiências, declarar-se culpado ou inocente, sendo que o seu silêncio traduzia-se, na prática, em uma declaração de culpa, visto que os jurados decidiam conforme a sua convicção pessoal e não segundo regras probatórias⁵⁰.

46 - Maria Elizabeth Queijo (op. cit. pp. 26-35) afirma que “há quem considere que o princípio *nemo tenetur se detegere* se insere entre as regras gerais de direito, sendo impossível identificar suas raízes”. Aponta a autora que na antiguidade havia o dever de juramento no interrogatório, a presunção de culpa oriunda do silêncio do acusado e o emprego de tortura para obtenção da confissão. Da mesma forma, nas civilizações clássicas e na Idade Média, havia o emprego de tortura para obtenção da confissão, além disso, na Idade Média, o interrogatório era meio de prova, não se justificando o direito ao silêncio.

47 - DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. **O direito à não auto-inculpação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) no processo penal e contra-ordenacional português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 9.

48 - RAMOS, Vânia Costa. **Corpus Juris 2000 - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e o *nemo tenetur se ipsum accusare***. In Revista do Ministério Público, ano 27, Out-Dez 2006, n. 108. Lisboa: Sindicato dos magistrados do Ministério Público, 2006. p. 136.

49 - Nesse sentido WIGMORE, John H. op. cit.

50 - RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., p. 137.

John H. Langbein, por seu turno, também ressalta que apesar das disputas constitucionais que resultaram na abolição da *Court of Star Chamber* e da *Court of High Comission*, e, por consequência, do juramento *ex officio*, a verdadeira origem da garantia do *nemo tenteur* no *common law* encontra-se no séc. XVIII, como resultado do trabalho dos advogados de defesa⁵¹.

No entanto, ainda no séc. XVII, precisamente em 1637, temos o registro da prisão, por oficiais da *Court of High Comission*, de um jovem puritano chamado John Lilburne⁵², apontado por Leonard Levy como a pessoa mais memorável conectada com a história das origens do direito à não autoincriminação. O caso de Lilburne foi de grande influência para o reconhecimento de um direito efetivo de não ser o, o indivíduo, seu próprio acusador⁵³.

Lilburne foi preso sob a acusação de imprimir ou importar livros heréticos e sediciosos. Em seu julgamento, enquanto interrogado pelo *Attorney-General*, ele negou as acusações e admitiu apenas que esteve na Holanda, viu certos livros e certos homens lá. Ele foi questionado sobre outros assuntos (incriminadores) e então demandou saber o motivo das perguntas, pois não eram relevantes para a causa de sua prisão. Até então, Lilburne reivindicou seu direito de permanecer em silêncio apenas em questões incriminadoras que não fossem, em sua opinião, relacionadas à acusação. Após preso por duas semanas, foi encaminhado para a *Court of Star Chamber*⁵⁴. O que se tem é que, até então, o direito à não autoincriminação havia se desenvolvido no direito de não ser interrogado sob juramento na ausência de uma suspeita fundada e de questões relacionadas à acusação⁵⁵.

Lilburne recusou-se a prestar o juramento *ex officio*, então o conselho o condenou a ser chicoteado por recusar-se a prestar um juramento legal, mas não em razão das acusações até então imputadas. Em 1638, a sentença foi executada⁵⁶.

Em 1640, Lilburne apresentou uma petição ao Parlamento e, em 1641, foi votado que a sentença era ilegal, contra a liberdade do sujeito e ordenou sua reparação. Mas a petição não foi adiante e ele a apresentou mais uma vez. Assim, em 1645, a *House of Lords* ouviu sua petição, representada por um advogado, arguindo que Lilburne se recusou a responder sob juramento pois tal seria contra as leis de Deus, da natureza e do reino, pois nenhum homem pode ser seu próprio acusador. Os representantes da *House of Lords*,

51 - HELMHOLZ, R. H. *et al.* Op. cit., p. 82.

52 - Também citado por WIGMORE (op. cit., pp. 624-627; 633) e Hemlholz (op. cit., pp. 85-86).

53 - LEVY, Leonard W. Op. cit., pp. 266-300.

54 - Ibidem.

55 - HELMHOLZ, R. H. *et al.* Op. cit., p. 186.

56 - WIGMORE, John H. Op. cit., p. 625. LEVY, Leonard W. Op. cit., pp. 266-300.

então, decidiram que a sentença era nula, ilegal e injusta, contra a liberdade do sujeito, das leis da terra e contra a *Magna Charta*⁵⁷.

Apesar do fim do juramento *ex officio* e das cortes *High Comission* e *Star Chamber*, até o séc. XVIII, o acusado ainda era considerado um meio de prova, especialmente porque não tinha direito à assistência de um advogado. Defender-se significava responder, pessoalmente, a todos os termos da acusação; silenciar significava praticamente auto acusar-se⁵⁸.

A proibição de advogado de defesa passou por um processo de mitigação que se iniciou em 1696 e foi até 1837. Inicialmente, permitiu-se a defesa por meio de um advogado nos crimes de traição, por meio do *Treason Act* de 1696⁵⁹.

Ou seja, apenas no século XIX, por meio do *Act of enabling persons indicted of Felony to make their defence by Cunsel or Attorney*, em 1836, o direito à defesa por intermédio de advogado foi estendido a outros crimes e passou a ser garantido por lei, prevalecendo um verdadeiro direito ao silêncio do acusado porque outro falaria em seu nome. Adiante, em 1848, o *Act to facilitate the Performance of the Duties of Justices of the Peace out of Sessions within England and Wales with respect to Persos charged with Indictable Offences*, criou a obrigação aos juízes de informar aos acusados o direito de permanecerem em silêncio⁶⁰.

Inobstante, o direito à não autoincriminação desenvolveu-se mais rapidamente nos Estados Unidos, tornando-se direito constitucional, incorporado pela 5ª emenda em 1791⁶¹.

As fontes do período colonial americano são escassas, mas é possível afirmar que o procedimento criminal adotado na Inglaterra era aplicado nas colônias britânicas. Até o início do séc. XVIII, o modelo processual penal das colônias, portanto, era o *accused speaks*, no qual não havia o direito a um defensor e o próprio acusado era obrigado a falar, sendo o sistema incompatível com o *nemo tenetur*⁶².

A permissão para atuação de advogados de defesa nos Estados Unidos também teve influência direta para o desenvolvimento do *nemo tenetur* naquele país. Em 1735, Virgínia permitiu a atuação dos defensores⁶³.

Em 1776, a Declaração de Direitos de Virgínia, que serviu de modelo para constituições dos estados, reconheceu que nenhum homem pode ser compelido a dar evidências contra si mesmo, tratando-se da primeira

57 - WIGMORE, John H. Op. cit., p. 625.

58 - QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 40.

59 - HELMHOLZ, R. H. *et al.* Op. cit., p. 83.

60 - RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., p. 138.

61 - Ibidem.

62 - HELMHOLZ, R. H. *et al.* Op. cit., p. 114.

63 - QUEIJO, Elizabeth. Op. cit., p. 43.

positivação do direito na América⁶⁴.

Em sequência, alguns outros estados consagram o *nemo tenetur*. Com a independência dos Estados Unidos, e o fracasso da governança sob o *articles of association*, uma assembleia ocorrida na *Philadelphia* formou a Constituição Americana, com o propósito de estabelecer as bases e alocações do governo federal. Faltou, no documento, entretanto, qualquer enumeração de direitos e liberdades.

O crescente medo do povo quanto à atuação do governo federal e a necessidade de se limitar o poder exercido levou a uma convenção em favor da enumeração de um conjunto de direitos e liberdades⁶⁵.

Como já mencionado, em 1791, o direito à não autoincriminação foi incorporado pela 5ª emenda, sob a redação: “*no man [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*”⁶⁶.

A 5ª emenda, entretanto, até o início do século XX, não era aplicada aos Estados-membros, apenas o governo federal em suas decisões possuía o dever de observância do *privilege against self-incrimination*, vez que “a Suprema Corte, em suas decisões sobre o sistema federal, não podia prescrever regras sobre provas para os Estados”⁶⁷.

O que se entendia era que as primeiras dez emendas à Constituição Norte- Americana, conhecidas como a *Bill of Rights*, eram vistas como limitações ao exercício do poder do governo federal. Os Estados-membros eram livres para adotar restrições similares, como matéria de lei estadual, mas não eram obrigados. Gradualmente, a Suprema Corte decidiu que todas as provisões da *Bill of Rights* deveriam também ser aplicadas pelos Estados. O privilégio contra a autoincriminação recebeu tal tratamento apenas em 1964, quando a Suprema Corte decidiu nesse sentido no caso *Malloy vs. Hogan*⁶⁸.

Em 1966, no caso *Miranda vs. Arizona*, a Suprema Corte americana definiu, como decorrência do *privilege against self-incrimination*, a exigência do dever de advertir o acusado ou suspeito sobre o seu direito de permanecer em silêncio, bem como à assistência de advogado.

Em apertada síntese, nesse julgado, o Sr. Ernesto Miranda foi preso em sua residência e levado à autoridade policial e, após ser interrogado por duas horas, confessou a prática dos delitos de estupro e sequestro. Ao final, ele assinou uma declaração na qual afirmava ter feito a confissão de forma livre e voluntária. Miranda não foi informado do seu direito de permanecer

64 - LEVY, Leonard W. Op. cit., p. 405-406.

65 - WEAVER, Russel L; LIVELY, Donald E. **Understanding The first amendment**. 4. ed. Danvers: Lexis Nexis, 2012. p. 6. No mesmo sentido, HELMHOLZ, R. H. *et al.* Op. cit., p. 136.

66 - RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., p. 138.

67 - QUEIJO, Elizabeth. Op. cit., p. 209.

68 - BERGER, Mark. Op. cit., p. 219, nota de rodapé 1.

em silêncio, do seu direito de ter um advogado, ou do fato de que qualquer de suas declarações durante o interrogatório poderiam ser usadas contra ele no tribunal. Ele opôs-se à introdução da cópia por escrito de sua confissão como prova no julgamento, afirmando que apenas por ignorância dos seus direitos fez a confissão involuntária⁶⁹.

A corte, por maioria, excluiu a confissão do processo, e delineou um conjunto de regras que determina o dever de informar ao suspeito, ou acusado, o direito de permanecer em silêncio, de que tudo o que disser poderá ser utilizado contra si e o direito à assistência de advogado. Tais advertências ficaram mundialmente conhecidas como “*Miranda warning*” (ou “aviso de Miranda”), e influenciaram outros ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, como será demonstrado.

7. O DESENVOLVIMENTO E A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

O sistema processual brasileiro, durante o período colonial, desenvolveu-se sob as Ordenações portuguesas (Ordenações Afonsinas – século XV, Ordenações Manuelinas – século XVI, Ordenações Filipinas – século XVII), que adotavam o sistema inquisitório, não havendo espaço para o *nemo tenetur*.

Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos demonstram, apesar disso, que, já em 1789, havia, na doutrina portuguesa, quem sustentasse a necessidade do reconhecimento jurídico do direito ao silêncio. Trata-se de Pascoal de Melo Freire, que “defendia que o réu apenas prestaria juramento caso se dispusesse a confessar voluntariamente”⁷⁰.

No Brasil, essa voz não ecoou. Apenas após a independência do Brasil, em 1822, com a consequente “Constituição Política do Império do Brasil”, de 25 de março de 1824, houve o início da mudança com a abolição expressa da tortura, no art. 179, XIX, *in verbis*: “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”⁷¹.

Com o Código de Processo Criminal de 1832⁷², inspirado nos princípios liberais, especialmente influenciado pela França e Inglaterra⁷³,

69 - Integra do acórdão em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/case.html>

70 - DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., pp. 10-11.

71 - BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>, acessado em 03/08/2015.

72 - Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm

73 - QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 125.

conferiu-se ao interrogatório o caráter de peça de defesa. Demonstra Haddad que o art. 94 reconhecia a liberdade de declaração do acusado, ao prescrever que “[a] confissão do réu em Juízo competente, sendo livre, coincidindo com as circunstâncias do facto, prova o delicto; mas, no caso de morte, só póde sujeita-lo á pena imediata, quando não haja outra prova”⁷⁴. Ou seja, a confissão, para ter valor, teria que ser feita livremente, sem a prática da tortura ou da imposição de juramento.

Em 1850, pela primeira vez, facultou-se à parte silenciar diante do risco de prestar depoimento incriminatório. O Regulamento 737⁷⁵, daquele ano, disciplinou o depoimento da parte, estabelecendo, no art. 208, §1º, que, para que a parte fosse obrigada a depor, seria essencial que os artigos fossem claros, precisos, não contraditórios, não criminosos, não difamatórios, e nem meramente negativos⁷⁶.

É certo que o dever de verdade, no entanto, ainda subsistia, em especial por consagrar-se o princípio da verdade real, ou absoluta, e o modelo inquisitorial do processo penal. A busca pela verdade real prevaleceu até o fim da ditadura militar, compreendida entre 1964 e 1985, período no qual os acusados foram sujeitos a vários métodos de tortura para que tal verdade lhes fosse extraída.

Nada obstante, com o Código de Processo Penal de 1941 (que é o de atual vigência, com várias modificações), já havia, então pela primeira vez, a consagração explícita do direito ao silêncio, no art. 186: “[a]ntes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”⁷⁷.

No entanto, de imediato, se observa uma forte limitação ao exercício do direito ao silêncio, corolário do *nemo tenetur*, vez que o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da defesa. Se vê que o caráter de peça de defesa que vinha se desenvolvendo como característica do interrogatório não era observado em sua plenitude.

O *status* constitucional do direito ao silêncio apenas foi assegurado em 1988, após a ditadura militar, dispondo, o art. 5º, LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”⁷⁸.

74 - HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. 2003. 352 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2003. p. 93.

75 - Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm

76 - HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Op. cit., 93.

77 - Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm

78 - Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Com o direito ao silêncio assegurado pela Constituição, demonstra Maria Elizabeth Queijo que o art. 186 do diploma processual restou revogado, haja vista o comando constitucional do dever de advertência de que o acusado detém o direito de permanecer calado. Assim, sendo direito, nenhuma consequência desfavorável ao acusado poderia advir⁷⁹.

Com o advento da lei 10.792/2003, procurou-se a adequação do código de processo penal à Constituição de 1988. O art. 186 passou a conter a seguinte redação:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

O art. 185, no mesmo esteio de adequação do diploma processual ao texto Constitucional, por meio da mencionada lei, estabeleceu a obrigatoriedade da presença de defensor no interrogatório judicial.

É de relevo mencionar, outrossim, que a lei 11.689/2008 passou a permitir a realização de julgamento do Tribunal do Júri sem a presença do acusado, o que constitui uma decorrência do *nemo tenetur*⁸⁰.

Ada Pellegrini Grinover, que já defendia, antes mesmo de 1988, que do silêncio do acusado não se poderia extrair qualquer ônus para a defesa no processo penal⁸¹, ressalta que, desde a vigência da Constituição de 1988, foi atribuída ao interrogatório a concepção de meio de defesa. Se o acusado não é mais obrigado a falar, nem mesmo por intermédio de pressões indiretas, tornou-se evidente que o interrogatório não seria mais considerado um meio de prova, mas podendo servir como meio de autodefesa⁸².

Se nota, por tudo, que a consagração do *nemo tenetur* apenas ocorreu em 1988, com a garantia constitucional do direito, apesar de não ter ocorrido em sua plenitude. Isso porque, mesmo depois de 1988, apesar da defesa doutrinária da revogação do art. 186, do Código de Processo Penal Brasileiro,

79 - QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 133.

80 - Idem, p. 141.

81 - Vide GRINOVER, Ada Pellegrini. **Interrogatório do réu e o direito ao silêncio**. In *Ciência Penal*, ano 3, vol. 1, pp. 15-31, jan./mar. 1976.

82 - GRINOVER, Ada Pellegrini. **O interrogatório como meio de defesa (Lei n. 10.792/03)**. In *Revista opinião jurídica*, ano II, n. 4, pp. 9-21. Fortaleza: Faculdade Christus, 2004. p. 10.

o silêncio do acusado continuou a ser interpretado, em diversas ocasiões, em seu desfavor. Apenas após a alteração do art. 186, em 2003, garantiu-se o efetivo exercício do direito.

Com o passar dos anos, na busca por um verdadeiro direito à não autoincriminação, a interpretação do *nemo tenetur* no direito processual brasileiro tem estendido seu alcance de forma bastante ampla, conferindo ao sujeito um direito quase absoluto, em contraste ao posicionamento de outros ordenamentos, tais como no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e nos Estados Unidos da América.

Há, entretanto, vozes no legislativo e na própria doutrina que buscam adotar os mesmos moldes dos ordenamentos estrangeiros.

8. O CONTRASTE COM ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS BREVES ANOTAÇÕES SOBRE OS CONTORNOS DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS E NO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Nos Estados Unidos, a corrente doutrinária e jurisprudencial dominante adota uma interpretação menos abrangente do *nemo tenetur*, tornando-o limitado à extração coativa de comunicações, interpretação que tem sido utilizada nos Estados Unidos desde 1910⁸³.

A título de exemplo, temos o caso *Schmerber v. California*, em 1965. O caso tratou-se da extração de sangue e admissão do laudo pericial como prova que infringiria ou não o *privilege against self-incrimination*. Uma amostra de sangue fora extraída do suspeito, sem o seu consentimento, quando ele foi preso por dirigir embriagado. Ele foi condenado e a questão foi levada à corte de apelação, que rejeitou o argumento de violação do direito à não autoincriminação, exatamente por entenderem os juízes que o princípio aplicava-se restritamente à proteção do acusado de ser forçado a declarar verbalmente, ou mediante algum comportamento de natureza comunicativa⁸⁴.

No âmbito europeu, a jurisprudência do TEDH definiu o *nemo tenetur* como corolário essencial do *fair trial*, por meio de três acórdãos paradigmáticos: *Funke vs. France*, *Murray vs. The United King* e *Saunders vs. The United King*, que serão expostos em detalhe posteriormente⁸⁵.

O art. 6, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, garante o direito a um processo equitativo (*fair trial*), dessa forma entendendo o TEDH

83 - SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. In Revista da faculdade de direito da Universidade do Porto, ano X. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 376.

84 - EASTON, Susan M. **Body samples and the Privilege Against Self-incrimination**. In The Criminal Law Review. January 1996. 1-76. Londres: Sweet & Maxwell Ltd., 1991. p. 19.

85 - RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., p.142.

que resta implicitamente previsto no artigo o direito à não autoincriminação, até mesmo como a própria essência do *fair trial*⁸⁶.

No entanto, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem admitido a possibilidade de restrição ao exercício do *nemo tenetur*, quando presentes os requisitos necessários à restrição de direitos fundamentais, bem como após o devido e correto uso da ponderação dos valores, bens e princípios envolvidos, por meio de critérios de proporcionalidade.

No primeiro caso, Jean-Gustave Funke ingressou com um processo contra a França, argumentando que o país violou a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ao tentar obrigá-lo a entregar provas documentais, em uma tentativa de obrigar a autoincriminação e incorrendo na violação de seu direito ao silêncio (artigo 6 nos 1 e 2). Além disso, aduziu que a busca, em sua casa, foi realizada sem garantias suficientes para impedir a violação do seu direito à privacidade (artigo 8).

Tratava-se de uma investigação preliminar e os tribunais franceses pretendiam, por meio de medidas de coação e multas, obrigar o Sr. Funke a apresentar às autoridades aduaneiras extratos de contas bancárias no estrangeiro, que, eventualmente, comprovariam a ocorrência de um crime.

Sobre a matéria, demonstra Vânia Costa Ramos⁸⁷ que o TEDH deixou claro que, ligado à exigência de um processo equitativo e à garantia de presunção de inocência, está em causa um direito muito mais amplo que o direito ao silêncio. Um direito que não se limita às provas de caráter testemunhal ou pessoal, ou seja, que se limite às comunicações verbais, mas que abrange, também, outras provas, como a prova documental.

Em um primeiro momento, afirma a autora que houve o registro de diversas reações negativas contra o posicionamento do Tribunal, tendo em vista que o TEDH estava interpretando o conteúdo do direito ao silêncio de forma a alterar a concepção tradicional dos ordenamentos nacionais.

O TEDH, no caso, entendeu que as autoridades alfandegárias provocaram a condenação do Sr. Funke com a intenção de obter certos documentos que eles acreditavam existir, apesar de não poderem ter certeza de tal fato. Sendo incapazes ou não querendo ir em busca dos documentos por meio de outros meios, eles tentaram compelir o aplicante a fornecer, ele mesmo, as evidências das ofensas que ele teria alegadamente cometido. Expôs a corte que as particularidades do direito aduaneiro não possuem o condão de justificar a violação do direito de alguém, acusado com uma ofensa criminal, permanecer em silêncio e não contribuir para a autoincriminação⁸⁸.

86 - Idem, p. 141.

87 - RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., pp. 142-143.

88 - Tradução livre do parágrafo 44 do acórdão, disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57809#{"itemid":\["001-57809"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57809#{), acessado em 28/08/2015.

Aqui, se vê que o Tribunal considerou o próprio direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação com uma amplitude maior do que a proteção apenas das declarações verbais ou gestuais, de forma que a obrigação de cooperar, nesse caso, não foi imposta.

Posteriormente, uma visão mais restritiva do *nemo tenetur* é aplicada pelo Tribunal de Estrasburgo.

Trata-se do caso *Saunders vs. United Kingdom*, no qual o Sr. Saunders, em razão de terem sido utilizadas contra si declarações prestadas por ele mesmo em um processo administrativo no qual foi obrigado a falar sob pena do crime de desobediência, como prova em um processo criminal, que resultou em sua condenação a 5 anos de prisão.

O Sr. Saunders alegou que seu direito à não autoincriminação havia sido violado.

O Tribunal, ao tratar da matéria, foi muito mais além do que antes havia ido em seus precedentes. Apesar de reconhecer a previsão implícita do *nemo tenetur* no art. 6º da CEDH, como no próprio âmago da noção de processo equitativo, o TEDH fez uma distinção, para a incidência do direito à não autoincriminação, entre materiais e documentos que têm uma existência independentemente da vontade do acusado, de outras provas, em particular, daquelas que resultem em declarações testemunhos obtidos sob coerção⁸⁹.

Assim, o Tribunal consignou que o direito à não auto incriminação não abrange a utilização, em quaisquer procedimentos penais, de dados que possam ser obtidos do acusado recorrendo a poderes coercitivos, desde que esses dados existam independentemente da vontade do suspeito. Esses dados ou materiais que existem independentemente da vontade, são, dentre outros, documentos, saliva, urina, tecidos corporais, ar dos pulmões, etc.

O caso *Saunders* tem influenciado a concepção restritiva do *nemo tenetur* em alguns ordenamentos jurídicos europeus, a exemplo de Portugal, como no Acórdão do Tribunal Constitucional Português, n. 155/2007. Essa concepção faz o *nemo tenetur* coincidir o seu alcance praticamente com o direito ao silêncio⁹⁰.

No entanto, a extensão do alcance do princípio contra a autoincriminação vai bem mais além que o direito ao silêncio, devendo incidir sempre que alguém é levado a contribuir para a própria autoincriminação, não residindo os critérios de avaliação de sua aplicabilidade apenas na distinção entre conduta ativa e colaboração passiva, ou na distinção entre dados dependentes e não dependentes da vontade do sujeito, como é no caso

89 - MARTINHO, Helena Gaspar. **O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência** – o diálogo jurisprudencial e o silêncio do arguido. In Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Lebre de Freitas. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. pp. 1086-1087.

90 - DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., p. 32.

*Saunders*⁹¹.

Outro caso de relevância no TEDH é o precedente *Jalloh v. Germany*⁹². O caso diz respeito a um recurso interposto por Abu Bakah Jalloh, um nacional de Serra Leoa, que nasceu em 1965 e vivia em Colônia (Alemanha).

Em 29 de outubro de 1993, policiais à paisana avistaram o Sr. Jalloh retirando dois pequenos sacos de plástico de sua boca e entregando-os em troca de dinheiro. Considerando que os sacos continham drogas, os policiais o prenderam.

No momento da prisão, o Sr. Jalloh engoliu outra pequena bolsa que ele ainda tinha na boca. Como nenhuma droga fora encontrada com ele, o Promotor competente ordenou que lhe fosse dado um emético (*Brechmittel*) para forçá-lo a regurgitar o saco.

O suspeito foi levado para um hospital em Wuppertal-Elberfeld. Como ele se recusou a tomar a medicação para induzir o vômito, quatro policiais o seguraram, enquanto um médico inseriu um tubo por seu nariz e administrou, à força, uma solução que o fizesse regurgitar. O médico também injetou nele apomorfina, um derivado da morfina. Como resultado, o Sr. Jalloh efetivamente regurgitou um pequeno saco contendo 0,2182 g de cocaína. Pouco tempo depois, ele foi examinado por um médico que o declarou apto para detenção.

Posteriormente, o Sr. Jalloh foi acusado e condenado a um ano de prisão. Após recorrer, inclusive sob o argumento de que a prova havia sido obtida de forma ilícita, o acusado apenas logrou êxito na diminuição da pena, por outros argumentos, tendo a Corte Alemã entendido que não houve ilegalidade no meio de obtenção de prova.

No que trata da autoincriminação, prevista no art. 6º, da CEDH, como já mencionado, o Tribunal observou que a maneira pela qual as provas foram obtidas e a consequente utilização delas prejudicou o direito de não se incriminar.

Entendeu o TEDH que o interesse público em garantir a condenação do Sr. Jalloh não poderia justificar o recurso a uma grave interferência em sua integridade física e mental. Além disso, embora a legislação alemã tenha previsão de meios de obtenção de provas de forma invasiva e dê proteção contra a utilização arbitrária ou abusiva da medida, o acusado, invocando seu direito de permanecer calado, havia se recusado a submeter-se a um exame médico; no entanto, foi submetido ao procedimento, sem antes de um exame completo de sua aptidão física para suportá-lo. Por último, as drogas obtidas

91 - Ibidem.

92 - A íntegra do Acórdão pode ser consultada no sítio eletrônico do TEDH, disponível em <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Jalloh"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-76307"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, acessado em 03/09/2015.

foram a evidência decisiva em sua convicção.

Por tais considerações, o TEDH entendeu que o uso, no julgamento, de provas obtidas pela administração forçada de eméticos, violou o direito à não autoincriminação e, portanto, considerou o julgamento como um todo injusto.

O que se vê é que não basta a devida previsão legislativa para suportar a legalidade da medida, mas, outrossim, se faz necessária a observância, sempre que a medida recair sobre a própria pessoa, da própria dignidade da pessoa humana com todas as suas decorrências, tal como a própria liberdade, a integridade pessoal, o direito à não autoincriminação, que constitui verdadeira barreira à transformação da pessoa em objeto. Da mesma forma, a consecução de finalidades de eficiência processual, tal como a procura da verdade material, não justifica, por si só, a submissão forçada a exames dessa natureza⁹³.

O que se tem é que, como afirmam Augusto Silva Dias e Vânia Ramos, a superação daquela barreira protetora constituída de um complexo de direitos fundamentais só pode ocorrer se, aliados ao interesse público da investigação criminal e à previsão legal da medida, houver a necessidade concreta de proteção de outros direitos fundamentais⁹⁴.

O juiz não pode se esquivar do dever da realização de um juízo de ponderação com base no princípio da proporcionalidade, de forma que “quanto mais relevante são os direitos restringidos, mais relevantes tem que ser os bens e direitos a realizar ou proteger”⁹⁵.

Há, portanto, com a devida observância de todos os critérios acima mencionados, a possibilidade de restrição do *nemo tenetur* na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

9. AS RECENTES ALTERAÇÕES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: O INÍCIO DA RELATIVIZAÇÃO DO *NEMO TENETUR*.

No processo penal brasileiro, não existe qualquer determinação que estabeleça, de forma expressa, o dever de cooperação ou colaboração do acusado ou suspeito. Não existe nada semelhante ao art. 339, do Código de Processo Civil em vigência, que determina que: “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”⁹⁶.

Em determinados ordenamentos jurídicos, há a previsão, seja no código de processo penal, ou em legislação extravagante, que determina a

93 - Ibidem.

94 - Ibidem.

95 - Ibidem.

96 - O novo código de processo civil brasileiro foi promulgado, com vigência após decorrido um ano de sua publicação, o que acontecerá em 15 de março de 2016. O novo CPP, no entanto, repetiu a mesma redação do art. 339 do atual código, em seu art. 378.

colaboração do suspeito ou acusado na produção de provas em determinadas circunstâncias, dentre as quais, a obrigação de sujeição a exames.

Tomemos, por exemplo, o caso do ordenamento jurídico português. Naquele ordenamento, demonstram Silva Dias e Vânia Ramos, que, dentre outras razões, razões respeitantes ao *nemo tenetur*, obriga que, em situações de flagrante delito, a prova que suporta a condenação não consista exclusivamente em uma prestação coativa, de mão própria, do acusado. No entanto, demonstram os autores que não é esta a orientação seguida pela jurisprudência portuguesa, que tem reconhecido a incidência do crime de condução em estado de embriaguez de forma tabelar e baseada somente na prova fornecida pelo acusado⁹⁷.

Isso porque existe, em Portugal, habilitação legal e densidade normativa suficiente⁹⁸ para a sujeição do suspeito ou acusado a exames, outrossim, há vários precedentes que realizam a metódica de ponderação de valores e princípios conflitantes, reconhecendo a prevalência do interesse da investigação da verdade material e as necessidades de investigação penal⁹⁹.

No Brasil, no entanto, diante da ausência de normas específicas sobre o dever de colaboração, o que poderia acarretar em uma injusta limitação da incidência do *nemo tenetur*, tem predominado o entendimento de que o acusado não possui qualquer obrigação de colaboração ativa e a sua recusa de submeter-se à prova não configura crime de desobediência, nem pode ser interpretada em seu desfavor¹⁰⁰.

Determinada parte da doutrina, a exemplo de Luiz Flávio Gomes, acredita que o próprio núcleo do direito à não autoincriminação reside, exatamente, na inatividade daquele sobre quem recai a suspeita da prática de um delito (ou em uma atividade não prejudicial a terceiros), garantindo a este, dentre outros direitos, o direito de não participar de forma ativa na produção de provas¹⁰¹.

Renato Brasileiro, por sua vez, defende que, da recusa de sujeição a exames, não se pode extrair a tipificação do crime de desobediência, pois a conduta tipificada no art. 330, do CPB, é a de “desobedecer ordem legal de funcionário público”, contudo, em uma ordem de sujeição a exames trata-se de uma ordem de produção de provas contra si mesmo, sendo, portanto, uma ordem ilegal, restando justificada a conduta daquele que desobedeceu.

97 - DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., p. 26.

98 - O art. 172º, do CPP Português e o art. 6º, da Lei n. 45/2004, estipulam a obrigatoriedade de sujeição a exames.

99 - DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., pp. 28-30

100 - QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 311.

101 - GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não autoincriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. In Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 635.

Aduz o autor que “o exercício regular de um direito – de não produzir provas contra si – não pode caracterizar crime, nem pode produzir consequências desfavoráveis ao acusado. Sua recusa em submeter-se à determinada prova é legítima”¹⁰².

Ocorre que, em 2012, com o advento da Lei 12.654/12, o Brasil deu seu primeiro passo na direção da relativização do direito à não autoincriminação, ao realizar alterações na lei que trata da identificação criminal e na lei de execução penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, inclusive com a criação de um banco de dados, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal, para armazenamento dos dados obtidos.

Aury Lopes Jr., ao comentar referida lei¹⁰³, afirma que esta terminou por acabar com o direito de não produzir provas contra si mesmo. Ressalte-se que, acertadamente, o autor não trata como uma mera restrição, mas do próprio fim do exercício desse direito.

A lei determina que os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa (sem definir exatamente o que é um “crime de natureza grave contra a pessoa”), ou por qualquer dos crimes previstos na lei de crimes hediondos, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

Está prevista na lei, outrossim, a possibilidade da coleta do material genético na própria investigação preliminar, quando no momento da identificação criminal.

O que temos, portanto, é a possibilidade da intervenção corporal, sem o consentimento do imputado, para a obtenção de material genético, tanto para o investigado quanto para o apenado.

Renato Brasileiro, confirmando a corajosa e forte resistência da doutrina brasileira à possibilidade de restrições ao exercício do *nemo tenetur*, aduz que a validade da identificação do perfil genético estará condicionada à forma de coleta do material biológico. Defende o autor que, em razão do direito à não autoincriminação, o acusado ou suspeito não é obrigado, nem poderá ser, a praticar nenhum comportamento ativo capaz de incriminá-lo, tampouco a tolerar, de forma forçada, que contra si seja realizada uma prova invasiva, não sendo admissível a coleta do material biológico de tal forma.

Acredita, outrossim, que, da mesma forma, o indivíduo não poderá ser obrigado a fornecer as amostras de material biológico, mesmo um fio de

102 - LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., 90.

103 - LOPES JÚNIOR, Aury. **Lei 12.654/2012**: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? In Boletim IBCCrim, ano 20, jul/2012, n. 236. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/>>, acessado em 28/08/2015.

cabelo, pois trata-se de uma conduta autoincriminadora. Assim, um banco de dados com informações do perfil genético de determinados indivíduos apenas poderia ser estabelecido a partir de amostras que foram descartadas, voluntária ou involuntariamente pelos indivíduos, na cena do crime ou em outros locais¹⁰⁴.

A lei ainda não teve sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal, mas, podemos notar o início de uma mudança no ordenamento brasileiro no que diz respeito à possibilidade de restrições legais ao *nemo tenetur*, ainda que venha a ocorrer a passos lentos e com forte resistência da doutrina nacional.

Na tendência de relativização do direito à não autoincriminação, por parte do legislador, uma mudança no Código de Trânsito Brasileiro também foi realizada, na tentativa de contornar o exercício do *nemo tenetur*, no que diz respeito ao exame do bafômetro.

Entrou em vigor, no dia 12 de dezembro de 2012, a lei n. 12.760/2012, que, dentre outras providências, modificou o art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro.

Originalmente, o art. 306, possuía a seguinte redação: “conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Em 2008, o artigo foi alterado para o seguinte teor: “conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. Mais recentemente, por meio da lei em comento, o artigo está em vigor com a redação: “conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”, prevendo a lei as formas de se constatar as condutas previstas.

Antes de qualquer comentário acerca do crime, há de ser ressaltado que a mesma conduta está prevista como uma infração administrativa e, quanto a estas, não há grandes divergências nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em relação ao *nemo tenetur*.

A questão é que, apesar de ser perfeitamente aplicável o direito à não autoincriminação quanto às infrações administrativas, o próprio Código de Trânsito Brasileiro (CTB), prevê, em seu art. 277, §3º, que a recusa do condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito, ou que for alvo de fiscalização de trânsito, de submeter-se a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada

104 - LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., pp. 138-139.

pelo Conselho Nacional de Trânsito (Contran), permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência, implicará as próprias penalidades previstas pelo cometimento da infração.

Como, nas infrações administrativas, não se aplica a regra probatória que deriva da presunção de inocência, a controvérsia resolve-se com base no ônus da prova. Ou seja, a recusa do agente em se submeter ao exame pode ser interpretada em seu prejuízo, no contexto do conjunto probatório¹⁰⁵.

Quanto ao crime, com a primeira alteração do tipo do art. 306 em comento, criou-se a exigência de determinada concentração de álcool por litro de sangue, o que tornou mais complicada a produção de prova. A partir de então, apenas com um exame de sangue ou com o bafômetro seria possível a constatação da tipicidade da conduta do agente. Acontece que o Supremo Tribunal Federal reiteradamente afirmou que, por conta do princípio *nemo tenetur*, o condutor não poderia ser obrigado a soprar o bafômetro ou fornecer uma amostra de sangue.

Para tentar superar o “problema”, o legislador resolveu, em 2012, retirar a dosagem etílica do tipo penal, permitindo que a constatação da capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, seja realizada por meio de outros métodos além do bafômetro ou do exame de sangue.

A lei brasileira, agora, prevê que, além da verificação da alteração da capacidade motora ser realizada por meio da análise da concentração de álcool no sangue, ela poderá ser realizada pela verificação de “sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran [...]”, podendo tal verificação “ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova”¹⁰⁶.

O que se argumenta é que o *nemo tenetur* havia se tornado uma barreira intransponível, que permitia a prática do crime, estando o agente apenas sujeito à sanção administrativa, o que obrigou o legislador a adaptar a lei para a efetiva proteção dos bens jurídicos tutelados pela norma penal.

Essa tentativa do legislador não possui, em verdade, o condão de obrigar o indivíduo a submeter-se, contra sua vontade, a exames. Mas ressalta a tentativa de se contornar as garantias do *nemo tenetur*, evidenciando a tendência de sua relativização.

Em Portugal, é de se notar que o art. 152º, n. 3, tipifica como crime de desobediência a recusa do condutor, pedestres envolvidos em acidente de trânsito ou pessoa que se propõe a iniciar a condução de veículo a submeter-

105 - LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., pp. 86-87.

106 - Art. 306, do Código Brasileiro de Trânsito.

se ao teste para detecção da presença de álcool no sangue. A matéria já foi enfrentada pelo Tribunal Constitucional de Portugal, que considerou o dispositivo em conformidade com a Constituição Portuguesa¹⁰⁷.

Por todo o exposto, se nota que o Brasil se demonstra tendencioso a seguir o entendimento europeu sobre a matéria.

10. CONCLUSÃO

O passado nos persegue com um direito processual penal inquisitorial, marcado pelo sangue, justificado pela busca, a qualquer preço, da verdade real.

A ambição da verdade, tida então como função ou finalidade do processo penal, afastou, durante centenas de anos, a possibilidade de o indivíduo poder resistir à pretensão punitiva estatal.

O Brasil precisa se resguardar e defender sua tradição – conquistada à sangue e suor – de respeito aos direitos do acusado. Aqui, não se fala da absoluta relativização do direito à não autoincriminação.

Nada obstante, um ponto de equilíbrio deve ser alcançado para a efetiva realização de observância aos limites da busca pela verdade no processo penal, com uma genuína proteção à dignidade do Acusado ou investigado, sem que se torne a persecução criminal inócua por fundamentar-se em um garantismo hiperbólico monocular. Por tal razão, temos a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais na persecução penal, de forma que determinado princípio, mesmo que possua natureza constitucional, poderá ter seu âmbito de eficácia limitado por outra norma de mesma natureza, devendo ser aplicada a regra do sopesamento dos valores em colisão.

O fato é que o caráter garantístico do *nemo tenetur* no processo penal não deve, ou não deveria, consistir em uma garantia absoluta, existindo, até mesmo, um movimento de mitigação de sua proteção em determinados ordenamentos, como demonstrado.

No Brasil, há o entendimento de que esse direito é quase absoluto. Existe forte resistência da doutrina e da jurisprudência para reconhecer limitações ao direito à não autoincriminação, ainda que venha a existir a densidade normativa necessária.

O que existe é uma forte tendência de se considerar inconstitucional toda e qualquer norma legal que venha a ser aprovada de forma a restringir o exercício do *nemo tenetur*. No entanto, no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos houve, por iniciativa do próprio Tribunal, a limitação da incidência do *nemo tenetur*, em especial nos casos em que o material ou dado exista independentemente da vontade do indivíduo. Entendemos que solução

107 - Acórdão 628/2006, disponível em www.tribunalconstitucional.pt

semelhante deveria ser adotada no ordenamento jurídico brasileiro, evitando-se a prevalência absoluta do interesse individual, que pode ocasionar o fracasso da persecução penal.

Por meio de toda a análise histórica dessa garantia, entendemos que, existindo, portanto, previsão legal específica, que respeite os limites impostos pelas garantias e direitos fundamentais, deveria ser admissível, no Brasil, a exigência de sujeição a exames, que não submetam o examinando a tratamento degradante, humilhante ou lesivo, podendo ser colhido o material que existe independentemente da vontade do sujeito, ou cuja produção não lhe cause nenhum dano, ou um dano ínfimo, como a obtenção de tecidos epiteliais por meio de zaragatoa bucal para o exame de DNA, ou o teste de alcoolemia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERGER, Mark. **American perspectives on self-incrimination and the compelled production of evidence.** *In* The International Journal of Evidence & Proof. Volume 6, number 4, pp. 218-242. Oxford: Vathek Publishing, 2002.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. **O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português.** Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

EASTON, Susan M. **Bodily samples and the Privilege Against Self-incrimination.** *In* The Criminal Law Review. January 1996. 1-76. Londres: Sweet & Maxwell Ltd., 1991.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 6. ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não autoincriminação:** significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. *In* Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação.** 2003. 352 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2003.

HELMHOLZ, R. H. *et al.* **The privilege against self-incrimination: its origins and development.** Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

LEVINE, Samuel J. **An introduction to self-incrimination in Jewish law, with application to the American legal system:** a psychological and

philosophical analysis. In Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, n. 28, 2006.

LEVY, Leonard W. **Origins of the Fifth Amendment: the right against self-incrimination.** Chicago: Ivan R. Dee, 1999. Reimpressão da 1ª edição de 1968.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** 2.ed. ra. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)?** In Boletim IBCCrim, ano 20, jul/2012, n. 236. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/>>, acessado em 28/08/2015.

MARTINEZ-TORRON, Javier. **Derecho anglo-americano y derecho canónico: las raíces canónicas de la common law.** Madrid: Editorial Civitas, 1991.

MARTINHO, Helena Gaspar. **O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência – o diálogo jurisprudencial e o silêncio do arguido.** In Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Lebre de Freitas. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MITTERMAYER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal.** 3. ed. Trad. Alberdo Antonio Soares. Anotado por Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Vânia Costa. **Corpus Juris 2000 - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e o *nemo tenetur se ipsum accusare*.** In Revista do Ministério Público, ano 27, Out-Dez 2006, n. 108. Lisboa: Sindicato dos magistrados do Ministério Público, 2006.

SILVA, Sandra Oliveira e. **O arguido como meio de prova contra si mesmo.** In Revista da faculdade de direito da Universidade do Porto, ano X. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

STEMBERGER, Günter. **Introduction to the Talmud and Midrash.** Trad. Markus Bockmuehl. 2. ed. Glasgow: Bell & Bain Ltd, 1996.

THOT, Ladislao. **Historia de las antiguas instituciones de derecho penal.** Buenos Aires: L. J. Rosso, 1927.

WEAVER, Russel L; LIVELY, Donald E. **Understanding The first amendment.** 4. ed. Danvers: Lexis Nexis, 2012.

WIGMORE, John H. **The privilege against self-incrimination: its history.** In Harvard Law Review, vol. 15, Abril 1902, n. 8. Cambridge: The Harvard Law Review Association, 1902. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1322647>>, acessado em 15/07/2015.