DANIEL MARCHIONATTI BARBOSA

Do direito ao silêncio ao direito a não produzir provas contra si mesmo

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. Carlos Bastide Horbach

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2021

DANIEL MARCHIONATTI BARBOSA

Do direito ao silêncio ao direito a não produzir provas contra si mesmo

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, subárea Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2021

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Barbosa, Daniel Marchionatti
Do direito ao silêncio ao direito a não produzir provas contra si mesmo ; Daniel Marchionatti Barbosa ; orientador Carlos Bastide Horbach -- São Paulo, 2021.
307
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Direito Constitucional. 2. Direitos Fundamentais. 3. Processo Penal. 4. Direito ao silêncio. 5. Direito à não autoincriminação. I. Horbach, Carlos Bastide , orient. II. Título.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

RESUMO

BARBOSA, Daniel Marchionatti. **Do direito ao silêncio ao direito a não produzir provas contra si mesmo**. 2021. 307 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

O direito fundamental à não autoincriminação não é expresso em declarações de direitos, mas pode ser deduzido de um processo interpretativo, que parte da generalização das razões do direito ao silêncio e do desdobramento de outros direitos fundamentais, em especial do direito à não autoincriminação e do direito à privacidade. Essa dedução é adequada ao processo de evolução dos direitos fundamentais e está em conformidade com o papel da jurisdição constitucional. O direito à não autoincriminação pode ser desdobrado em quatro normas jurídicas, que ora se comportam como proteção absoluta, ora como proteção *prima facie*, contra a coação a colaborar com a proteção de provas com potencial autoincriminatório: (i) direito a não participar da produção de provas em uma investigação ou processo em curso; (ii) direito a não ser sancionado pela negativa em participar da produção da prova; (iii) direito à inadmissibilidade das provas obtidas mediante coação; e (iv) direito a não fornecer elementos com potencial de dar notícia da própria responsabilidade criminal. O direito a não participar da produção de provas em uma investigação ou processo em curso diz respeito à produção da prova ela mesma, mediante uso de meios que buscam substituir a vontade do imputado para cooperar – coação direta. É uma proteção absoluta quanto a provas declarativas, e *prima facie* quanto às demais provas. O direito a não ser sancionado pela negativa em participar da produção da prova consiste em não sofrer sanção de qualquer tipo, interna ao processo ou externa, em razão da negativa. Quanto a provas declarativas, é um direito absoluto, ainda que com exceções decorrentes de seu abuso. Quanto a provas não declarativas, é um direito *prima facie.* O direito à inadmissibilidade, em processo criminal, das provas obtidas mediante coação, em processo não criminal, protege contra o uso de provas em procedimentos nos quais a autoincriminação não se aplica – processos cíveis ou administrativos – em processos criminais. É um direito absoluto, não importa qual o tipo de prova em questão. O direito a não ser obrigado a colaborar com elementos com potencial de dar notícia da própria responsabilidade criminal é um direito *prima facie,* independentemente de a prova em questão ser declarativa ou não.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito ao silêncio. Direito a não produzir provas contra si mesmo.

ABSTRACT

BARBOSA, Daniel Marchionatti. **From right to silence into privilege against self-incrimination**. 2021. 307 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da 8Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

The right against self-incrimination is not expressed in any bill of rights, but can be deduced from an interpretative process, from the generalization of the reasons for the right to silence and other fundamental rights, in particular the right to non-self-discrimination and right to privacy. This deduction is appropriate to the process of evolution of fundamental rights and is in line with the role of constitutional jurisdiction. The right against self-incrimination can be broken down into four legal norms that sometimes behave as absolute protection, sometimes as *prima facie* protection, against coercion to give evidence with self-incriminating potential: (i) the right not to participate in the production of evidence in an ongoing investigation or process; (ii) the right not to be sanctioned for refusing to participate in the production of the evidence; (iii) the right to inadmissibility of evidence obtained through coercion; (iv) the right not to provide elements with the potential to report criminal responsibility. The right not to participate in the production of evidence in an ongoing investigation or process concerns the production of evidence itself, through the use of means that seek to replace the will of the accused to cooperate - direct coercion. It is absolute protection for testimonial evidence, and *prima facie* for other evidence. The right not to be sanctioned for refusing to participate in the production of evidence is not to suffer any type of sanction, internal to the process or external, due to the refusal. As for testimonial evidence, it is an absolute right, albeit with exceptions arising from its abuse. As for non-declarative evidence, it is a *prima facie* right. The right to inadmissibility, in criminal proceedings, of evidence obtained through coercion, in non-criminal proceedings, protects against the use, in criminal proceedings, of evidence produced in procedures in which self-incrimination does not apply – civil or administrative proceedings. It is an absolute right, no matter what type of evidence in question. The right not to be obliged to collaborate with elements with the potential to report criminal responsibility is a *prima facie* right, regardless of whether the evidence in question is declarative or not.

Keywords: Civil rights. Right to silence. Privilege against self-incrimination.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **10**
PARTE I: RECONHECIMENTO DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO **16**
1 PANORAMA DO DIREITO AO SILÊNCIO E DO DIREITO A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO **17**
1.1 HISTÓRIA DO DIREITO AO SILÊNCIO 18
1.1.1 Direito ao silêncio no direito continental e canônico **20**
1.1.2 Direito ao silêncio na *common law* **26**
1.1.3 Conclusões parciais **34**
1.2 SURGIMENTO DA AUTOINCRIMINAÇÃO COMO QUESTÃO 35
1.3 DIREITO A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO NA ATUALIDADE 38
1.3.1 Declarações de direitos **39**
1.3.2 Corte Europeia de Justiça **43**
1.3.3 Corte Europeia de Direitos Humanos **45**
1.3.4 Inglaterra **51**
1.3.5 Estados Unidos **54**
1.3.6 Alemanha **57**
1.3.7 Espanha **59**
1.3.8 Itália **60**
1.3.9 Portugal **61**
1.3.10 França **62**
1.3.11 Argentina **63**
1.3.12 México **64**
1.3.13 Chile **65**
1.3.14 Colômbia **66**
1.3.15 Peru **67**
1.3.16 Brasil **67**
1.4 CONCLUSÕES PARCIAIS 72

2 DO DIREITO AO SILÊNCIO AO DIREITO A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO 74
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL 78
2.1.1 Decisões de controle e limites 80
2.1.2 Interpretação ampliativa: normas estruturais vs. direitos fundamentais 94
2.1.3 Direitos fundamentais: significado jurídico objetivo e ampliação 98
2.2 DOS VALORES A AMPARAR OS DIREITOS AO SILÊNCIO E A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI 101
2.2.1 Racionalidade 105
2.2.1.1 Fundamentos epistêmicos 106
2.2.1.2 Fundamentos não epistêmicos 109
2.2.1.3 Fundamentos sistêmicos 113
2.2.1.3.1 Abuso de autoridade 113
2.2.1.3.2 Encorajar a colaboração de terceiros 114
2.2.1.3.3 Teoria dos jogos 115
2.2.1.3.4 Inexistência de dever moral de colaborar 117
2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS CORRELATOS 120
2.3.1 Direitos fundamentais materiais 120
2.3.1.1 Dignidade da pessoa humana 120
2.3.1.2 Direito à liberdade 122
2.3.1.3 Privacidade e intimidade 125
2.3.1.4 Vedação à tortura 128
2.3.1.5 Direito à integridade pessoal 130
2.3.1.6 Direito à honra 132
2.3.1.7 Direito à liberdade de expressão 133
2.3.1.8 Direito à liberdade de crença e de opinião 134
2.3.1.9 Conclusões parciais 135
2.3.2 Direitos fundamentais processuais 136
2.3.2.1 Presunção de Inocência 136
2.3.2.2 Direito a um processo justo 141
2.3.3 Direito de resistência (*auxiliary rights*) 142
2.4 CONCLUSÕES PARCIAIS 146
2.4.1 Direito ao silêncio 146

PARTE II: FUNCIONAMENTO E APLICAÇÃO DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO 154
1 O QUE É O DIREITO A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI 156
1.1 FRONTEIRA SILÊNCIO X DIREITO GERAL À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO 157
1.1.1 Equiparação ao direito ao silêncio 159
1.1.2 Distinção entre condutas ativas e tolerância 160
1.1.3 Provas materiais 162
1.1.4 Existência independente da vontade 165
1.1.5 Captação de processos de pensamento 167
1.1.6 Tomada de posição 168
1.2 NORMAS QUE COMPÕEM O DIREITO A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI 170
1.2.1 Direito a não participar da produção de provas em uma investigação ou processo em curso 170
1.2.1.1 Engajamento 171
1.2.1.1.1 Referência à pessoa 172
a) Pessoa jurídica 173
1.2.1.1.2 Persecução penal 175
a) Acusação cível ou administrativa 176
b) Fatos difamantes 182
c) Persecução atual 183
1.2.1.1.3 Coação 186
a) Voluntariedade da colaboração 189
b) Meios ocultos ou enganosos de investigação 192
b.1) Agente estatal ou homem de confiança 194
b.2) Extração da informação (*elicitation*) 197
b.3) Exceções à invalidade da prova 199
1.2.1.2 Limitação 202
1.2.1.2.1 Papel da lei 206
a) Meios de prova atípicos 208
b) Aplicador 210
1.2.1.2.2 Justa causa 211
1.2.1.2.3 Escusas 211
1.2.1.2.4 Crueldade da coação 212
1.2.1.2.5 Subsidiariedade 214
1.2.1.2.6 Potencial valor da prova 214
1.2.1.2.7 Possibilidade de atingir outros direitos fundamentais 215

1.2.2 Direito a não ser sancionado pela negativa em participar da produção da prova 215
1.2.2.1 Engajamento *217*
1.2.2.1.1 Coação indireta 217
a) Desobediência 219
b) Inferências negativas e referências à recusa 219
c) Incentivos 220
1.2.2.2 Limitação *225*
1.2.2.2.1 Silêncio parcial 226
1.2.2.2.2 Defesa por emboscada 227
1.2.2.2.3 Crueldade da coação 229
1.2.3 Direito à inadmissibilidade, em processo criminal, das provas obtidas mediante coação em processo não criminal 229
1.2.3.1 Engajamento *231*
1.2.3.2 Limitação *232*
1.2.4 Direito a não fornecer elementos que deem notícia da própria responsabilidade criminal 232
1.2.4.1 Engajamento *235*
1.2.4.1.1 Persecução em perspectiva 235
1.2.4.1.2 Obrigações administrativas e criminalização 238
1.2.4.1.3 Incentivos 240
1.2.4.1.4 Requisito negativo – potencial trânsito da prova 241
1.2.4.2 Limitação *243*
1.2.4.2.1 Neutralidade da informação 244
1.2.4.2.2 Sujeitos passivos 244
1.2.4.2.3 Salvaguardas 245
1.2.4.2.4 Uso da prova 246
1.3 CONCLUSÕES PARCIAIS 247
2 CASOS ESPECÍFICOS 249
2.1 INTERVENÇÕES E EXAMES CORPORAIS 249
2.1.1 Perfil de DNA 250
2.1.2 Alcoolemia 258
2.2 DECLARAÇÕES A ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS 260
2.3 ENTREGA DE DOCUMENTOS OU COISAS NO PROCESSO PENAL 263
2.4 FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE 266
2.5 RECONHECIMENTO 268
2.6 POLÍGRAFO (DETECTOR DE MENTIRAS) 270
2.7 LEITORES DE MENTE 272
2.8 AUTOLAVAGEM DE DINHEIRO E A CRIMINALIZAÇÃO DO DEVER DE DAR NOTÍCIA DA PRÓPRIA RESPONSABILIDADE CRIMINAL 275
CONCLUSÃO 287
REFERÊNCIAS 295

INTRODUÇÃO

> If there is one example which illustrates better than another the old allegory of the gold and the silver shields, it is the controversy that has attended the maxim *Nemo tenetur se ipsum prodere*. If one instance better than another serves to exemplify the manner in which history may cover up the origin of a legal principle, destroy all traces of its real significance, change and recast its purpose and its use, while -preserving an identity of form and leaving it with its vigor of life unabated and its legal orthodoxy untainted, it is this rule that no man shall be compelled to criminate himself. In both these aspects, historical and controversial, the story of this maxim is full of interest.
>
> John H. Wigmore, Nemo Tenetur Seipsum Prodere, 5 Harv. L. Rev. 71 (1891-1892)

Muito embora ausente em declarações de direitos, há um direito fundamental à não autoincriminação, o qual tem caráter geral, sendo o direito ao silêncio uma espécie muito particular sua. O direito à não autoincriminação pode ser desdobrado em quatro normas jurídicas, que ora se comportam como proteção absoluta, ora como proteção *prima facie*.

A ideia de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo é repetida quase como uma verdade universal. Entretanto, os textos normativos não consagram uma norma com tal extensão, até antes pelo contrário. Um direito a não produzir provas contra si mesmo e ponto-final não consta em declarações de direitos de relevo.[1] Várias declarações de direitos falam em direito a não depor contra si mesmo, a partir da experiência da Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Algumas declarações de direitos recentes e de grande importância nem chegam a tanto – é o caso da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que nada fala sobre o direito ao silêncio.

A despeito da falta de menção expressa, o direito a não produzir provas contra si mesmo é invocado quase como um direito natural. Na Europa, a Corte Europeia de Justiça[2] e a Corte Europeia de Direitos Humanos[3] afirmam o direito a não produzir provas contra si mesmo, apesar de uma falta de previsão normativa sequer do direito ao silêncio. A Alemanha, também

[1] É verdade que o direito consta com essa formulação em algumas Constituições estaduais nos Estados Unidos e no Código de Processo Penal Militar brasileiro. No entanto, mesmo nessas, a interpretação estabelecida é de que a proteção é limitada às provas declarativas. Ver infra, Parte I, 1.3.4 e 1.3.16.
[2] Ver infra, Parte I, 1.3.2.
[3] Ver infra, Parte I, 1.3.3.

sem contar com um marco firme em uma declaração de direitos, interpreta o *nemo tenetur se detegere* como um direito a não colaborar ativamente com a produção de provas.[4]

Os Estados Unidos, primeiro país a institucionalizar o privilégio, restringem sua aplicação aos depoimentos.[5]

No Brasil, até recentemente, o direito ao silêncio era reconhecido apenas como proteção contra a obtenção de declarações mediante tortura – a omissão em declarar era considerada como indício de culpa.[6] A Constituição de 1988 não foi claramente inovadora, mencionando apenas o direito do preso a ser advertido de que não está obrigado a declarar (art. 5º, LXIII). Ainda assim, na nova ordem constitucional, o *nemo tenetur* passou a ser invocado quase como um coringa contra diversas medidas de instrução probatória.

O cenário de expansão do direito a não produzir provas contra si mesmo é marcado pela incoerência entre as decisões que aplicam ou não aplicam o privilégio. A Corte Europeia de Direitos Humanos ora afirma que o direito à não autoincriminação não se aplica a provas materiais, ora assevera o contrário.[7] O direito alemão sustenta que o direito à não autoincriminação não se aplica a provas que requerem mera tolerância do acusado, mas afirma que ficar em pé, olhando para frente, sem fazer caretas, para participar de um reconhecimento, é mera tolerância.[8]

No Brasil, a incoerência também grassa. O Supremo Tribunal Federal afirma que a condução coercitiva afeta o *nemo tenetur*, muito embora o conduzido seja expressamente advertido de seu direito ao silêncio.[9] Ao mesmo tempo, sustenta que a criminalização da conduta de se afastar do local do acidente de trânsito está em conformidade com a prerrogativa.[10] Não há uma compatibilização das razões de decidir desses casos – e de outros tantos julgados, que oscilam entre uma e outra direção.

---

[4] Ver infra, Parte I, 1.3.6.
[5] Ver infra, Parte I, 1.3.5.
[6] Ver infra, Parte I, 1.3.16.
[7] Ver infra, Parte I, 1.3.3.
[8] Ver infra, Parte I, 1.3.6.
[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 395 / ADPF 444**. (Tribunal Pleno). Rel. Gilmar Mendes, julgado em 14.06.2018.
[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 971.959**. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14.11.2018.

Esta obra se propõe a organizar o debate e oferecer bases para superar essas incoerências.

Há uma bibliografia relativamente consistente sobre o direito ao silêncio que, vez por outra, estende a análise ao direito geral à não autoincriminação. No entanto, um trabalho que analise os fundamentos do direito à não autoincriminação e, a partir da categorização de suas hipóteses, busque coerência em sua aplicação, ainda não veio a lume.

O método de desenvolvimento do trabalho é o estudo analítico da doutrina, da legislação e da jurisprudência.

Esta obra é dividida em duas partes, cada qual com dois capítulos.

A Parte I desenvolve a tese de que existe um direito geral à não autoincriminação, o qual, a despeito de não encontrar previsão em declarações de direitos, pode ser constatado por um processo interpretativo, que envolve a dedução – a partir de outros direitos fundamentais – e a indução – a partir do direito ao silêncio. Com base no panorama histórico e atual, chega-se à conclusão de que existe amparo ao reconhecimento de uma prerrogativa geral a não colaborar com a produção de provas autoincriminatórias.

O primeiro capítulo traça um panorama histórico da evolução do direito à não autoincriminação, partindo de seu aspecto mais bem reconhecido, o direito ao silêncio, para chegar aos casos em que o direito à não autoincriminação começa a ser posto em questão.

O direito ao silêncio é a manifestação mais antiga do direito a não produzir provas contra si mesmo. Seu reconhecimento está na raiz do desenvolvimento da própria ideia de direitos individuais. Ele surge juntamente com a ideia de que o processo não se presta a finalidades divinas de expiação ou revelação de culpas, mas a uma aplicação justa do direito, a partir da reconstrução dos fatos.[11]

O direito ao silêncio teve uma evolução bem diversa nos países da *civil law* e da *common law*. Na Europa continental, foi uma reação à tortura e a outras práticas processuais sem

[11] A despeito da polêmica sobre a função do processo perseverar até os dias atuais, em larga medida é essa a função de um processo penal democrático. Badaró sustenta que "o processo penal tem por finalidade legitimar o exercício do poder de punir estatal, mediante a verificação probatória e posterior decisão sobre a imputação penal". BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 21.

embasamento lógico. Na *common law*, emerge como repúdio às *Prerogative Courts* e se solidifica com o reconhecimento do direito à defesa técnica.

A paulatina evolução dos meios de prova e de obtenção de prova fez com a questão da autoincriminação passasse a se projetar além do interrogatório, inaugurando os debates em torno da existência, ou não, de um direito geral à não autoincriminação.

Analisando a jurisprudência da Corte Europeia de Justiça, dos sistemas de proteção aos direitos humanos e de vários países da Europa e da Américas, percebe-se que o reconhecimento do direito ao silêncio como uma regra absoluta – ou quase – está presente em todo o lugar.

Por sua vez, o direito geral a não produzir provas contra si mesmo certamente não figura como um direito absoluto. Em todos os países, há algum grau de possibilidade de se usar a coação para obrigar a produção de provas autoincriminatórias. Ainda assim, um direito geral a não produzir provas contra si mesmo figura como princípio e com autonomia em relação a outros direitos fundamentais.

O segundo capítulo da Parte I analisa em que medida o reconhecimento do direito à não autoincriminação pelos aplicadores do direito é compatível com o direito constitucional.

Os limites do aplicador na construção de direitos fundamentais são examinados. O reconhecimento de direitos fundamentais pela via jurisdicional cria uma sobreposição entre os papéis do aplicador e do legislador. Mas o âmbito dos direitos humanos e fundamentais é especialmente propício à construção interpretativa de direitos de base convencional ou constitucional. Conclui-se que é possível, por um raciocínio indutivo, chegar a direitos mais gerais, a partir de uma interpretação sistemática de hipóteses mais restritas. Entretanto, é preciso levar em conta a projeção das razões fáticas e jurídicas que amparam a norma original e aquelas que suportariam a norma dela induzida.

Passa-se a analisar a racionalidade que ampara o direito ao silêncio e a avaliar até que ponto ela pode ser projetada para provas sem cunho declaratório. Percebe-se que grande parte da base do direito ao silêncio está em seus fundamentos epistêmicos, mais especificamente em evitar que os agentes do Estado contribuam para condenações injustas, estimulando confissões falsas. Por óbvio, essa lógica não se aplica às provas que independem da vontade do sujeito. Todavia, resta uma marca de crueldade em submeter alguém à produção probatória.

À crueldade é associada uma série de direitos fundamentais que recomendam o respeito à liberdade moral do imputado de escolher entre colaborar ou não. Nesse aspecto, têm grande relevância o direito à presunção de inocência e o direito à privacidade.

Ao final da Parte I, conclui-se que há um direito geral à não autoincriminação, que se liga ao direito ao silêncio por uma relação de gênero e espécie. Trata-se de um direito, muito embora não expresso, suficientemente arraigado na tradição jurídica para ser reconhecido como tal por um processo legítimo de interpretação.

Na Parte II, a aplicação do direito a não produzir provas é esmiuçada. Demonstra-se que o direito geral à não autoincriminação pode ser desdobrado em quatro normas jurídicas, que ora se comportam como proteção absoluta, ora como proteção *prima facie* contra a coação a colaborar com a produção de provas com potencial autoincriminatório.

A falta de uma percepção clara de que o direito à não autoincriminação se comporta de forma bem diferente conforme a situação em que é engajado é o que causa a falta de sistematização que alimenta as maiores controvérsias.

Dentro da instrução processual penal, o direito ao silêncio comporta-se como uma proteção absoluta, enquanto o direito a não produzir provas contra si mesmo é apenas uma proteção *prima facie.* Para ceder, é necessário que exista uma justa causa amparando a suspeita e que a prova tenha grande potencial de elucidar a controvérsia.

Quando não há um processo, nem sequer uma suspeita, o direito à não autoincriminação funciona da mesma forma, estando envolvida prova declarativa ou qualquer outra prova. E, ao contrário do que ocorre no curso da instrução, quanto mais geral a obrigação de colaborar, quanto menos potencialmente incriminatória a prova for, mais fácil será que o direito à não autoincriminação ceda, para permitir a produção coativa da prova.

A partir dessas análises, pode-se decompor o direito a não produzir provas contra si mesmo em quatro hipóteses: (i) direito a não participar da produção de provas em uma investigação ou processo em curso; (ii) direito a não ser sancionado pela negativa em participar da produção da prova; (iii) direito à inadmissibilidade das provas obtidas mediante coação; (iv) direito a não fornecer elementos com potencial de dar notícia da própria responsabilidade criminal.

No segundo capítulo da Parte II, a tese de que o direito a não produzir provas contra si mesmo se comporta de forma diferente em diferentes situações é testada em alguns casos que atormentam a doutrina e a jurisprudência.

Reconduzindo os casos à divisão estabelecida no primeiro capítulo, são obtidas soluções satisfatórias. Consegue-se alcançar respostas consistentes, afastando contradições até então persistentes na operação do direito à não autoincriminação.

PARTE I: RECONHECIMENTO DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

A Parte I desenvolve a tese de que existe um direito geral à não autoincriminação, o qual, a despeito de não encontrar previsão em declarações de direitos, pode ser constato por um processo interpretativo, que envolve a dedução – a partir de outros direitos fundamentais – e a indução – a partir do direito ao silêncio.

Com base em um panorama histórico e atual, chega-se à conclusão de que existe o reconhecimento de uma prerrogativa geral a não colaborar com a produção de provas autoincriminatórias.

1 PANORAMA DO DIREITO AO SILÊNCIO E DO DIREITO A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO

Este primeiro capítulo aborda o panorama do direito ao silêncio e do direito a não produzir provas contra si mesmo. Está dividido em quatro subcapítulos. Os três primeiros usam o método histórico para reconstruir a evolução e o estágio atual do tema pesquisado. O quarto usa método analítico.

No primeiro subcapítulo, é percorrido o histórico do direito a não produzir provas contra si mesmo. O fio condutor dessa análise é o silêncio, aspecto do direito a não produzir provas contra si mesmo incorporado aos ordenamentos jurídicos em geral e às principais declarações de direitos humanos. A análise parte das primeiras manifestações do direito no período medieval, procurando reconstruir sua evolução, ligada, nos países de tradição romano germânica, ao combate à tortura e, nos países de tradição *common law*, à liberdade religiosa e de consciência e ao tribunal do júri como instituição.

No segundo subcapítulo, aprecia-se como o direito à não autoincriminação em geral tornou-se um problema jurídico de interesse. Constata-se que, a partir do desenvolvimento das ciências forenses, tornou-se tecnicamente viável produzir provas não declarativas com potencial para reconstruir os fatos. Algumas dessas provas dependem de participação do imputado, o que trouxe uma nova onda de problemas em torno do espectro do direito a não produzir provas contra si mesmo.

O terceiro subcapítulo avalia como os principais ordenamentos jurídicos do ocidente lidam com o direito a não produzir provas contra si mesmo. O enfoque dado à matéria em tratados internacionais e nas decisões e as normas dos principais tribunais internacionais – Corte Europeia de Justiça e Corte Europeia de Direitos Humanos –, além dos ordenamentos jurídicos de vários países da Europa e das Américas, são analisados.

No quarto subcapítulo, faz-se um esforço para classificar aquilo que se entende por autoincriminação. São traçados dois cortes: o primeiro separa o direito a não produzir provas em geral e o direito ao silêncio. Muito embora exista, entre eles, uma relação de gênero-espécie, a espécie (direito ao silêncio) possui normas bem mais desenvolvidas e dadas a conhecer por

fontes escritas. Já o direito a não produzir provas contra si mesmo surge com caráter principiológico. Em seguida, são decompostas as quatro normas que são reconduzidas ao direito a não produzir provas contra si mesmo: direito a não participar da produção de provas; direito a não ser sancionado pela recusa; direito à inadmissibilidade, em processo penal, das provas obtidas mediante coação em outros procedimentos; e direito a não fornecer elementos que deem notícia da responsabilidade por delitos.

1.1 HISTÓRIA DO DIREITO AO SILÊNCIO

Historicamente, o direito ao silêncio é o aspecto do direito a não produzir provas contra si mesmo que primeiro ganhou relevância e reconhecimento. Acompanhar sua evolução serve como ponto de partida para depreender o funcionamento e a lógica que se espera do direito à não autoincriminação num ordenamento jurídico democrático.

O direito ao silêncio não teve uma evolução linear ou orgânica. Pelo contrário, é justo afirmar que "sua história não pode ser retratada com precisão como a progressiva realização de um direito humano fundamental".[12] O que se percebe é que o direito ao silêncio tem em suas raízes o respeito à integridade física e a posições morais do arguido e mesmo à organização institucional dos julgamentos. Apenas em momentos posteriores, foi ligado ao que se concebe atualmente como o direito a um julgamento justo.

Muitas vezes referida como imemorial, não se tem notícia exata de quando surgiu a ideia de que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. O direito à não autoincriminação encontra suas primeiras referências estruturadas no Talmude, cuja composição iniciou-se antes da era cristã e terminou no século VI, muito embora "as fontes do antigo direito Judeu não contenham uma maior discussão desse direito" e "não se entenda com clareza as razões de sua existência".[13] Ausente nos ensinamentos de Moisés, o direito a não testemunhar contra si mesmo foi "enraizado no procedimento criminal das antigas cortes Rabínicas", representado na máxima *ein adam meissim atsmo rasha,* correspondente a algo

[12] HEIMHOLZ, R. H. The privilege and jus commune: the middle ages to the seventeenth century. *In*: HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 17-46. p. 12.
[13] LEVY, Leonard W. **Origins of the Fifth Amendment**: the right against self-incrimination. New York: University Press, 1968. p. 433.

como “um homem não pode se apresentar como culpado”.[14] Teria provável inspiração em passagem do Deuteronômio, que exige duas testemunhas para a prova de crimes graves (Deut. XVII:6). Na prática do direito talmúdico, não se dava efeito a qualquer declaração do acusado que pudesse lhe desfavorecer – muito embora o interrogatório pudesse ter valor para comprovar a inocência.[15]

Na Europa, a máxima *nemo tenetur seipsum prodere* encontra raízes nas tradições católicas. É atribuída a São João Crisóstomo, o qual viveu de 347 a 407. Ao comentar a Epístola de São Paulo aos Hebreus, declarou: “Eu não afirmo a vós que vós deveis trair a si mesmo em público nem se acusar perante outros, mas que deveis obedecer o profeta quando disse: Revele seus desígnios ao Senhor”.[16]

A máxima compatibilizava a prática católica da confissão com a persecução de delitos. Em sua raiz, significava que o fiel estava obrigado a buscar ativamente a confissão de seus pecados perante os ministros religiosos, mas não havia obrigação semelhante de confessar crimes a autoridades seculares. Nas palavras de John H. Lanbgein, “o dever do fiel de confissão e penitência não envolvia buscar a instauração de procedimentos criminais contra si mesmo”.[17]

Como observa Heimholz,[18] os comentaristas medievais mencionavam a máxima, acrescentando como fundamentos lógicos que ninguém estava livre de cometer algum tipo de crime, pelo que permitir que agentes públicos forçassem, sem mais provas, qualquer pessoa a revelar delitos, seria altamente indesejável. Além disso, algumas faltas seriam de foro privado, sendo inconveniente submetê-las ao escrutínio público. Como exemplo bíblico dessa

---

[14] LEVY, Leonard W. **Origins of the Fifth Amendment**: the right against self-incrimination. New York: University Press, 1968. p. 434.

[15] LEVY, Leonard W. **Origins of the Fifth Amendment**: the right against self-incrimination. New York: University Press, 1968, 1968. p. 435.

[16] “Non tibi dico, ui te produs in publicum, neque apud alios uccnses; sed obedire te uolo Prophetae dicenti: Revela uiam tuam ante Dominum”. CATHOLIC CHURCH. **Corpus iuris canonici**. Graz: Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1959. Electronic reproduction. v. 1-2. New York, N.Y.: Columbia University Libraries, 2007. JPEG use copy available via the World Wide Web. Columbia University Libraries Electronic Books. 2006. C. 33 q. 3; De pen. Dist. 1 d.p. c. 87, § 6. p. 1184.

[17] LANGBEIN, John H. The privilege and common law criminal procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries. *In*: HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 82-108. p. 100.

[18] HEIMHOLZ, R. H. The privilege and jus commune: the middle ages to the seventeenth century. *In*: HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 17-46. p. 26-27.

racionalidade, era mencionado que José, ao saber da gravidez de Maria, tencionou divorciar-se em privado, não submetendo a esposa à infâmia (Mateus 1:10).

A história do direito ao silêncio, da Idade Média até o Iluminismo, teve curso distinto no direito continental e no direito canônico; e no direito da Inglaterra e dos Estados Unidos. Em verdade, é possível identificar duas linhas distintas, muito embora não estanques, de evolução do direito ao silêncio. A primeira, preponderantemente associada ao direito continental – e ao direito canônico –, ligada à abolição da tortura como meio de obtenção de confissões. A segunda, preponderantemente associada à *common law*, ligada à instituição do tribunal do júri e posteriormente ao reconhecimento do direito à defesa técnica e ao crescimento da importância do contraditório para o que se compreende como processo justo.

Em ambos os casos, apenas em um período tardio, foi dado o salto em direção ao reconhecimento do direito ao silêncio como uma prerrogativa processual ligada à ampla defesa, e não apenas um direito individual de não sofrer coações em determinados casos.

1.1.1 Direito ao silêncio no direito continental e canônico

A evolução do direito ao silêncio no direito continental e no direito canônico teve sua história ligada à abolição dos vereditos divinos, da tortura e do juramento *ex officio* como meios de obtenção de confissões.

Até meados da era medieval, o direito continental e o direito canônico não reconheciam, ou reconheciam em muito pouca extensão, o direito ao silêncio.

Uma vez instaurado o procedimento, a era medieval registra duas fases de solução do processo. A primeira, empregada preponderantemente na Baixa Idade Média, constituía no uso dos vereditos de Deus, formas de se chegar à conclusão sem amparo em uma reconstrução probatória. A segunda, que paulatinamente substituiu a primeira, consistia em subjugar o réu para obter sua colaboração.

Os vereditos de Deus usavam formas não racionais para chegar a uma decisão. A obtenção de provas que racionalmente demonstrassem os fatos não era uma grande preocupação, tendo em vista a possibilidade de se recorrer a meios místicos de solução de

controvérsias. Os ordálios e os duelos judiciários eram meios de provar a culpa – e, supostamente, a inocência – do acusado, prescindindo de comprovação do fato em si.

Os ordálios (*trial by ordeal*) consistiam em submeter o imputado a provações perigosas e dolorosas, com possível risco à vida, ou ao menos à integridade física. A ideia por trás da prática era de que a intervenção divina daria força além do humano ao inocente, preservando sua vida e seu corpo. O resultado da função serviria como um veredito de Deus.

Os ordálios incluíam práticas como submeter o acusado a diferentes torturas e perigos.

Os ordálios pelo fogo consistiam em "levar o réu a carregar nas mãos uma libra de ferro em brasa, ou três, de acordo com a gravidade do crime, ou fazê-lo andar de pés descalços sobre brasas, ou caminhar em chamas coberto de cera espalhada em um tecido".[19] Seria reputado inocente se não se ferisse ou se, em um período curto, estivesse cicatrizado.

Nos ordálios por água quente, o acusado devia retirar uma pedra de uma chaleira com água (ou óleo) fervente. "A profundidade da água era planejada para exigir que o braço fosse mergulhado até o pulso, às vezes até o cotovelo".[20] O membro do réu era coberto com um pano. Se, no terceiro dia, estivesse curado, seria inocentado.[21]

Os ordálios por água fria consistiam em lançar o acusado com as mãos amarradas aos pés à água. Afundar era prova de inocência. Boiar demonstrava a culpa.[22]

Havia outras variações, como a ingestão de veneno ou mesmo de pão seco.

Os duelos judiciários eram outro método de apuração de responsabilidade que pressupunha a intervenção divina. Os envolvidos na controvérsia, cível ou criminal, pessoalmente ou por meio de representante, engajavam-se em conflitos físicos, a pé ou a cavalo. O vencedor da luta teria também razão na disputa de origem.[23]

---

[19] PERKINS, Rollin M. Absurdities in criminal procedure: trial by ordeal. **Iowa Law Review**, v. 11, n. 4, jun. 1926, p. 297.
[20] PERKINS, Rollin M. Absurdities in criminal procedure: trial by ordeal. **Iowa Law Review**, v. 11, n. 4, jun. 1926, p. 298.
[21] ROBERTSON, W. G. Aitchison. Trial by ordeal. **Jurid. Rev.**, v. 38, 1926, p. 71.
[22] PERKINS, Rollin M. Absurdities in criminal procedure: trial by ordeal. **Iowa Law Review**, v. 11, n. 4, jun. 1926, p. 298.
[23] WHITE, Edw. J. **Legal antiquities**: a collection of essays upon ancient laws and customs. St. Louis, MO: The F.H. Thomas Law Book Co., 1913.

Esses métodos resolviam as disputas judiciais não pela reconstrução dos acontecimentos relevantes e pela aplicação do direito ao caso, mas pela submissão do conflito ao divino, ao acaso, ou simplesmente à força.

A pouca relevância da reconstrução probatória dos fatos se refletia na reduzida importância da versão do imputado ou da pesquisa de outras provas que dependessem de sua participação. Em semelhante lógica judiciária, o direito a não produzir provas contra si mesmo fazia pouco ou nenhum sentido.

Em 1215, o Cânone 18 do Quarto Concílio de Latrão proibiu que sacerdotes tomassem parte na administração de ordálios ou de duelos judiciários. Dispunha a parte final do Cânone que nenhum clérigo poderia "em disputas judiciais ou ordálios por água quente ou fria ou ferro em brasa conferir qualquer benção", mantidas as "proibições quando ao duelo judiciário".

Paulatinamente, a importância daquilo que seria a reconstrução dos fatos foi sendo incrementada. A reconstrução de fatos mediante provas não é tarefa simples. As limitações da investigação forense eram, e ainda são, imensas. O réu, supostamente a pessoa que tinha o conhecimento pleno dos fatos, seria a fonte do conhecimento capaz de reconstruir os acontecimentos. Retirar o conhecimento do imputado, entretanto, não era simples. A coação do imputado passou a ter um papel central na produção probatória.

O processo inquisitório (*per inquisitionem*) baseava-se na extração da confissão do imputado, usando para tanto dois meios principais de coação: a tortura e o juramento *ex officio.*

A confissão judicial (*confessio in iure*) ganhou preponderância no campo probatório, passando a ser tida por rainha das provas ou prova das provas (*regina probationum* ou *probatio probatissima*), a prova incontestável (*confessus pro iudicato habetur*).

O emprego da tortura como forma de obter confissões tinha razões que iam além da admissão dos fatos. A confissão era também uma forma de sujeição simbólica ao processo. Como observa Sandra Silva, "é-lhe inerente uma espécie de legitimação pelo acusado do poder que o julga e a que voluntariamente se submete", pelo que "o arguido reconhece-se no sistema apesar da transgressão".[24]

[24] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 75.

Além disso, a confissão tinha um significado religioso. Reinava a crença, associada à fé católica, de que a confissão e o arrependimento eram os meios para o perdão e a redenção do espírito. O processo judicial traduzia esses dogmas.

A obtenção de confissões forçadas passou a ser a grande preocupação do processo. E o meio de forçar confissões passou a ser a tortura – ameaça ou imposição de dor ou sofrimento grave, com o fim de obter prova.

Curiosamente, um dos requisitos para que a confissão adquirisse sua força era a voluntariedade. Havia a percepção de que a confissão obtida mediante tortura não era voluntária. No entanto, o sistema oferecia soluções.

A confissão deveria ser confirmada fora da sala de tortura e na presença de um juiz. Isso bastava para que uma confissão obtida mediante tortura fosse tida por admissível. A retratação, por sua vez, poderia ser sucedida de nova tortura.

Na prática, a confissão sob tortura equivalia aos ordálios e ao duelo judiciário. Supostamente, a intervenção divina daria ao inocente a força necessária para resistir à tortura. A semelhança foi bem captada na crítica de Beccaria:

> Esse meio infame de descobrir a verdade é um monumento da bárbara legislação dos nossos antepassados, que honravam com o nome de julgamentos de Deus as provas de fogo, as da água fervendo e a sorte incerta dos combates. Como se os elos dessa corrente eterna, cuja origem está no seio da Divindade, pudessem desunir-se ou romper-se a cada instante, ao sabor dos caprichos e das frívolas instituições dos homens! A única diferença existente entre a tortura e as provas de fogo é que a tortura só prova o crime quando o acusado quer confessar, ao passo que as provas queimantes deixavam uma marca exterior, considerada como prova do crime. Todavia, essa diferença é mais aparente do que real. O acusado é tão capaz de não confessar o que se exige dele quanto o era outrora de impedir, sem fraude, os efeitos do fogo e da água fervendo. Todos os atos da nossa vontade são proporcionais à força das impressões sensíveis que os causam, e a sensibilidade de todo homem é limitada. Ora, se a impressão da dor se torna muito forte para ocupar todo o poder da alma, ela não deixa a quem a sofre nenhuma outra atividade que exercer senão tomar, no momento, a via mais curta para evitar os tormentos atuais. Dessa forma, o acusado já não pode deixar de responder, pois não poderia escapar às impressões do fogo e da água. O inocente exclamará, então, que é culpado, para fazer cessar torturas que já não pode suportar; e o mesmo meio empregado para distinguir o inocente do criminoso fará desaparecer toda diferença entre ambos. A tortura é muitas vezes um meio seguro de condenar o inocente fraco e de absolver o celerado robusto.

> É esse, de ordinário, o resultado terrível dessa barbárie que se julga capaz de produzir a verdade, desse uso digno dos canibais, e que os romanos, mau grado a dureza dos seus costumes, reservavam exclusivamente aos escravos, vítimas infelizes de um povo cuja feroz virtude tanto se tem gabado. De dois homens, igualmente inocentes ou igualmente culpados, aquele que for mais corajoso e mais robusto será absolvido; o mais fraco, porém, será condenado em virtude deste raciocínio: "Eu, juiz, preciso encontrar um culpado. Tu, que és vigoroso, soubeste resistir à dor, e por isso eu te absolvo. Tu, que és fraco, cedeste à força dos tormentos; portanto, eu te condeno. Bem sei que uma confissão arrancada pela violência da tortura não tem valor algum; mais, se não confirmares agora o que confessaste, far-te-ei atormentar de novo". [25]

Além da tortura, outro método empregado para coagir a declaração era o juramento. Antes mesmo de saber das acusações, o imputado devia jurar dizer a verdade – juramento *ex officio* ou *iuramentum de veritate dicenda*. A convicção era de que recairia punição espiritual sobre o imputado que mentisse, ou ao menos não admitisse a acusação.

Num ambiente de profunda religiosidade, a importância do juramento *ex officio* não era desprezível. O juramento complementava a tortura, com a ameaça de tormento espiritual eterno em caso de negativa da confissão. O juramento era tomado de forma genérica, como um compromisso obrigatório de dizer a verdade, antes mesmo que a imputação fosse dada a conhecer.

O papel do direito ao silêncio em um processo que buscava a verdade forçando declarações do acusado é de difícil compreensão para os tempos atuais. Ainda assim, o *nemo tenetur* era conhecido e repetido, ao menos no sentido em que lhe atribuía São João Crisóstomo.

Era precisamente no âmbito do início das apurações que residia a importância original do privilégio. Para a instauração de um processo *per inquisitionem,* eram necessários elementos que levassem a crer que o imputado era culpado do delito. Não era possível usar a tortura e o juramento para obter indícios iniciais de responsabilidade, em uma *fishing expedition.* Ou seja, o *nemo tenetur* servia como uma proteção inicial da pessoa contra a sujeição a métodos agressivos de apuração.

Entretanto, os requisitos para instauração do procedimento inquisitorial não eram expressivos. Bastava a *infamia,* que poderia decorrer de uma suspeita manifesta ou de rumores públicos. Estabelecida a infâmia, desaparecia o privilégio. O fundamento era de que, uma vez

---

[25] BECCARIA; Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Pillares, 2013. Edição do Kindle. l. 327-334.

descoberto o delito, haveria interesse público em sua completa apuração e, se havia indícios contra o imputado, havia base legítima para submetê-lo à tortura e ao juramento. "Não se pode verdadeiramente 'revelar' um fato vergonhoso que já foi revelado".[26] De acordo com essa lógica, o imputado não tinha direito a se recusar a prestar todos os esclarecimentos.

No direito continental, o declínio da tortura e do juramento *ex officio* vieram com o Iluminismo.

A mudança esteve mais associada à percepção de que a tortura e o juramento levavam a condenações injustas do que ao reconhecimento de um direito a não produzir provas contra si mesmo.

Pelo contrário, a percepção era de que a negativa do acusado deveria ser severamente sancionada. O entendimento era de que o acusado estaria usando uma brecha do sistema, que impedia a tortura, e que calar não representava um direito, mas um abuso do direito.

Beccaria sustentava que o juramento e a tortura eram contrários ao direito natural e defendeu sua abolição, ainda que por razões bem diversas. O juramento, por considerar inútil como forma de obter a confissão:

> OUTRA contradição entre as leis e os sentimentos naturais é exigir de um acusado o juramento de dizer a verdade, quando ele tem o maior interesse em calá-la. Como se o homem pudesse jurar de boa-fé que vai contribuir para sua própria destruição! Como se, o mais das vezes, a voz do interesse não abafasse no coração humano a da religião! […] Os motivos que a religião opõe ao temor dos tormentos e ao amor à vida são quase sempre fracos demais, porque não impressionam os sentidos. […] Destrói-se dessa forma toda a força dos sentimentos religiosos, único apoio da honestidade no coração da maior parte dos homens; e pouco a pouco os juramentos não são mais do que uma simples formalidade sem consequências. Consulte-se a experiência e se reconhecerá que os juramentos são inúteis, pois não há juiz que não convenha que jamais o juramento faz o acusado dizer a verdade. A razão faz ver que assim deve ser, porque todas as leis opostas aos sentimentos naturais do homem são vãs e conseguintemente funestas. [27]

---

[26] HEIMHOLZ, R. H. The privilege and jus commune: the middle ages to the seventeenth century. *In*: HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 17-46. p. 28.

[27] BECCARIA; Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Pillares, 2013. Edição do Kindle. l. 295-304.

A tortura, por encarar como uma prova ineficaz do delito, dado que a força para resistir ao torturador nada tinha a ver com a inocência. Além disso, Beccaria tinha preocupação com a administração do sofrimento antes da formação da culpa, o que seria um castigo aos inocentes:

> Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo. O direito da força só pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se dúvida se ele é inocente ou culpado. Eis uma proposição bem simples: ou o delito é certo, ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena fixada pela lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se o delito é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou. [28]

No entanto, o mesmo Beccaria não via a recusa em colaborar como um direito. Pelo contrário, propunha o apenamento duro daquele que optasse pelo silêncio:

> Observemos, finalmente, que aquele que se obstina a não responder ao interrogatório a que é submetido merece sofrer uma pena que deve ser fixada pelas leis. É mister que essa pena seja muito pesada; porque o silêncio de um criminoso, perante o juiz que o interroga, é para a sociedade um escândalo e a justiça uma ofensa que cumpre prevenir tanto quanto possível. [29]

Portanto, no direito continental e no direito canônico, existia um privilégio inicial de não dar a conhecer os delitos às autoridades, o qual protegia contra a tortura e o juramento *ex officio*, ainda que essa proteção fosse tênue. O respeito ao silêncio ganhou força a partir da percepção de que a tortura levava a condenações injustas, mas calar não era visto como um direito, mas como um abuso, o qual deveria ser duramente sancionado.

1.1.2 Direito ao silêncio na *common law*

Na *common law*, a evolução do direito ao silêncio ocorreu de forma um tanto diversa. O direito da Inglaterra e o dos Estados Unidos demonstram uma evolução mais ligada à formatação da instituição do tribunal do júri e à visão de que o juramento era contrário à fé cristã.

---

[28] BECCARIA; Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Pillares, 2013. Edição do Kindle. l. 308-312.

[29] BECCARIA; Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Pillares, 2013. Edição do Kindle. l. 291-295.

O uso da tortura e o do juramento não eram práticas difundidas na *common law*, ao menos para estabelecer a verdade.

Na jurisdição ordinária inglesa, há registros do uso da tortura de forma prévia ao estabelecimento da jurisdição. Partia-se do pressuposto de que o imputado deveria se submeter voluntariamente ao julgamento, o que ocorria ao fornecer declaração sobre a própria culpa ou inocência (*plea*). A recusa do imputado em declarar-se inocente ou acusado gerava um impasse. A solução do problema foi o recurso à prisão ou à tortura, até que o acusado concordasse em entrar com a *plea.* Nesse sentido, em 1275, foi adotado o Standing Mute Act, que permitia a imposição de prisão até que o imputado concordasse em dar a declaração. Muito embora o texto normativo falasse apenas em prisão, usando a locução "*prision forte et dure*", a medida foi paulatinamente convertida em tortura, mediante a aposição de pesos sobre o peito do acusado até que concordasse em dar a declaração – ou morresse.

A prática, contudo, não buscava obter uma confissão do delito. Uma *plea* de inocência era suficiente para fazer cessar a prisão ou a tortura e para submeter o acusado ao julgamento. A tortura para obtenção de provas era proscrita na jurisdição ordinária. Apesar de inegavelmente positivo, o não uso da tortura não se confundia com uma preocupação grave com uma reconstrução probatória do delito, em um julgamento contraditório.

O instituto do júri, pedra de toque do sistema judiciário na *common law*, servia como instrumento para a administração da justiça. Inicialmente, suas bases iam do senso comum à suposta inspiração divina. As decisões judiciárias eram confiadas a leigos, que adotavam vereditos imotivados. Os jurados decidiam conforme sua consciência, sem a necessidade de amparo em provas que reconstruíssem racionalmente o fato. Em verdade, a condenação poderia ser passada sem que houvesse prova alguma: o conhecimento privado e as percepções pessoais de cada jurado tinham o poder de determinar o veredito. Em alguma medida, esperava-se que os jurados estivessem iluminados pelo poder divino no exercício da tarefa de descobrir a verdade.

Não obstante os jurados pudessem decidir apenas pelo próprio conhecimento, sem ouvir provas, isso era incomum. Como observa Charles M. Gray, "na prática, os júris não estavam em posição para fazer isso; eles normalmente decidiam com base em um julgamento conduzido na sua presença". No entanto, os julgamentos eram mera ocasião para partes "que optassem por

prover o júri com informações" fazê-lo, e os jurados não estavam obrigados a ouvir as provas ou limitados ao conhecimento obtido na instrução.[30]

Para este trabalho, releva marcar que a jurisdição ordinária na *common law* não usava a tortura para obter a confissão do imputado.

O réu tampouco prestava juramento de dizer a verdade, visto que era considerado interessado na causa e, portanto, seu testemunho estava sob suspeição.

Além da questão processual, o juramento do imputado era um tabu religioso para os puritanos. Jesus Cristo teria deixado ensinados contrários aos juramentos, conforme consta dos evangelhos. Assim, Tiago 5: 12:

> Sobretudo, meus irmãos, não jurem nem pelo céu, nem pela terra, nem por qualquer outra coisa. Seja o sim de vocês, sim, e o não, não, para que não caiam em condenação.

No mesmo sentido, Mateus 5:34-37:

> Mas eu lhes digo: Não jurem de forma alguma: nem pelo céu, porque é o trono de Deus; nem pela terra, porque é o estrado de seus pés; nem por Jerusalém, porque é a cidade do grande Rei. E não jure pela sua cabeça, pois você não pode tornar branco ou preto nem um fio de cabelo. Seja o seu "sim", "sim", e o seu "não", "não"; o que passar disso vem do Maligno.

O juramento sobre a bíblia era considerado uma invocação do divino para questões mundanas.

Portanto, o juramento *ex officio* não era usado na jurisdição ordinária.

Há que se marcar que, na Inglaterra, a partir da reforma anglicana, o poder régio estabeleceu Cortes que usavam o juramento *ex officio* e práticas semelhantes à inquisição (*Prerogative Courts*). A *Star Chamber* foi instalada em 1487 e a Court of High Commission em 1583. Ambas tinham jurisdição sobre causas eclesiásticas e adotavam, em larga medida, os ritos do direito canônico e romano-germânico.

Os conflitos entre a jurisdição ordinária – tribunais da *common law* – e as *Prerogative Courts* levaram à invocação do *nemo tenetur* para afastar o juramento. Em muitos casos, os

---

[30] GRAY, Charles M. Self-incrimination in interjurisdictional law: the sixteenth and seventeenth centuries. *In*. HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 47-81. p. 47.

tribunais da *common law* expediam *writs of prohibition*, impedindo as *Prerogative Courts* de administrar o juramento.[31]

As *Prerogative Courts* foram abolidas em 1641.

O que se retira do contexto do processo na *common law* é que a produção de provas por meio do acusado não era crucial. Para a acusação, a produção de provas durante o julgamento era quase supérflua.

A função do julgamento era basicamente permitir ao acusado confrontar a acusação. O modelo de julgamento era centrado no depoimento do acusado como a principal, quase única, alternativa de defesa. A doutrina refere-se ao modelo de julgamento então imperante como "*accused speaks theory*". Como adverte John H. Langbein, "a salvaguarda fundamental para o réu no processo da *common law* não era o direito a permanecer em silêncio, mas a oportunidade de falar".[32]

Isso decorria de uma série de circunstâncias.

Como até hoje acontece, o acusado era submetido ao julgamento após a acusação ser admitida por um outro painel de jurados (*grand jury*). Ou seja, havia uma certa presunção de culpa pendente de desconstrução.

Além disso, o acusado era interrogado antes do julgamento (*pretrial examination*). Suas declarações incriminatórias ou o seu silêncio eram dados ao conhecimento dos jurados.

Do ponto de vista defensivo, eram marcantes para o período a escassez de oportunidades probatórias e a limitação à defesa técnica. O acusado não tinha o direito de intimar testemunhas que se recusassem a comparecer e as testemunhas de defesa nem sequer prestavam compromisso.

A defesa por advogado era proibida em casos graves – *felonies.* Muito embora a defesa técnica fosse possível em causas cíveis e em delitos menores (*misdemeanor*), em crimes era vedada. O acusado deveria se responsabilizar pela própria defesa. Como lembra John H.

---

[31] Ver: GRAY, Charles M. Self-incrimination in interjurisdictional law: the sixteenth and seventeenth centuries. *In*. HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 47-81. p. 47.

[32] LANGBEIN, John H. The privilege and common law criminal procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries. *In*: HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 82-108. p. 82.

Langbein, “sem advogado, as funções de testemunho e de defesa era inextricavelmente fundidas, e recusar a falar significava a renúncia a qualquer defesa”.[33]

A lógica por trás da negativa da defesa técnica passava por duas grandes linhas de argumentação. A primeira pressupunha que a Corte atuava como verdadeira defensora do acusado; a ideia de que a Corte era suficientemente preparada e nobre para avaliar a situação e equilibrar a disputa em favor do acusado, caso necessário.

A segunda afirmava que, em matéria de fato, um acusado inocente faria a defesa melhor do que qualquer advogado. Em tese, a atitude do inocente faria transparecer a verdade.

Com isso, optar pelo silêncio equivalia a aceitar a pena – muitas vezes, a morte. O acusado tinha o direito e a escolha teórica de optar pelo silêncio. Mas, com isso, seria julgado indefeso.

Daí porque, apesar de teoricamente assegurado desde o período medieval, o direito ao silêncio só ganhou relevância no direito da Inglaterra a partir de reformas processuais que asseguraram a participação efetiva da defesa técnica.

Em 1696, o Treason Act permitiu a defesa técnica e assegurou o direito de convocar testemunhas em casos de acusação de traição.

Essas garantias foram paulatinamente difundidas para os processos criminais em geral. Todavia, a tradição do *accused speaks* demorou a ser rompida.

Em 1702, o depoimento de testemunhas defensivas compromissadas foi admitido legalmente, inclusive em acusações graves.[34]

Paulatinamente, os advogados passaram a ser admitidos para indagar testemunhas, mas sem a possibilidade de se dirigir diretamente ao júri. Apenas, em 1836, o Trials for Felony Act permitiu a defesa técnica em todos os casos e o Justices Protection *Act* assegurou o direito ao silêncio nos *pretrial examinations*.

---

[33] LANGBEIN, John H. The privilege and common law criminal procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries. *In*: HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 82-108. p. 83.

[34] LANGBEIN, John H. The privilege and common law criminal procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries. *In*: HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 82-108. p. 89.

Com o implemento do direito à defesa técnica e à produção de provas defensivas, o silêncio passou a ser uma opção defensiva viável.

Com efeito, o próprio julgamento mudou. Deixou de ser apenas a oportunidade de o acusado falar (*accused speaks*) para se tornar um verdadeiro julgamento, um teste para a acusação (*testing prosecution theory*).

Nos Estados Unidos, a Quinta Emenda à Constituição estabelece que ninguém será obrigado, em casos criminais, a testemunhar contra si mesmo.[35] Essa Emenda Constitucional foi ratificada em 1791.

No entanto, o reconhecimento do direito ao silêncio como prerrogativa defensiva se desenvolveu nos Estados Unidos em compasso semelhante ao da Inglaterra – na proporção do ganho de espaço pela defesa técnica. Também nos Estados Unidos, o reconhecimento inicial tinha pouca relação com a ideia atual que se faz de prerrogativa defensiva, ligada a um processo justo, e estava associado à estrutura da instituição do tribunal do júri e à repugnância ao juramento *ex officio*.

No período colonial e mesmo após a independência, a defesa técnica era escassa em casos criminais, seja por limitações normativas, seja pelo escasso quadro de profissionais do direito. Assim como na Inglaterra, o julgamento ocorria no formado *accused speaks*. Os interrogatórios anteriores ao julgamento eram usados e podiam ser mencionados em Corte aberta. As testemunhas de defesa só podiam ser apresentadas voluntariamente e sem jurar dizer a verdade.[36]

A norma constitucional buscou preservar a estrutura do tribunal do júri, que, tradicionalmente, impedia o depoimento juramentado do réu. Ou seja, a menção ao *nemo tenetur* na Quinta Emenda mirava impedir o juramento – e qualquer outra prática de coagir o imputado a depor –, mas não a assegurar que o silêncio seria uma estratégia defensiva eficiente.

---

[35] "No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself [...]".

[36] Ver: MOGLEN, Eben. The privilege in british North America: the colonial period ot th Fifth Amendment. *In*. HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 109-144.

O tema não é imune a polêmicas. Alguns estudiosos, como Leonard W. Levy, defendem que o privilégio foi reconhecido em uma espécie de antecipação da prerrogativa processual de não ser prejudicado pelo próprio silêncio.[37]

Em reforço a essa tese, surge o fato de o texto do privilégio estar, no conjunto do fraseado da Quinta Emenda, diretamente ligado ao que se entendia por processo justo perante o tribunal do júri:

> *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*.

Já é uma expansão do privilégio, tal qual consta do texto normativo, admitir que ele protege contra formas coativas de interrogatório em geral. Entender que a norma pretendeu, desde logo, estabelecer uma prerrogativa processual, tornando o silêncio uma estratégia defensiva logicamente apreciável, é ir bem além do significado original. Nesse sentido, observa Albert W. Alschuler que, "quando o privilégio foi incorporado à Constituição dos Estados Unidos, seu objetivo era simplesmente proibir os meios impróprios de interrogatório".[38]

O que se percebe é que o direito ao silêncio se desenvolveu menos como uma proteção contra condenações injustas, e mais como uma proteção contra agressões autônomas – a tortura e o juramento.[39]

Ou seja, a ideia por trás da Quinta Emenda parece menos a de estabelecer uma garantia individual de calar e, ainda assim, ser julgado com justiça, apresentando provas, e mais a de uma garantia de consciência, de não ter que ser submetido a juramento. Muito provavelmente, a objeção contra a coação a testemunhar também tenha forte ligação com a interpretação puritana de que o juramento é contrário à fé cristã.

---

[37] LEVY, Leonard W. **Origins of the Fifth Amendment**: the right against self-incrimination. New York: University Press, 1968.
[38] ALSCHULER, Albert W. A peculiar privilege in historical perspective. *In*: HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University of Chicago Press, 1997. p. 185.
[39] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018.

Muito à semelhança do ocorrido no direito inglês, a associação do direito a não produzir provas contra si com um processo justo só ganhou relevância à medida que o direito à defesa técnica se desenvolveu. E esse desenvolvimento também foi paulatino e não ocorreu por salto, em decorrência da adoção da declaração de direitos pela primeira legislatura.

Em verdade, a representação por advogado ainda teve que superar a dificuldade de contar com poucos profissionais treinados para tanto. Como ilustra Eben Moglen, a Constituição do Estado de Nova Iorque, de 1977, incorporou o direito à defesa em todas as causas criminais. Ainda assim, "a expansão da prática da defesa criminal foi lenta", sendo que os principais advogados do período concentravam sua atividade em causas cíveis. Aqueles que atuavam em causas criminais "normalmente o faziam sem honorários, no estágio de julgamento, presumivelmente como uma mistura de serviço social com propaganda".[40]

No final do século XIX e início do século XX, Inglaterra e Estados Unidos introduziram uma mudança que alterou o que, até então, era quase um dogma para a *common law*: passaram a admitir o juramento pelo acusado. Em ambos os casos, o acusado passou a ser tratado como uma testemunha, com a peculiaridade de que não poderia ser chamado a depor pela parte contrária.

Na Inglaterra, uma lei de 1898 (Criminal Evidence Act) passou a prever que o acusado, ao prestar depoimento, deve assumir o compromisso de dizer a verdade. Trata-se de uma sensível inovação, tendo em vista o preconceito histórico do direito da *commom law* com o juramento *ex officio.* O acusado, ao prestar depoimento, foi equiparado às testemunhas em geral. Ao mentir ou omitir a verdade, está sujeito às penas do falso testemunho (*perjury*).

Se, por um lado, a modificação parece ter piorado a situação do acusado, por outro ressaltou a importância de sua decisão de falar ou calar. O depoimento do imputado ganhou o peso extra de ser prestado com consequências por eventual falsidade ou omissão.

Além disso, o direito ao silêncio cresceu em importância, mas precisou ser reafirmado por meio de salvaguardas. A obrigação de testemunhar foi afastada, visto que o imputado não pode ser chamado a depor. Seu testemunho só pode ser introduzido por iniciativa própria. A

[40] MOGLEN, Eben. The privilege in british North America: the colonial period ot th Fifth Amendment. *In*. HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 109-144. p. 140.

acusação ou corréus não podem requerer o depoimento do imputado. Nesse sentido, a Seção 35, § 4, do *Criminal Justice on Public Order Act*, de 1994, afirma que o acusado "não pode ser compelido a testemunhar em seu próprio interesse e não incorre em desrespeito à Corte pela falha".

Nos Estados Unidos, a mesma alteração ocorreu – ainda que de forma fragmentada, tendo em vista que a legislação processual é predominantemente estadual.

Portanto, na *common law*, o privilégio contra a autoincriminação surgiu como reforço à instituição do tribunal do júri e à repugnância ao juramento *ex officio*. Ao menos inicialmente, não se buscava estabelecer uma garantia individual de calar-se e, ainda assim, ser julgado com justiça, apresentando provas. Com o desenvolvimento do direito à defesa técnica, o privilégio passou a ganhar novas cores.

1.1.3 Conclusões parciais

Para o desenvolvimento deste estudo, é relevante reter algumas informações acerca da evolução do direito ao silêncio. Em uma simplificação exagerada, mas relevante para a compreensão do contexto, podemos afirmar que o *nemo teneter seipsum prodere* teve quatro significados no período que foi da Idade Média até o início do século passado.

Até a Baixa Idade Média, a máxima *nemo tenetur seipsum prodere* tinha inspiração preponderantemente religiosa, estabelecendo que o cristão, mesmo tendo o dever de confessar seus pecados às autoridades religiosas para obter perdão, não estava obrigado a dar notícia de seus delitos a autoridades, para que a persecução fosse instaurada.

A máxima religiosa evoluiu em direção ao reconhecimento de uma prerrogativa de não ser coagido a declarar sem um mínimo de provas. Assim como a pessoa não era obrigada a se denunciar perante as autoridades, os atos de inquisição só podiam ser instaurados diante de uma notícia mínima de responsabilidade – *infamia*. Na sua falta, os meios de coação para obtenção de declarações – tortura, juramento *ex officio* – não podiam ser empregados. Isso era especialmente relevante no direito continental, no direito canônico e nas *Prerogative Courts.*

Em um passo além, o *nemo tenetur* foi ressignificado como uma garantia contra a coação. Nessa fase, o *nemo tenetur* ganhou o significado de direito a não ser submetido a tortura ou ao juramento *ex officio*. A garantia tutelava a integridade física e moral do acusado ainda não condenado, mas pouco ou nada favorecia substancialmente a posição do imputado no processo – que poderia ser condenado sem outras provas relevantes ou teria dificuldade em se defender se optasse por não declarar.

Por fim, o *nemo tenetur* alcançou o *status* de garantia processual e de direito material, protegendo o imputado não apenas contra a coação para declarar, mas também contra efeitos desfavoráveis do silêncio. Essa última evolução coincidiu, no direito da Inglaterra e dos Estados Unidos, com a paulatina introdução e difusão da defesa técnica em procedimentos criminais.

Essa lenta evolução preparou o cenário para o desenvolvimento contemporâneo do privilégio.

1.2 SURGIMENTO DA AUTOINCRIMINAÇÃO COMO QUESTÃO

Até o início do século XX, o interrogatório era o único meio de prova com potencial autoincriminatório. Entretanto, o desenvolvimento de novas técnicas científicas e a sua incorporação ao cotidiano da investigação forense despertou o interesse para outras formas de colaboração, para além da palavra do imputado.

Como visto, houve um declínio na crença na confissão como único ou principal desfecho do processo, e uma paulatina valorização da reconstrução dos fatos. Nesse contexto, a ciência forense passou a desenvolver meios de provas que, em maior ou menor medida, requerem a colaboração do imputado.

Em verdade, o interesse no investigado como fonte de informações não declarativas era muito limitado.

A imagem do imputado sempre foi de interesse probatório. Ainda assim, só era relevante se conjugada com provas declaratórias – o reconhecimento, pela vítima ou por testemunhas.

Paulatinamente, foram desenvolvidas várias técnicas capazes de contribuir para a elucidação de delitos. Exames para identificar padrões biométricos – impressões digitais,

escrita, voz, DNA, imagem – reações bioquímicas – alcoolemia e outras intoxicações voluntárias – e mesmo os pensamentos – exames de polígrafo e exames cerebrais funcionais – permitem produzir provas relevantes ao trabalho investigativo. Vários deles dependem de algum tipo de submissão da pessoa – fornecimento de amostras de imagem, de voz, de escrita, de tecidos, submissão a perguntas em ambiente controlado, etc.

O desenvolvimento de técnicas científicas forenses iniciou-se no século XVIII, mas ganhou impulso no século XIX. Em 1807, foi fundado o Forensic Science Institute, em Edimburgo, e a primeira cátedra de medicina legal foi adotada.[41]

Estudos sobre o reconhecimento de outro padrão pessoal, a caligrafia, são bem antigos. Em 1609, François Demelle publicou o primeiro estudo sobre reconhecimento de escrita a tornar-se relevante no ocidente.[42]Contudo, apenas no início do século XIX, a partir de sistematizações promovidas por François Vidocq, a análise da caligrafia foi paulatinamente incorporada à prática forense.[43]

A possibilidade de o imputado contribuir para a própria condenação por meio de provas que não dependiam da sua palavra ou de sua imagem sofreu dramática ascensão a partir dos anos 1900.

A papiloscopia é o método forense mais antigo para identificação de autoria. Muito embora fosse conhecida desde tempos antigos, apenas na década de 1880 os estudos de Henry Faulds e William Herschel levaram à crença na individualidade das impressões digitais.[44] Em 1901, a Scotland Yard fundou seu primeiro ofício de papiloscopia. Paulatinamente, as impressões digitais passaram a ser relevantes para a identificação e para a investigação.

O Código de Processo Penal brasileiro ilustra bem a situação da época de sua adoção, no ano de 1941. O texto especifica a participação do imputado em apenas dois meios de prova: o reconhecimento de escritos (art. 174) e o reconhecimento pessoal (art. 226).

---

[41] RAMSLAND, Katherine. **Beating the devil's game**: a history of forensic science and criminal handwriting. New York: Berkley Publishing Group, 2007. p. 25.
[42] RAMSLAND, Katherine. **Beating the devil's game**: a history of forensic science and criminal handwriting. New York: Berkley Publishing Group, 2007. p. 16.
[43] RAMSLAND, Katherine. **Beating the devil's game**: a history of forensic science and criminal handwriting. New York: Berkley Publishing Group, 2007. p. 37.
[44] MURRAY, Elizabeth. **Forensic history.** Chantilly: The Great Courses, 2015. Edição Kindle. l. 1752.

Exames de alcoolemia começaram a ser testados para fins forenses na década de 1950. A toxicologia forense remonta ao início do século XIX. Em 1818, Mathieu Orfila publicou a obra enciclopédica *Traité Des Poisons Tirés Des Règnes Minéral, Végétal Et Animal; Ou, Toxicologie Générale*, tida como a primeira obra de referência no tema. Mas a toxicologia ainda precisou de mais de uma centena de anos antes de permitir exames toxicológicos em pessoas vivas, com utilidade forense.[45]

Exames de tipagem sanguínea surgiram nos anos 1920. Na década seguinte, eram conhecidos os fatores A B O e Rh.

O exame de DNA surgiu na década de 1980, mas popularizou-se nas décadas seguintes.[46]

Em outra fronteira, novas tecnologias permitiram pesquisar o conteúdo da mente. Testes de polígrafo, inventados no início do século XX, ganharam especial importância nos Estados Unidos, ainda que apenas em investigações – a admissibilidade do teste como prova em juízo vem sendo refutada. O teste consiste em monitorar a reação da respiração, a atividade eletrodérmica e a pressão sanguínea enquanto a pessoa é submetida a um questionário. O conjunto de reações permite tirar conclusões sobre a sinceridade da resposta – ainda que a confiabilidade do resultado não seja isenta de questionamentos, especialmente quando a pessoa está preparada para enganar as medições.[47] A acurácia do polígrafo é muito controversa, em especial quanto a pessoas preparadas para enfrentar o teste.

Outras técnicas para avaliar reações do corpo a perguntas incriminatórias estão em desenvolvimento e teste. A captação de ondas cerebrais tem sido empregada – por vezes, associada ao polígrafo – com essa finalidade.

O tratamento dessas questões pelos diversos ordenamentos jurídicos tem sido diverso. O direito à não autoincriminação não é tido por impedimento completo à produção de provas não declarativas. Não há ordenamento jurídico que encare o privilégio com tamanha extensão.

---

[45] McDERMID, Val. **Forensics**. New York: Profile, 2014. p. 88
[46] McDERMID, Val. **Forensics**. New York: Profile, 2014. p. 88
[47] GRANHAG, Pär Anders; VRIJ, Aldert; VERSCHUERE, Bruno. **Detecting deception**. Chichester: John Wiley & Sons, 2015.

Nos Estados Unidos, a jurisprudência considera o engajamento do privilégio a partir de um teste conhecido como *Schmerber rule*, o qual parte da diferença entre prova testemunhal (*testimonial*) e real ou física (*real or physical*). Somente as primeiras estariam protegidas pelo privilégio. No caso *Schmerber v. California*,[48] discutia-se a validade do uso como prova de resultado de exame de alcoolemia, realizado a partir de amostra de sangue retirada coativamente de envolvido em acidente aeronáutico. Em uma série de casos, foi estabelecida a interpretação de que o privilégio só se aplica à extração coativa de "comunicações".[49]

Na maior parte dos países da Europa e das Américas, não se considera que o direito à não autoincriminação alcance provas reais ou provas "com existência independente da vontade".

A Alemanha considera que o privilégio abrange toda a colaboração ativa do imputado, mas não as provas produzidas mediante mera tolerância. Assim, o imputado não é obrigado a oferecer padrões de escrita para comparação, mas pode ser submetido a retiradas de amostras de tecidos.

No próximo subcapítulo, traçamos um panorama do posicionamento de vários países sobre a questão.

1.3 DIREITO A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO NA ATUALIDADE

No século XX, o direito a não produzir provas contra si mesmo ganhou novos impulsos. De um lado, o direito ao silêncio sofreu transformações, consolidando sua posição de garantia processual, mas também sofrendo críticas e limitações. De outro, novas técnicas de investigação permitiram a extração de provas não declarativas com a participação do imputado, adicionando uma nova camada de complexidade à colaboração sob coação.

[48] 384 U.S. 757 (1966).
[49] Holt v. United States, 218 U.S. 245 (1910); Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966); Doe v. United States, 487 US 201 (1988); United States v. Wade, 388 US 218 (1967); Gilbert v. California, 388 U.S. 263 (1967); United States v. Mara, 410 U.S. 19 (1973); United States v. Euge, 444 U.S. 707 (1980); United States v. Dionisio, 410 U.S. 1 (1973); Pennsylvania v. Muniz, 496 U.S. 582 (1990).

Este terceiro subcapítulo aborda o reconhecimento do direito ao silêncio pelos ordenamentos jurídicos do ocidente e a forma como alguns deles se comportaram em relação ao direito a não produzir provas contra si mesmo.

Inicialmente, é analisada a incorporação do direito ao silêncio em declarações de direitos. Inspiradas pela Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, algumas declarações constitucionais e convencionais de direitos passaram a prever o direito a não testemunhar contra si próprio. Foram pioneiras as Constituições da Argentina e do México e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Em seguida, é analisado o reconhecimento do direito ao silêncio pela Corte Europeia de Direitos Humanos, a partir da dedução do artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que trata do direito ao julgamento justo. Essa jurisprudência é de grande importância, uma vez que, a partir dela, vários países da Europa consideraram que o direito tem *status* convencional e constitucional.

Por fim, é aprofundada a análise do tratamento dos temas em alguns países.

1.3.1 Declarações de direitos

A Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, ratificada em 1791, estabelece que ninguém será obrigado, em casos criminais, a testemunhar contra si mesmo.[50] Em sua esteira, tratados internacionais e outras Constituições consagraram o direito ao silêncio.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Organização das Nações Unidas em 1966, prevê o direito de toda "pessoa acusada de um delito" a "não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada" (artigo 14, 3, "g").

No âmbito interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, prevê, dentre as "garantias mínimas" às quais toda "pessoa acusada de um delito" tem direito, o "direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada" (artigo 8º, 2, "g").

[50] "No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself [...]".

Ambos os tratados usam fraseado semelhante entre si e muito aproximado àquele da Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos. O direito é associado ao depoimento do imputado, não restando óbvia sua extensão a outros meios de provas.

Algumas das declarações de direitos humanos constantes de importantes tratados internacionais não contêm qualquer menção ao direito à não autoincriminação. A principal ausência está na Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950 – conquanto, como se verá, a Corte Europeia de Direitos Humanos deduza o privilégio do direito a um processo equitativo, contemplado pelo artigo 6º da Convenção.

Tampouco há menção ao silêncio na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, embora a convenção contenha disposições sobre direitos de caráter judicial (artigo 7º) e uma vedação genérica da tortura (artigo 5º).

A Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, de 1981, no capítulo sobre o "Direito à Proteção contra a Tortura" (VII), prevê que ninguém "será forçado a confessar o cometimento de um crime".

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 2002, também traz disposições sobre o silêncio do imputado. Muito embora seja um diploma específico para o processo perante o TPI – e não uma norma de observância direta pelo direito interno dos Estados signatários –, o Estatuto de Roma traz considerações sobre o direito ao silêncio, tanto no curso da investigação quanto no da ação penal. Dispõe a norma que, "no curso de um inquérito" por ela regido, "(n)enhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada" (artigo 55, 1, "a"), e que a pessoa suspeita será, antes de ser formalmente interrogada, informada de que goza do direito a "guardar silêncio, sem que tal seja tido em consideração para efeitos de determinação da sua culpa ou inocência" (artigo 55, 2, "b"). No curso da audiência na ação penal, o acusado tem direito a "não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio, sem que este seja levado em conta na determinação da sua culpa ou inocência" (artigo 67, 1, "g").

Um balanço dos tratados internacionais permite ressaltar alguns pontos importantes.

Apenas na década de 1960, as declarações de direitos humanos passaram a conter alguma disposição sobre a autoincriminação. Isso ocorreu por influência do Pacto Internacional

sobre Direitos Civis e Políticos, o qual, por sua vez, foi influenciado pela Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Importantes documentos anteriores a 1960, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1950, e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1951, não continham qualquer disposição sobre o tema.

A menção ao direito ao silêncio no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ocorreu com clara inspiração na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. O fraseado enuncia o direito em limites bastante estreitos, ligando-o à prerrogativa de não declarar em processo criminal.

Mesmo nesses limites estreitos, a cláusula constante do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não teve a força de "contaminar" a generalidade das declarações de direitos a ele subsequentes. A disposição foi trasladada ao Pacto de San José da Costa Rica, mas esteve ausente em outras grandes declarações de direitos humanos e fundamentais. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, apesar de anterior ao Pacto, foi emendada várias vezes, por meio de Protocolos Adicionais, mas nenhum deles tratou da autoincriminação. As declarações regionais da África e do Islã, ainda que bem posteriores, não contemplam a disposição.

Várias Constituições nacionais, muitas delas posteriores ao Pacto Internacional, tampouco contêm qualquer disposição sobre a não autoincriminação em suas declarações de direitos.

As Constituições de língua portuguesa não consagram, de forma autônoma, o direito à não autoincriminação. A Constituição portuguesa, de 1976, prevê que são "nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa". Conquanto a norma vede a tortura, a coação e a ofensa à integridade física ou moral, cominando a nulidade das provas assim obtidas como consequência, não estabelece, de forma expressa, o direito a não declarar ou a não colaborar de outras formas, nem a vedação de que a omissão seja tida em desfavor da defesa.

Ainda assim, trata-se de norma relevante para o reconhecimento de um direito à não autoincriminação, reproduzida nas Constituições de Cabo Verde, de 1992 (artigo 34, 6), Guiné-Bissau, de 2001 (artigo 42, 6), Moçambique, de 2018 (artigo 65, 3), São Tomé e Príncipe, de 2003 (artigo 40, 6) e Timor Leste, de 2002 (artigo 34, 4).

A Constituição do Brasil, de 1988, reproduz apenas em parte a cláusula, afirmando que são "inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (art. 5º, LVI). A Constituição brasileira avança mencionando o direito do preso a ser advertido do direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII).

Mais ou menos na linha da Constituição brasileira, mas um pouco mais clara, é a Constituição de Cabo Verde, de 1992, que assegura que a "pessoa detida ou presa não pode ser obrigada a prestar declarações" (artigo 29, 5).

Na família das Constituições de língua portuguesa, a Constituição de Angola, de 2010, é a mais eloquente. Além da nulidade das provas obtidas mediante coação, consagra o direito da pessoa presa a ficar "calada e não prestar declarações" e a não "fazer confissões ou declarações contra si próprio" (artigo 63, "f" e "g").

Portanto, o que se percebe é que o direito à não autoincriminação não é onipresente em declarações de direitos. Seu aspecto mais visível, o direito ao silêncio, constante da Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, foi trasladado para o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e para o Pacto de San José da Costa Rica. Da década de 1970 em diante, passou a constar, ainda que em menções modestas – nulidade de provas obtidas mediante tortura e direito do preso a calar –, em declarações de direitos fundamentais de algumas Constituições.

Nas últimas décadas, contribuíram para o reconhecimento do direito ao silêncio o trabalho construtivo da Corte Europeia de Direitos Humanos e de algumas jurisdições internas, que deduziram o direito ao silêncio de outros direitos expressos. No âmbito da Europa, a adesão da generalidade dos países ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, associada à interpretação da Corte de Estrasburgo, contribuiu para que o direito a não declarar fosse tido como fundamental.

Na Europa, o direito ao silêncio consta de algumas Constituições, como a Constituição da Espanha, de 1978, e de algumas cartas recentes, como a da Albânia, de 1998,[51] Andorra, de 1993,[52] e Estônia, de 1992.[53] A maior parte dos países, porém, se vale da intepretação de

[51] O art. 32, 1, consagra o direito a não ser compelido a testemunhar contra si mesmo ou familiar e a não se declarar culpado.
[52] O art. 10, 1, prevê o direito a não testemunhar contra si mesmo.
[53] O § 22 afirma o direito a não testemunhar contra si mesmo ou contra pessoas próximas.

princípios constitucionais mais abertos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, que extrai a prerrogativa do artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Nas Américas, além do pioneirismo da Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos e do Pacto de San José da Costa Rica, há menções em algumas Constituições nacionais. Assim, a Constituição da Argentina, de 1853,[54] do México, de 1917,[55] do Chile, de 1980,[56] da Colômbia, de 2006,[57] do Peru, de 1993,[58] e a Canadian Charter of Rights and Freedoms, de 1982.[59]

Portanto, sob a influência da Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, o direito ao silêncio foi reconhecido em importantes convenções de direitos humanos e em cartas constitucionais, em especial a partir dos anos 1960. No entanto, não é onipresente em declarações de direitos.

1.3.2 Corte Europeia de Justiça

A Corte Europeia de Justiça registra alguns casos sobre o direito a não produzir provas contra si mesmo, todos relativos a intimações para prestação de informações e entrega de documentos em processos administrativos punitivos. Não aplica diretamente a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Todavia, pode invocar "princípios gerais de direito comunitário, dos quais os direitos fundamentais formam uma parcela integral".[60]

Para realizar essa atividade, a Corte de Justiça inspira-se "nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem em que os Estados-Membros

[54] Artigo 18.
[55] A redação original do art. 20, II, previa que o acusado "não poderá ser compelido a declarar contra si". A redação atual do artigo 20, B, II, prevê o direito a "declarar ou a guardar silêncio" e afirma que a "confissão sem assistência de defensor carecerá de valor probatório".
[56] Artigo 19, § 7º, "f".
[57] O artigo 34 dispõe que "Ninguém poderá ser obrigado a declarar contra si mesmo ou contra seu cônjuge, companheiro permanente ou parentes de até quarto grau de consanguinidade, segundo a afinidade civil".
[58] Ainda que de forma bastante estrita. O artigo 2, "h", prevê que "carecem de valor as declarações obtidas pela violência".
[59] Artigo 11, "c".
[60] Orkem v Commission [1989] ECR 3283. § 28.

colaboraram ou a que aderem".[61] Invocou especialmente o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, 3, "g") e o direito constitucional dos Estados-membros para afirmar a existência e a aplicabilidade ao plano comunitário do direito ao silêncio.

Em consequência, a Corte afirmou que a autoridade investigativa "não pode coagir o investigado a fornecer respostas que podem envolver a admissão de sua parte da existência de uma infração que é de seu ônus demonstrar".[62]

A despeito dessas considerações, os precedentes deixam larga margem para a autoridade investigativa requisitar, sob penas administrativas, informações fáticas diversas, desde que não caracterizem diretamente a admissão da infração. Assim, os precedentes permitiam que a Comissão que apurava infrações à concorrência formulasse vários pedidos de esclarecimento sobre situações de fatos – existência de reuniões e tratativas entre os agentes econômicos envolvidos – e requisitasse os documentos produzidos nessas reuniões.

As perguntas e requisições afastadas pelos precedentes diziam respeito ao elemento subjetivo, ao acordo de vontades que afastaria a concorrência e infringiria o direito.

Ocorre que os acordos que caracterizam a infração não necessitam de prova direta. As circunstâncias externas – comportamento dos agentes econômicos – aliadas à comprovação das tratativas podem ser suficientes para demonstrar a infração.

Assim, embora parta da afirmação de que a autoridade administrativa não pode compelir o investigado a comprovar a infração que é seu ônus demonstrar, permite que ela exija a comprovação de aspectos fáticos relevantes dessa mesma infração.

Um outro aspecto da jurisprudência da Corte de Justiça é a aplicação direta do direito ao silêncio a casos sobre o direito administrativo punitivo. De forma um tanto confusa, o direito foi, ao menos em parte, reconhecido nessa seara. Até hoje, há considerável controvérsia sobre esse tema. A Corte Constitucional da Itália percebeu essa perplexidade e submeteu questão prejudicial à Corte Europeia de Justiça, indagando se a interpretação a ser dada ao artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e de outras normas comunitárias é no sentido de

[61] Mannesmannröhren-Werke AG v. Commission of the European Communities [2001]. Caso T-112/98, decisão de 20.2.2001. § 60.
[62] Orkem v Commission [1989] ECR 3283. § 35.

impedir os Estados-membros de sancionar quem se recusa a declarar em processo administrativo punitivo.[63] O tema ainda não foi decidido.

Portanto, a Corte Europeia de Justiça reconhece o direito ao silêncio, ainda que em limites bastante estreitos. De acordo com a sua interpretação, os Estados-membros teriam a obrigação de respeitar a prerrogativa apenas em relação a declarações diretamente autoincriminatórias.

1.3.3 Corte Europeia de Direitos Humanos

A Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece o direito ao silêncio e o direito a não produzir provas contra si mesmo, ainda que sem um embasamento normativo expresso. No entanto, permite que se retirem consequências negativas do silêncio e deixa em aberto os critérios para engajamento do direito a não produzir provas contra si mesmo em relação a provas com existência real.

Dentre as instâncias de proteção a direitos humanos, apenas a Corte Europeia de Direitos Humanos tem jurisprudência sobre o direito à não autoincriminação. Ainda que por vezes criticada e qualificada como contraditória, a Corte apreciou o direito à não autoincriminação em uma série de casos, os quais foram decisivos para o reconhecimento do direito ao silêncio no continente europeu.

A Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu a existência da prerrogativa, com *status* convencional, a despeito de inexistência de menção no tratado básico – Convenção Europeia de Direitos Humanos. Duas decisões foram pioneiras no estabelecimento dessa interpretação.

A primeira, o caso *Funke v. França*, de 1993, oferece muito pouca explicação quanto às razões de decidir. A Corte reconheceu a violação ao direito ao processo equitativo (artigo 6, 1, da Convenção Europeia), afirmando apenas que, ao exigir a entrega de documentos por um investigado, o Estado francês infringiu "o direito de qualquer 'acusado de uma ofensa criminal'" a "permanecer em silêncio e não contribuir com a própria incriminação".

[63] Ordinanza n. 117, de 2019.

A segunda, o caso *Saunders v. Reino Unido*, de 1996, vai um pouco além. Afirma que "o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação são *standards* internacionais de reconhecimento geral que estão na essência do direito a um julgamento justo", previsto no artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Acrescentou que o direito à não autoincriminação é "intimamente ligado à presunção de inocência", prevista no artigo 6, 2, da Convenção.[64]

A reação dos países membros da Comunidade Europeia nem sempre foi de concordância com a linha de argumentação da Corte Europeia. No Reino Unido, a decisão do caso Funke foi qualificada como obscura pela House of Lords.[65] A afirmação que o direito ao silêncio e o direito a não se autoincriminar são "*standards* internacionais de reconhecimento geral" não é imune a críticas. Choo demonstra que, para além de resposta a perguntas, há muito pouca concordância sobre o que a proteção contra a autoincriminação poderia cobrir.[66]

Mesmo criticada, a jurisprudência da Corte Europeia serviu para a consolidação do direito à não autoincriminação no âmbito comunitário. Muitos países que não contam com a previsão de um direito a não produzir provas contra si mesmo em seus direitos internos usaram a jurisprudência da Corte Europeia para derivar esse direito da leitura da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

E, com base nessa compreensão inicial, a Corte Europeia desenvolveu sua jurisprudência e apreciou vários casos envolvendo o direito à não autoincriminação.

A intimação para fornecer documentos e informações para colaborar com apurações foi apreciada em uma série de casos. O pioneiro caso *Funke contra França*, de 1993,[67] tratava da intimação de pessoa para fornecer documentos – extratos de contas bancárias no exterior – para investigação fiscal. A Corte de Estrasburgo afirmou a violação ao direito à não autoincriminação, sublinhando que as autoridades fiscais supunham, mas não tinham certeza, que os extratos existiam. E, por não terem outros meios para apurar os fatos, tentaram compelir o contribuinte a apresentá-los. Considerou que houve uma infração injustificada do direito de

[64] Saunders v. Reino Unido. Caso 19187/91. Decisão de 17.12.1996. § 68.
[65] Regina v. Hertfordshire County Council Ex Parte Green Environmental Industries Ltd. and Another – [2000], 2 AC 412 (HL).
[66] CHOO, Andrew L-T. **The privilege against self-incrimination and criminal justice**. London: Bloomsbury Publishing. (Criminal Law Library). Edição do Kindle.
[67] Funke v. França, 10588/83. Decisão de 25.2.1993.

qualquer pessoa acusada de uma infração criminal a permanecer em silêncio e a não contribuir com a própria incriminação.[68]

A possibilidade de declarações obtidas em procedimentos administrativos, sob pena de sanções como multa ou desobediência, serem trasladadas a processo criminal foi avaliada no caso *Saunders contra Reino Unido*, de 1996.[69] A Corte considerou ilegítimo o uso dos testemunhos obtidos em procedimento investigatório administrativo, mediante intimação sob penas de multa e de desobediência, em uma posterior persecução penal pelos mesmos fatos.

O tema da aplicação do privilégio a procedimentos não nomeadamente criminais foi apreciado em *J. B v. Suíça*, de 2001.[70] O caso tratava da prestação de informações ao fisco por suspeito de fraudes fiscais. A Corte considerou que a classificação, pelo direito interno, da infração como criminal não era o único critério para levar ao engajamento do privilégio. Mesmo que o procedimento seja nomeado cível ou administrativo, a natureza da infração e a severidade da sanção cabível podem levar ao enquadramento do procedimento como criminal, para fins da aplicação das garantias correspondentes (artigo 6 da Convenção Europeia).[71] No caso, como estavam em jogo, além do tributo omitido, potenciais multas punitivas pela sonegação, considerou-se que o procedimento tinha natureza criminal. Com isso, a Corte concluiu pela existência de violação ao direito do contribuinte à não autoincriminação.

A Corte considerou que ameaçar com pena privativa de liberdade aquele que se recusa a declarar é uma sanção contrária ao direito ao silêncio, em *Heaney e McGuinness contra Irlanda*, de 2000.[72] No caso, um suspeito de envolvimento em ataque terrorista foi chamado a dar explicações sobre sua conduta. Diante da recusa, foi acusado de um crime autônomo, o qual impõe pena de até seis meses para aquele que se recusa a "fornecer detalhes de seus movimentos e ações durante determinado período de tempo e toda a informação que possua sobre a comissão ou intenção de comissão" de um delito de terrorismo (Seção 52 da Lei de Atentados contra o Estado). Considerou-se que criminalizar a conduta do suspeito que deixa de dar explicações sobre sua conduta no momento do crime feria o privilégio.

---

[68] Funke v. França, 10588/83. Decisão de 25.2.1993. § 44.
[69] Saunders contra Reino Unido, 19187/91. Decisão de 17.12.1996.
[70] J.B. v. Suíça, 31827/96. Decisão de 3.5.2001.
[71] Para uma discussão mais completa da aplicação da garantia a procedimentos não nomeadamente criminais, ver infra, Parte II, 1.2.1.1.2, a).
[72] Heaney e McGuinness contra Irlanda, 34720/97. Decisão de 21.12.2000.

A Corte apreciou a possibilidade de retirar inferências negativas do silêncio no caso *John Murray v. Reino Unido*, de 1996.[73] Não obstante consagre o direito ao silêncio, o ordenamento jurídico da Inglaterra permite que inferências negativas sejam retiradas da omissão em declarar, desde que presentes indícios relevantes e admitida acusação contra o imputado. A decisão afirmou que seria contrário ao direito ao silêncio embasar uma condenação "apenas ou principalmente no silêncio do acusado, ou na recusa a responder perguntas ou testemunhar contra si mesmo", mas que a prerrogativa "não pode e não deve evitar que o silêncio do acusado, em situações que claramente exigem uma explicação de sua parte, seja levado em conta na avaliação da força persuasiva da prova trazida pela acusação".[74] A Corte reconheceu que a possibilidade de retirar inferências negativas do silêncio é uma forma de coação indireta a declarar, mas em grau menor do que a criminalização ao silêncio ou de sua tomada como desrespeito à Corte. Sublinhou também que o direito interno prevê que o imputado seja advertido de que seu silêncio pode ser tomado em seu desfavor. Assim, considerou que o direito ao silêncio e o direito a não produzir provas contra si mesmo não são absolutos e não reconheceu violação à convenção (§ 47).

O tema dos métodos ocultos de investigação foi tratado em *Choudhary v. Reino Unido*, de 1999.[75] O caso tratava da interceptação de comunicações telefônicas, realizada pela investigação sem o conhecimento dos interlocutores. A Corte considerou que, "ao ter a conversa", o investigado "não sabia que a chamada estava sendo interceptada pela polícia". As declarações autoincriminatórias "foram, dessa forma, proferidas livremente, não como resultado de coação ou compulsão aplicadas" ao investigado por agentes do Estado. Assim, a gravação da conversa foi tida por "semelhante documento pré-existente ou amostra de sangue, em relação aos quais o direito a não se autoincriminar não se estende".

A Corte apreciou o tema dos meios enganosos de investigação no caso *Allan v. Reino Unido*, de 2002. O tema tratava da possibilidade de utilização de declarações do imputado obtidas não diretamente pela autoridade encarregada das investigações, mas de terceiros, os denominados "homens de confiança", particulares que agem sob a influência de agentes da investigação, em tradução das expressões alemãs "*Vertrauen-Männer*", ou "*Vertrauen-Leute*",

[73] John Murray v. Reino Unido, 18731/91. Decisão de 8.2.1996.
[74] John Murray v. Reino Unido, 18731/91. Decisão de 8.2.1996. § 47.
[75] Choudhary v. Reino Unido, 40084/98. Decisão de 4.5.1999.

ou, por abreviação, "*V-Männer*" ou "*V-Leute*".[76] Foi adotado o entendimento da Suprema Corte do Canadá, segundo a qual o "direito ao silêncio só será infringido se o informante agia como um agente do Estado no momento em que o acusado fez a declaração e se foi o informante que levou o acusado a fazer a declaração".[77]. Esse entendimento foi seguido nos casos *Choudhary contra Reino Unido*, de 1999,[78] *Heglas contra República Tcheca*, de 2007, [79] e *Bykov contra Russia*, de 2009.[80]

O fornecimento de amostras para exames foi analisado pela Corte em uma série de decisões. A Corte afirmou que, tal qual entendido nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, o direito à não autoincriminação não se estende a material que tem "existência independente da vontade" do imputado, como, por exemplo, "documentos obtidos por mandado de apreensão, amostras de hálito, sangue e urina e tecidos corporais para teste de DNA".[81]

A Corte avaliou a extração de amostras de voz sem o conhecimento do imputado no caso *P.G. e J. H. v. Reino Unido*, de 2001.[82] A polícia havia gravado conversas dos autores de um delito, mas não conseguia, com precisão, demonstrar quem eram os interlocutores. Os suspeitos negaram-se a colaborar, fornecendo amostras vocais. A polícia então gravou, de forma não autorizada, conversas entre os suspeitos durante a detenção, cujo conteúdo não foi usado como prova, mas os padrões vocais serviram para estabelecer que os suspeitos eram os interlocutores nas gravações anteriores. A Corte considerou que "amostras de voz, as quais não contêm declarações incriminatórias, podem ser vistas como assemelhadas ao sangue, cabelo ou outras espécies físicas ou objetivas usadas nas análises forenses e em relação às quais o privilégio contra a autoincriminação não se aplica" (§ 80).

Em aparente contradição com os casos *Saunders e P.G. e J.H.*, a Corte considerou violatória ao privilégio a obtenção de provas materiais, mediante administração compulsória de eméticos, em *Jalloh contra Alemanha*, de 2006.[83] Apontou violação à garantia contra a autoincriminação pela extração forçada de droga do aparelho digestivo de traficante, mediante

---

[76] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 562.
[77] R. v. Broyles, [1991] 3 S.C.R. 595.
[78] Choudhary v. Reino Unido, 40084/98, decisão de 4.5.1999.
[79] Heglas v. República Tcheca, 5935/02. Decisão de 1º.3.2007.
[80] Bykov v. Rússia. Decisão de 10.3.2009.
[81] Saunders contra Reino Unido, 19187/91. Decisão de 17.12.1996. § 69.
[82] P.G. e J.H. v. Reino Unido, 44787/98, de 25.9.2001.
[83] Jalloh v. Alemanha, 54810/00. Decisão de 11.7.2006.

administração do medicamento. Para ter por engajado o direito à não autoincriminação, a despeito da prova buscada ter existência material e ser independente da vontade do imputado, a Corte considerou que houve um desafio direto à vontade do investigado, com o intuito de obter prova que seria, por si só, incriminatória – droga. Mas o mais relevante parece ter sido o tratamento cruel empregado ao investigado, colocando em risco sua integridade física para comprovar uma infração penal mais ou menos corriqueira.

A ponderação de interesses, fazendo ceder o direito à não autoincriminação, foi considerada válida em *O'Halloran e Francis v. Reino Unido*.[84] A legislação inglesa criminaliza o excesso de velocidade e determina que o proprietário, flagrado por câmeras de controle de tráfego, seja intimado para identificar o condutor. Se não atender à intimação, responderá por uma infração penal autônoma. Se atendê-la, identificando-se como condutor, responderá pela infração na condução do veículo. A Corte Europeia considerou que o privilégio contra a autoincriminação é relevante para o caso. Contudo, admitiu que o privilégio cede frente a um juízo de ponderação, tendo em vista "a natureza e o grau da coação usado para obter a prova, a existência de salvaguardas procedimentais relevantes e o uso dado ao material obtido". Sobre a natureza da compulsão, muito embora tenha reconhecido uma coação direta a colaborar, considerou que "aqueles que optam por possuir e dirigir automóveis podem ser tidos por aceitantes de certas responsabilidades e obrigações como parte do regime regulatório". Ainda sobre a compulsão, acrescentou que os poderes de investigação da polícia são limitados, visto que só existem se presente a demonstração de infração relevante e só autorizam a buscar coativamente informações "para identificar o condutor". Sobre as salvaguardas procedimentais, lembrou que a prova de que o proprietário não sabia ou de que não tem condições de apurar quem era o condutar o isenta de sanção. Sobre o uso dado à prova obtida, considerou que a identificação do condutor é apenas "um dos elementos da prova da infração", insuficiente para a obtenção da condenação. Com base nessa avaliação ponderada das circunstâncias, fez ceder o direito à não autoincriminação.

Algumas grandes linhas podem ser retiradas da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Primeira, que existe um direito à não autoincriminação, com *status* convencional, ainda que não haja texto expresso na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

[84] O'Halloran e Francis v. Reino Unido, 15809/02 25624/02. Decisão de 29.6.2007.

Segunda, que o direito não bloqueia, de forma absoluta, a retirada de inferências negativas da opção por não colaborar. Terceira, o direito à não autoincriminação não se estende, em regra, a provas que têm existência real, independentemente da vontade do arguido. Quarta, o direito à não autoincriminação não é um direito absoluto, podendo ceder em um juízo de ponderação. A grande interrogação que resta parece ser em quais hipóteses o direito à não autoincriminação protege contra a coação para a produção de provas não declaratórias.

1.3.4 Inglaterra

O direito inglês evoluiu no sentido de limitar o direito ao silêncio e a não reconhecer um direito geral a não produzir provas contra si mesmo.

A tradição do direito da *common law* era que o acusado tinha a prerrogativa de calar e, caso falasse, não prestava compromisso de dizer a verdade. Uma lei de 1898 (*Criminal Evidence Act*) passou a prever que o acusado, ao prestar depoimento, deve assumir o compromisso de dizer a verdade. Trata-se de uma sensível inovação, tendo em vista o preconceito histórico do direito da *commom law* com o juramento *ex officio.* O acusado, ao prestar depoimento, foi equiparado às testemunhas em geral. Ao mentir ou omitir a verdade, está sujeito às penas do falso testemunho (*perjury*).

Se, por um lado, a modificação parece ter piorado a situação do acusado, por outro ressaltou a importância de sua decisão de falar ou de calar. O depoimento do imputado ganhou o peso extra de ser prestado com consequências por eventual falsidade ou omissão.

Além disso, o direito ao silêncio cresceu em importância, mas precisou ser reafirmado por meio de salvaguardas. A obrigação de testemunhar foi afastada, visto que o imputado não pode ser chamado a depor. Seu testemunho só pode ser introduzido por iniciativa própria. A acusação ou corréus não podem requerer o depoimento do imputado. Nesse sentido, a Seção 35, § 4, do Criminal Justice on Public Order Act, de 1994, afirma que o acusado "não pode ser compelido a testemunhar em seu próprio interesse e não incorre em desrespeito à Corte pela falha".

A possibilidade de o silêncio ser visto como indicativo de culpa atua como meio indireto de coação do imputado a falar. De um modo geral, a legislação inglesa não protege o imputado

contra inferências negativas do silêncio. Ressalvados casos excepcionais, a legislação permite que a Corte ou o júri retirem as inferências que pareçam apropriadas da recusa em depor ou em responder a qualquer das perguntas (Seção 35, § 2).

As orientações sobre aplicação da pena também buscam coagir o imputado a revelar sua tese defensiva na primeira oportunidade possível (*early guilty plea*). Premia-se a confissão com uma redução maior de pena, quanto mais cedo introduzida.

O direito inglês também é preocupado com as defesas por emboscada (*ambush defenses*), ou seja, a introdução de uma versão fática, pelo imputado, em uma fase avançada da persecução penal, na qual é difícil à acusação verificar sua veracidade e, se for o caso, refutá-la. O Criminal Justice on Public Order Act, de 1994, permite a extração de inferências negativas do silêncio nas hipóteses em que o acusado ampara sua defesa em fatos que não mencionou em oportunidade anterior, na qual era razoável esperar que o fizesse. A legislação permite que o juiz e o júri retirem as inferências que pareçam apropriadas da introdução tardia do argumento (Seção 34, §§ 1 e 2). Isso não significa que a defesa não está impedida de introduzir o argumento de fato, ainda que tardiamente. O efeito é gerar uma desconfiança sobre o argumento introduzido tardiamente, especialmente se não for possível testar sua veracidade.

Além disso, o direito inglês tem várias previsões que limitam a prerrogativa de não colaborar. O Children Act, de 1989, exclui o direito ao silêncio nas causas cíveis envolvendo cuidado, supervisão ou proteção de crianças, mas torna o depoimento autoincriminatório inservível para a persecução penal de seu prolator (Seção 89). O Road Traffic Act, de 1988, obriga o proprietário ou possuidor a identificar o condutor de veículo envolvido em delito de trânsito (Seção 172).[85]

A legislação inglesa criminaliza a negativa de fornecimento de dados eletrônicos e de senhas para acesso a informações de interesse de investigações. O entendimento é de que essas informações podem ser legalmente exigidas, sem engajamento do direito à não autoincriminação.

Ilustra bem o entendimento de que as senhas podem ser exigidas sem violar o *nemo tenetur* um caso envolvendo a apreensão de computador, no momento em que o investigado

[85] A identificação em si é neutra, mas poderá ser autoincriminatória, se o condutor for o proprietário ou possuidor notificado, ou se ele admitir ter entregue a condução a pessoa não habilitada ou sem condições de dirigir.

havia começado a lançar a senha de acesso, e de dispositivo eletrônico de armazenamento encriptado, na posse de outro investigado.[86] A conclusão foi de que o direito a não produzir provas contra si mesmo não se aplica, uma vez que o "princípio que a prova existente independente da vontade do suspeito normalmente não engaja o privilégio da autoincriminação é claramente estabelecido no direito interno" (§ 18). A Corte considerou que "a senha que garante acesso à informação protegida, assim como a informação ela mesma, existe em separado da 'vontade' de cada um dos apelantes". Acrescentou que, "uma vez criada, a senha permanece independente da 'vontade' do apelante, ainda que guardada apenas em sua memória", pelo que, "nesse sentido, a senha está para um equipamento computacional assim como a chave para uma gaveta trancada", e que "o conteúdo da gaveta existe independentemente da vontade do suspeito, assim como a chave" (§ 20). Portanto, considerou-se que o direito ao silêncio não é sequer engajado nos casos em que a informação exigida tem existência independente da vontade do acusado.

No entanto, a Corte reconheceu que o fato de o imputado conhecer a informação exigida poderia ter potencial incriminatório. A senha é, em si, uma informação neutra. Não há nada de ilícito em saber uma senha de computador. Por sua vez, a informação a ser acessada com a senha pode, ou não, ser incriminatória. Caso a informação obtida com a senha tenha potencial incriminatório e, em consequência, venha a amparar ou reforçar uma persecução penal contra o imputado, o próprio conhecimento da senha passa a ser um indício de culpa. Fica demonstrado que o imputado conhecia uma senha que dá acesso a informações criminosas. Esse problema, contudo, foi contornado pela Corte, ao assegurar que, em eventual julgamento, a origem da descoberta da senha não possa ser usada como prova, não devendo ser informada aos juízes de julgamento ou ao júri. Ou seja, o conteúdo informático obtido é usado como prova, mas o processo de sua obtenção (fornecimento da senha pelo próprio investigado), por ter usado a coação, não pode ser referido.

Da mesma forma que as senhas, as provas não declarativas podem ser obtidas coativamente. A legislação inglesa contém várias normas sobre a coleta de amostras íntimas e não íntimas (Police and Criminal Evidence Act 1984). De um modo geral, as amostras podem ser extraídas apenas com o consentimento do imputado, mas a opção por não colaborar pode

[86] R v S(F) [2008] EWCA Crim 2177, [2009] 1 WLR 1489.

ser considerada em seu desfavor. Em alguns casos, o consentimento pode ser dispensado. São exemplos dessa política a extração de amostras de pegadas (§ 61A), de amostras íntimas (§ 62) e amostras em geral (§ 63).

Na Inglaterra, o *nemo tenetur* apenas assegura ao imputado a prerrogativa de não declarar, mas não impede que inferências negativas sejam retiradas do silêncio. Além disso, não se estende a provas que têm existência independente da vontade, pelo que não alcança senhas, documentos ou amostras. Nem sempre a lei obriga o imputado a colaborar com provas não declarativas, mas sua omissão pode ser usada em seu desfavor.

1.3.5 Estados Unidos

O direito dos Estados Unidos é generoso quanto ao direito ao silêncio, mas não reconhece um direito geral a não produzir provas contra si mesmo.

A Quinta Emenda à Constituição, de 1791, estabelece que ninguém será obrigado, em casos criminais, a testemunhar contra si mesmo.[87]

De forma semelhante à Inglaterra, os Estados Unidos passaram a permitir que os acusados prestem depoimento sob o juramento de dizer a verdade.

Por outro lado, ao contrário da Inglaterra, desenvolveram em torno do texto constitucional uma jurisprudência rica, reconhecendo que o silêncio não pode vir em prejuízo ao imputado. Nesse sentido, a Suprema Corte afirma que a Quinta Emenda assegura o "direito de uma pessoa a permanecer em silêncio, e de não sofrer qualquer penalidade pelo silêncio, a menos que escolha falar no livre exercício de sua vontade".[88] Dessa compreensão, foi derivada a proibição da acusação de comentar, perante os jurados, sobre o exercício do direito ao silêncio.[89] O privilégio é oponível à jurisdição dos Estados,[90] ainda que envolva autoincriminação apenas por um delito federal.[91]

[87] "No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself [...]".
[88] Malloy v. Hogan, 378 U. S. 1, 378 U. S. 8. (1964).
[89] Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965).
[90] Malloy v. Hogan: 378 U.S. 1 (1964).
[91] U.S. Supreme Court. Murphy v. Waterfront Comm'n, 378 U.S. 52 (1964).

A noção de garantir ao acusado o direito a não contribuir com a acusação frequentemente é associada a golpes de retórica. A Suprema Corte já afirmou que o privilégio contra a autoincriminação "registra um importante avanço no desenvolvimento de nossa liberdade – um dos grandes marcos na luta do homem para se tornar civilizado" –,[92] "reflete muitos de nossos valores fundamentais e mais nobres aspirações", [93] cujas raízes "descem à natureza do homem livre e de sua relação com o Estado",[94] e representa "uma proteção ao inocente, apesar de abrigar o culpado, e uma salvaguarda contra acusações descuidadas, infundadas ou tirânicas".[95]

Além de interpretar a norma constitucional como uma garantia de não ser prejudicado em caso do exercício do silêncio, a jurisprudência evoluiu para compreender que, em alguns casos – pessoa detida interrogada –, existe o direito a ser advertido quanto à prerrogativa de ficar em silêncio. O entendimento da Suprema Corte, a partir do caso *Miranda v. Arizona*, é de que o preso deve ser expressamente advertido quanto ao direito ao silêncio. A ideia é que, ao ser interrogado quando sob custódia, o leigo pode entender que está obrigado a responder às perguntas, pelo que deve ser formalmente advertido quando ao direito ao silêncio.[96]

Quanto à extensão do privilégio a provas que não dependem da vontade, a Suprema Corte viu-se em um impasse e teve que contradizer a própria retórica. Em casos envolvendo o direito ao silêncio, afirmou que, "para manter um equilíbrio justo estado-indivíduo, para requerer que o governo 'sustente toda a carga', para respeitar a inviolabilidade da personalidade humana, ou o sistema acusatório da justiça criminal, exige-se que o Estado, ao buscar punir um indivíduo, produza a prova contra ele por seus próprios e independentes esforços, ao invés de pelo cruel, simples expediente de extraí-lo da sua própria boca".[97]

Todavia, o desenvolvimento da ciência forense passou a exigir um posicionamento acerca do direito a não colaborar com provas diversas do silêncio. Neste caso, a resposta da jurisprudência foi por negar os direitos do imputado. Afirmou-se que o privilégio é restrito às

[92] Ullmann v. United States, 350 U. S. 422, 350 U. S. 426.
[93] Murphy v. Waterfront Comm'n, 378 U.S. 52 (1964).
[94] United States v. Wade, 388 U.S. 218, 261 (1967).
[95] Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78 (1908).
[96] Miranda v. Arizona, 384 U. S. 436 (1966).
[97] Miranda v. Arizona, 384 U. S. 436 (1966).

provas de "natureza testemunhal ou comunicativa".[98] Mais do que limitar o escopo do privilégio, a própria retórica das decisões anteriores foi posta em dúvida. Ao se admitir a extração de amostras de tecidos corporais, esclareceu-se que o meio de obtenção de prova "permite ao Estado confiar em provas extraídas à força do acusado", sendo que a compulsão viola o que se dizia quanto ao requisito que o "Estado obtenha a prova contra o acusado 'pelos seus próprios e independentes esforços'".

A jurisprudência considera o engajamento do privilégio a partir de um teste conhecido como *Schmerber rule*, o qual parte da diferença entre prova testemunhal (*testimonial*) e real ou física (*real or physical*). Somente as primeiras estariam protegidas pelo privilégio. No caso *Schmerber v. California*,[99] discutia-se a validade do uso como prova de resultado de exame de alcoolemia realizado a partir de amostra de sangue retirada coativamente de envolvido em acidente aeronáutico. A Corte assim considerou:

> Nem a sombra de compulsão a testemunhar ou imposição de comunicar ao acusado esteve envolvida, nem na extração, nem na análise química. As capacidades de testemunhar do requerente não estiveram envolvidas de forma nenhuma; na verdade, sua participação, a não ser como doador, foi irrelevante para os resultados do teste, que dependia apenas de análises químicas. Como o exame de sangue, a despeito de incriminatório e produto da compulsão, não foi nem testemunho ou prova relacionada a ato de comunicação ou de escrita pelo requerente, não há inadmissibilidade fundada no privilégio.

O entendimento é de que o privilégio alcança apenas "as comunicações do acusado, qualquer que seja a forma que elas possam ter, e a coação a reações que também são comunicativas, como, por exemplo, o atendimento a uma notificação para entregar documentos".[100]

O direito dos Estados Unidos guarda muita semelhança com o direito da Inglaterra em relação ao *nemo tenetur*. A peculiaridade é que, nos Estados Unidos, a opção pelo silêncio não pode ser usada em desfavor do imputado. Talvez pela influência da constitucionalização do direito a não ser coagido a testemunhar contra si mesmo, a jurisprudência deu uma interpretação mais ampla do que aquela conferida pelo direito inglês. Todavia, em relação a provas em que não há uma comunicação de conhecimento pelo imputado, a garantia é considerada inaplicável.

---

[98] Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966).
[99] 384 U.S. 757 (1966).
[100] Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966).

Assim, quaisquer atos de colaboração que não sejam comunicativos – como a recolha de amostras de tecidos – e mesmo o uso da palavra sem maior relevância quanto ao conteúdo – o fornecimento de amostras de escrita, por exemplo – não são considerados protegidos.

1.3.6 Alemanha

A Alemanha assegura ao imputado o direito a não falar e a não contribuir ativamente com a acusação, de qualquer forma, sem que isso seja levado em seu desfavor. No entanto, o imputado pode ser obrigado a cooperar na produção de provas que não exijam uma conduta ativa.

Na Alemanha, a tortura como meio de obtenção de provas foi abolida em 1740, por um decreto de Frederico, o Grande. A partir de então, a opção pelo silêncio foi permitida, mas importava em presunção de culpa. No curso do século XIX, passou a ser possível justificar a opção pelo silêncio – com a aceitação da escusa, a opção não prejudicaria a defesa. Apenas no século XX, o silêncio deixou de ser tratado como indicativo de culpa.[101]

A Lei Fundamental, de 1949, não contém cláusula sobre o direito ao silêncio. Contudo, o direito é tido como existente e com *status* de direito fundamental, seja como desdobramento da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito, seja em razão da adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, 3, "g") e à Convenção Europeia de Direitos Humanos.[102] O Tribunal Constitucional entende que a "a máxima segundo a qual ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si mesmo" decorre do direito geral da personalidade (artigo 2, 1, em conjunto com artigo 1, 1, da Lei Fundamental).[103] O Tribunal Federal afirmou que "A máxima que ninguém deve ser obrigado a se autoacusar (*nemo tenetur se ipsum accusare*) se soma aos princípios fundamentais de um processo penal no estado de direito".[104]

---

[101] BUCHHOLZ, Momme. **Der nemo tenetur-Grundsatz**. Kiel: Springer, 2018.
[102] "O princípio *nemo tenetur* não encontrou, *expressis verbis*¸ caminho de entrada na Lei Fundamental. No entanto, é reconhecido por todos, que ele tem *status* constitucional". (BERTHOLD, Volker. **Der Zwang zur Selbstbezichtigung aus § 370 Abs. 1 AO und der Grundsatz des nemo tenetur**. Frankfurt: Lang, 1993. p. 4.)
[103] BVerfGE 56, 37.
[104] BGHSt 58, 301 (304).

No plano legal, a legislação garante o direito a não declarar e o direito a ser advertido quanto à prerrogativa de ficar em silêncio em interrogatórios judiciais ou preliminares (§ 114 (2), § 115 (3), § 136 (1), e § 243 (5)). A decisão do acusado entre declarar ou não deve ser respeitada, estando proibidos meios de forçar a declarar, como maus-tratos, exaustão, intervenções corporais, administração de drogas, tortura, engano, hipnose, meios que prejudicam a memória ou a capacidade de compreensão. Além disso, as ameaças com providências não previstas em lei ou a oferta de vantagens não legalmente contempladas são proibidas (§ 136a).

A legislação não é clara quanto à impossibilidade de valorar o silêncio como indício de culpa. No entanto, a interpretação jurisprudencial vai no sentido de que a coação indireta a declarar tornaria o direito ao silêncio inócuo.[105] A exceção é o silêncio parcial (*Teilschweigen*), ou seja, o imputado opta por falar, mas, no curso do interrogatório, se nega a responder a parte das perguntas.

A jurisprudência estendeu a garantia para provas não declarativas, de acordo com o "critério da conduta" (*Verhaltenskriterium*): as provas que implicam a "tolerância passiva" (*passive Duldungspflichten*) podem ser impostas; as provas que impliquem colaboração ativa (*ative Mitwirkungspflichten*) são protegidas pelo *nemo tenetur*.[106]

Assim, de um modo geral, é possível chamar o acusado a colaborar com provas não declarativas. A lei prevê a possibilidade de exames e intervenções físicas para obtenção de amostras, mesmo sem o consentimento do imputado, desde que não haja risco de prejuízo a sua saúde (§ 81, § 1).

De outro lado, não se permite a submissão a provas que dependam de colaboração ativa do imputado.

A diferença entre tolerância passiva e colaboração ativa nem sempre tem bases sólidas. O caso da participação no reconhecimento pessoal é bastante ilustrativo dessa problemática. Por vezes, afirma-se que estar na fila para o reconhecimento é uma mera tolerância, sendo o imputado obrigado a colaborar. Essa compreensão parte do pressuposto de que se colocar em

---

[105] BVerG, NStZ, 1995, 555.
[106] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 643. No mesmo sentido: RÖSINGER, Luna. **Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbsbelastung**. Köln: Mohr Siebeck, 2019.

fila para o reconhecimento é um comportamento passivo. As autoridades teriam, inclusive, meios para coagir o imputado a adotar uma postura normal, impedindo fisicamente que ele fechasse os olhos, abaixasse a cabeça ou fizesse caretas. Por vezes, porém, a jurisprudência considera que condutas ativas destinadas à preparação, ou mesmo à execução da medida, seriam meramente laterais, portanto, passíveis de coação.[107]

Portanto, a Alemanha interpreta o *nemo tenetur* como um direito a não colaborar com provas que dependam de uma conduta ativa do imputado, sejam elas declaratórias ou não. A omissão em colaborar, nesses casos, não pode ser interpretada como indício de culpa. No entanto, nos demais casos, o direito o *nemo tenetur* não protege o imputado.

1.3.7 Espanha

A Constituição espanhola, de 1978, menciona que "todos têm direito a não declarar contra si mesmos, a não se confessar culpados e à presunção de inocência" (artigo 24.2). Acrescenta que a pessoa presa "não pode ser coagida a declarar" (artigo 17.3).

A legislação consagra o direito ao silêncio, inclusive parcial (art. 118, "g", e art. 520, "a" e "b", da Ley de Enjuiciamiento Criminal). O preso tem direito a ser advertido quanto ao direito ao silêncio (art. 520, 1, "a"). O silêncio não é interpretado em desfavor do imputado (artigo 484, 2, do Código de Procedimiento Penal). O direito ao silêncio é estendido à pessoa jurídica processada (art. 786 bis).

No campo das provas diversas da declaração, o entendimento é de que não há engajamento do privilégio. O Tribunal Constitucional interpreta de forma restritiva o texto constitucional, limitando-o às provas declarativas. Nesse sentido:

> El deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución. [108]

[107] RÖSINGER, Luna. **Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbsbelastung**. Köln: Mohr Siebeck, 2019.
[108] Sentencia 103/1985, de 4 de octubre (BOE núm. 265, de 05 de noviembre de 1985).

A intimação para a entrega de documentos também foi considerada, pelo Tribunal Constitucional, em conformidade com a Constituição, pois quando o contribuinte "*aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidade*".[109]

Na mesma linha, a legislação permite a extração de amostras biológicas, em alguns casos, sem o consentimento do investigado. A Ley Orgánica 10/2007 permite, independentemente de consentimento, a extração de amostras para realização de sequenciamento de DNA de investigados e acusados (artigo 3, 1).

Portanto, a Espanha consagra o direito ao silêncio e impede a retirada de consequências negativas pelo seu exercício, mas não estende o direito a outras provas além da declaração, dando interpretação estrita ao seu texto constitucional.

1.3.8 Itália

A Itália assegura o direito a não ter o silêncio valorado em desfavor do imputado, mas não estende o direito a provas não declaratórias.

A Constituição italiana, de 1949, não tem disposição direta sobre o *nemo tenetur*. Todavia, a Corte Constitucional vê *status* constitucional no direito, qualificando-o como decorrência do direito à ampla defesa, constante do art. 24 da Constituição – "*corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa*" (ordinanze n. 202 del 2004, n. 485 e n. 291 del 2002) e como "pertencente ao grupo de direitos inalienáveis da pessoa humana".[110] A legislação consagra o direito ao silêncio e a impossibilidade de o silêncio servir como indicativo de responsabilidade.

O direito não se aplica a provas não verbais. Há disposições normativas autorizando a coleta de amostra de suspeitos e condenados. A Lei 85/2009 autoriza o sequenciamento de DNA de suspeitos e condenados dos delitos que especifica.

[109] Sentencia 76/1990, de 26 de abril (BOE núm. 129, de 30 de mayo de 1990).
[110] Sentenze n. 238 del 2014, n. 323 del 1989 e n. 18 del 1982.

1.3.9 Portugal

O direito português consagra o direito ao silêncio, o qual não pode ser empregado em desfavor do imputado. A impossibilidade de coagir o imputado a colaborar de outras formas não é reconhecida.

Muito embora não contenha regra consagrando o direito ao silêncio de forma direta, a Constituição portuguesa, de 1976, prevê que são "nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa". A disposição constitucional é especificada pelo art. 126 do Código de Processo Penal, que define como "ofensivas da integridade física ou moral", mesmo com o consentimento do imputado, as provas obtidas mediante:

> a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos;
> b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação;
> c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei;
> d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;
> e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.

Além disso, a legislação ordinária reconhece de forma expressa o direito a não "responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles presta", como direito do arguido em qualquer fase do processo (artigo 61, 1, "d"). O arguido deve ser advertido, nos interrogatórios, quanto à prerrogativa de ficar em silêncio, e a opção por calar não pode ser usada como indicativo de culpa (artigo 141, 4, e artigo 144, 1, e artigo 343, 1). A prerrogativa protege mesmo contra interpretações desfavoráveis do silêncio parcial: dispondo-se a declarar, o arguido pode se negar a responder perguntas específicas, sem prejudicar a defesa (artigo 345, 1). O arguido é ouvido em tal qualidade. Em hipótese nenhuma, presta compromisso de dizer a verdade (artigo 133, 1, "a", e artigo 140, 3).

Quanto às provas não declarativas, vige apenas a invalidade das provas ofensivas da integridade física. Além de não vedar, a legislação afirma a possibilidade de constranger à sujeição a exames diversos, conforme art. 172, 1, do Código de Processo Penal: "Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser

examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente". A norma vem sendo aplicada pela jurisprudência.[111]

A Lei 5/2008 trata da criação de banco de dados de perfis genéticos, autorizando a recolha compulsória de amostras e a realização do teste genético. A medida pode acontecer para fins de investigação criminal, mediante ordem judicial, ou como efeito da condenação a penas superiores a três anos de prisão.[112]

Percebe-se que Portugal reconhece o direito ao silêncio de forma bastante generosa, afirmando o direito do arguido a optar por falar ou calar, sem que o silêncio venha em seu desfavor. Já a colaboração com provas não declarativas pode ser imposta coativamente.

1.3.10 França

A França consagra o direito ao silêncio, o qual não pode ser empregado em desfavor do imputado. A possibilidade de coagir o imputado a colaborar de outras formas não é reconhecida.

O direito ao silêncio não é mencionado nas declarações de direitos que integram o bloco de constitucionalidade.

A legislação ordinária tampouco é clara quanto às consequências da omissão. No interrogatório realizado no curso do julgamento, o réu é informado do direito a se calar (artigo 328 do Code de Procédure Pénale).

Quanto aos interrogatórios anteriores ao processo, houve algumas reviravoltas sobre o direito da pessoa posta em *garde à vue* a ser advertida quanto à possibilidade de ficar em silêncio. O *garde à vue* é uma espécie de detenção relativamente breve – geralmente, 48 horas no máximo –, realizada no interesse das investigações, independentemente de ordem judicial (artigo 63 do Code de Procédure Pénale). Em 2000, entrou em vigor norma que assegura à pessoa detida pelas autoridades policiais (*garde à vue*) a ser advertida quanto ao direito a não responder às perguntas, por força de modificação do art. 63-1 do Code de Procédure Pénale.

---

111 Ac. TRP de 10-07-2013; Ac. TRP de 11.10.2017.

112 Artigo 8º. Antes da edição dessa lei, a doutrina sustentava a impossibilidade de utilizar a norma geral do Código de Processo Penal para recolher amostras genéticas. Ver: BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2007.

Em 2003, o direito à advertência foi revogado, retornando por nova modificação legislativa em 2011. Atualmente, o artigo 63, 1, 3º, do Code de Procédure Pénale, afirma a pessoa detida (*garde à vue*) será informada do direito a se calar.

A lei não impede a dedução de inferências negativas do silêncio. O processo de deliberação no curso do julgamento, mediante tomada de votos e posterior motivação sucinta por um dos decisores, potencializa o risco de, ainda que de forma velada, o silêncio prejudicar a defesa. A doutrina chega a registrar o caráter dúbio da previsão do direito ao silêncio: "a pessoa acusada pode guardar silêncio, mas ela age a sua própria conta e risco".[113]

O direito francês não reconhece o direito à não autoincriminação em relação a provas diversas do silêncio.

Percebe-se que a França é bastante restritiva quanto à proteção contra a autoincriminação, limitando-se a reconhecer o direito a não declarar contra si mesmo, mas sem assegurar que o silêncio não trará prejuízo à defesa. Tampouco assegura o direito a não colaborar com a produção de outras provas.

1.3.11 Argentina

A Argentina reconhece o direito ao silêncio e o direito a não colaborar ativamente com a produção de provas de interesse da acusação.

A Constituição da Argentina, de 1853, foi pioneira em reconhecer o direito ao silêncio, prevendo que "Ninguém pode ser obrigado a declarar contra si mesmo". [114]

Sobre provas não declaratórias, o entendimento da Corte Suprema de Justicia de la Nación é de que o direito constitucional não alcança provas de índole material:

> A cláusula constitucional que estabelece que ninguém pode ser obrigado a declarar contra si mesmo veda o uso de qualquer forma de coação ou artifício tendente a obter declarações sobre os fatos que a pessoa não tem o dever de exteriorizar, mas não abarca os eventos em que a prova é de índole material e fruto da livre vontade do beneficiado. [115]

---

[113] MONCEAUX, Elsa. **Quel droit au silence em procédure pénale?** Assas: Université Panthéon-Assas, 2011.
[114] Artigo 18.
[115] R. 127. L. RHE19/04/2016, fallos: 339:480.

O direito argentino prevê a obrigatoriedade de o imputado se submeter a exames corporais (artigo 217), dentre eles a extração de amostras para exame de DNA (artigo 218) e a participação de reconhecimento pessoal (artigo 270), mas exime o imputado de participar da reconstituição do delito (artigo 221, parágrafo), todos do Codigo Procesal Penal.

O direito argentino, pioneiro em afirmar o direito ao silêncio, não permite a valoração negativa do exercício dessa prerrogativa, mas não o estende a outros meios de obtenção de prova.

1.3.12 México

Assim como a Argentina, o México foi um dos pioneiros no reconhecimento de um direito ao silêncio.

A Constituição do México, de 1917, previa que o acusado "não poderá ser compelido a declarar contra si".[116] O texto atualmente em vigor prevê o direito a "declarar ou a guardar silêncio", sendo que o detido deve "ser informado do direito ao silêncio", o qual, se exercido, "não poderá ser utilizado em seu prejuízo", ao passo que a "confissão sem assistência de defensor carecerá de valor probatório".[117]

Portanto, o México reconhece, em nível constitucional, o direito ao silêncio de forma ampla e impede a retirada de inferências negativas do exercício da prerrogativa, consagrando o direito à informação e à assistência da defesa técnica e permitindo ao imputado abster-se a declarar, mesmo que em relação a pontos sem potencial autoincriminatório.

O México não reconhece o direito a não participar de provas não declaratórias.

O Código Nacional de Procedimientos Penales autoriza a realização do reconhecimento pessoal, "mesmo sem o consentimento do imputado" (artigo 277, § 2), exigindo, para tanto, ordem judicial (artigo 252, V). Também por ordem judicial, o imputado pode ter que fornecer compulsoriamente amostras de "fluído corporal, pelos ou cabelos" e ser submetido a "exames

[116] Art. 20, II, previa que A redação atual do artigo 20, B, II, prevê o direito a "declarar ou a guardar silêncio" e afirma que a "confissão sem assistência de defensor carecerá de valor probatório".
[117] A 20, B, II.

corporais de caráter biológico, extração de sangue ou análogos", além da captura de imagens de seu corpo (artigos 269 e 270).

Portanto, o México foi um dos pioneiros no reconhecimento do direito ao silêncio, e confere a esse direito caráter amplo, com um regime constitucion

al bem desenvolvido, que deixa pouco ou nenhum espaço para limitações pela legislação. No entanto, não há reconhecimento de um direito geral a não produzir provas contra si mesmo, podendo ser o imputado compelido a colaborar com a produção de provas não declarativas.

1.3.13 Chile

O Chile reconhece, de forma ampla, o direito ao silêncio.

A Constituição Chilena, de 1980, afirma que o acusado não pode ser obrigado a declarar "sob juramento sobre fato próprio".[118] O Codigo Procesal Penal reconhece o direito a guardar silêncio, a ser advertido da prerrogativa e a não ter a recusa interpretada em prejuízo à defesa (artigo 93, "g"). A lei também proíbe "qualquer meio de interrogatório que limite a liberdade de declarar" e veda qualquer "classe de coação, ameaça ou promessa", salvo, neste último caso, se prevista em lei. E exemplifica com a vedação de "qualquer método que afete a memória ou a capacidade de compreensão e a realização de maus-tratos, ameaças, ou administração de fármacos ou hipnose", ainda que com o consentimento do imputado (artigo 195).

Contudo, a lei permite a submissão coativa a exames corporais diversos, como "provas de caráter biológico, extração de sangue ou análogos", desde que mediante ordem judicial (artigo 197), assim como exames de DNA (artigo 199).

Portanto, o Chile reconhece o direito ao silêncio de forma ampla, mas não consagra o direito a não colaborar com a acusação de outras formas.

[118] Artigo 19, § 7º, "f".

1.3.14 Colômbia

A Colômbia consagra o direito ao silêncio, de forma ampla, mas não consagra o direito a não colaborar com outros tipos de prova.

A Constituição da Colômbia, de 2006, dispõe que "ninguém poderá ser obrigado a declarar contra si mesmo ou contra seu cônjuge, companheiro permanente ou parentes de até quarto grau de consanguinidade, segundo a afinidade civil".[119] O Código de Procedimiento Penal prevê que o direito ao silêncio não pode ser usado contra a defesa (artigo 8, "c").

Quanto a provas diversas das declarações, a legislação permite toda a sorte de exames corporais no imputado, sem seu consentimento, desde que haja justa causa e autorização judicial. O artigo 247 admite que se performem exames corporais no imputado. O artigo 249 permite genericamente a "obtenção de amostras que envolvem o imputado", mencionando especificamente o exame grafotécnico (1) e fluidos corporais, cabelos, pelos púbicos, pelos, voz, impressão dental e pisadas (2). A Corte Constitucional reconheceu a constitucionalidade dessas disposições. Muito embora tenha afirmado que haveria um engajamento da autoincriminação nas hipóteses em que essas provas são obtidas coativamente, afirmou que a intervenção poderia ser justificada, mediante um juízo de proporcionalidade. Para isso, usou dois argumentos: (i) a prova é neutra, não incriminatória, já que o resultado das intervenções pode também ser favorável à defesa; e (ii) as provas têm existência independentemente da vontade do arguido. Assim foram resumidas as razões da decisão:[120]

> *En cuanto a la afectación del derecho a no autoincriminarse y de la presunción de inocencia, la Corte Constitucional comparte los criterios de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de señalar que la inspección corporal no implica ni en su diseño ni en su aplicación un desconocimiento del derecho a no autoincriminarse, como quiera que los elementos materiales probatorios y la evidencia física buscados pueden obrar tanto para establecer la responsabilidad del imputado como para exonerarlo. Adicionalmente, dado que la inspección corporal está orientada a buscar en el cuerpo del imputado, elementos materiales probatorios y evidencia física cuya existencia misma no depende de la voluntad del imputado, la recuperación de tales elementos no constituye una afectación desproporcionada del derecho del imputado a no declarar contra sí mismo*.

[119] Artigo 34.
[120] Sentencia C-822 de 2005, Corte Constitucional, decisão de 10.8.2005.

O Código ainda prevê a submissão compulsória a exame de DNA (artigo 245).

Portanto, a Colômbia reconhece o direito ao silêncio de forma ampla, mas, conquanto a Suprema Corte mencione a existência de um direito geral à não autoincriminação, esse direito parece ser muito limitado, tendo em vista a compatibilidade com a ordem constitucional da submissão do imputado a exames diversos.

1.3.15 Peru

Também o Peru consagra o direito ao silêncio de forma ampla, mas não o direito a não colaborar com outros tipos de prova.

A Constituição peruana, de 1993, prevê que "carecem de valor as declarações obtidas pela violência".[121] O Código Procesal Penal prevê que ninguém pode ser obrigado ou induzido a declarar ou a reconhecer culpa contra si mesmo, contra seu cônjuge, ou seus parentes dentro do quarto grau de consanguinidade ou segundo de afinidade (artigo IX, 2). Por ocasião do interrogatório, deve ser advertido do direito ao silêncio e o seu exercício não lhe trará prejuízo (artigo 87, 2).

A legislação prevê a submissão compulsória do imputado, mediante ordem judicial, a exames corporais (artigo 211) e ao reconhecimento pessoal (artigo 189).

Portanto, o direito ao silêncio é reconhecido de forma ampla, mas não o direito a não colaborar com outros tipos de provas.

1.3.16 Brasil

O Brasil reconheceu o direito a não ter o silêncio interpretado em desfavor da defesa a partir da interpretação da Constituição de 1988, embora o texto esteja longe de ser claro a esse respeito. A doutrina costuma invocar o direito à não autoincriminação em casos envolvendo

[121] Artigo 2, "h".

meios de obtenção de provas, mas não há um marco normativo amparando o direito a não colaborar.

No Brasil, o direito ao silêncio é uma norma autônoma de *status* constitucional, ainda que não esteja explícito no texto constitucional. A única menção ao silêncio está no art. 5º, LXIII, da Constituição, que afirma que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado". Não se trata de uma enunciação direta do direito ao silêncio, mas uma menção ao direito a ser advertido do direito a permanecer calado.

O texto constitucional liga o direito à advertência à circunstância da prisão. No entanto, não há sentido lógico em atribuir o direito ao silêncio apenas ao preso. Aparentemente, o Constituinte buscou mimetizar a norma dos Estados Unidos quanto à advertência do direito ao silêncio. Naquele país, a Constituição enuncia o direito ao silêncio, mas não o direito à advertência. O entendimento da Suprema Corte, a partir do caso *Miranda v. Arizona*,[122] é de que o preso, por sua especial situação de fragilidade, deve ser expressamente advertido quanto ao direito ao silêncio. Nos Estados Unidos, o direito à advertência é uma manifestação do direito ao silêncio – todos têm direito ao silêncio, mas apenas aqueles que estão em especial situação de sujeição têm o direito a serem advertidos de que têm o direito ao silêncio.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a interpretação lógica do texto constitucional brasileiro é de que qualquer imputado goza do direito ao silêncio, e o preso ainda goza do direito constitucional a ser advertido quanto ao direito ao silêncio.

Há, portanto, uma norma constitucional autônoma, ainda que não contemplada em um texto específico.

Em 1992, o país internalizou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica – respectivamente, Decreto 502/1992 e Decreto 678/1992. Ambos claramente enunciam o direito ao silêncio. Logo, o caráter de direito fundamental e autônomo foi reforçado. Portanto, no Brasil, o direito ao silêncio é norma constitucional e convencional, a ser aplicada independentemente do suporte de outras normas constitucionais.

Além disso, há outras normas constitucionais que podem amparar a dedução do direito ao silêncio, como fez a Corte Europeia de Direitos Humanos em relação à Convenção, e países

[122] 384 U.S. 436 (1966).

como Itália e Portugal em relação às próprias Constituições. Assim, leciona Paulo Mário Canabarro Trois Neto:

> A norma que assegura uma posição individual de não colaboração do acusado em face do Estado-persecutor reside na união de diversos enunciados constitucionais, dentre os quais o do art. 1º, III, (dignidade humana, do art. 5, LIV (devido processo legal), do art. 5º, LV, (ampla defesa), e do art. 5º, LVII (presunção de inocência).[123]

Em linha semelhante é a posição de Guilherme Nucci, para quem a imunidade à autoacusação é "decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII), da ampla defesa (art. 5º, LV) com o direito fundamental de poder o réu manter-se calado diante de qualquer acusação (art. 5º, LXIII)".[124]

A legislação ordinária, por sua vez, apenas recentemente reconheceu o direito a não ter o silêncio interpretado como indicativo de culpa. O Código de Processo Penal, de 1941, previa que o imputado seria informado de que não estava obrigado a responder as perguntas, mas que o seu silêncio poderia "ser interpretado em prejuízo da própria defesa" (art. 186). Apenas em 2003 a disposição foi modificada, passando a prever que o "O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa" (art. 186, Parágrafo único, introduzido pela Lei 10.792/2003).

Atualmente, é inconteste que o imputado tem direito ao silêncio em qualquer interrogatório, durante a investigação ou no curso da ação penal; que, preso ou solto, tem o direito a ser advertido do direito ao silêncio, e que a opção pelo silêncio não serve como indicativo de responsabilidade penal.

No Brasil, o *nemo tenetur* vem sendo invocado, sozinho ou acompanhado de outros direitos, para debater a validade da produção de diversas provas. O STF registra jurisprudência dispensando o acusado de colaborar com a produção de provas – participar da reconstituição do delito[125] ou fornecer amostras de caligrafia[126] ou de voz[127] para perícia.

---

[123] TROIS NETO, Paulo Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 104

[124] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 35.

[125] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 69.026**. (Primeira Turma). Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 10.12.1991.

[126] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 77.135.** Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 8.9,1998.

[127] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 83.096**. (Segunda Turma). Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em

A legislação, todavia, não é clara quanto à possibilidade da recusa à colaboração com provas não declarativas.

O Código de Processo Penal não traz maiores subsídios para uma decisão, para um lado ou para outro.

O Código de Processo Penal Militar contém uma regra geral contra a autoincriminação. O art. 296, § 2º, do CPPM, prevê que "Ninguém está obrigado a produzir prova que o incrimine, ou ao seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão". Apesar da aparente amplitude do texto normativo, a doutrina tende a interpretar a regra como uma mera escusa contra a coação para a colaboração ativa, assemelhando-se à orientação vigente na Alemanha.[128]

No processo civil, há normas que consagram o direito do terceiro, e mesmo da parte, a não colaborar com a produção de provas autoincriminatórias. O Código de Processo Civil estabelece um dever geral de colaborar com a produção de provas – o art. 378 do Código de Processo Civil: "Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade". A legislação reserva à parte o "direito de não produzir prova contra si própria" (art. 379). Lido ao pé da letra, esse artigo estabeleceria um privilégio geral de não colaborar com a produção de provas em demandas cíveis, colidindo com o dever das partes de "expor os fatos em juízo conforme a verdade" (art. 77, I, do CPC). A doutrina vem limitando esse direito aos fatos com repercussão penal. Nesse sentido, é o Enunciado 31 da I Jornada de Processo Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

> A compatibilização do disposto nos arts. 378 e 379 do CPC com o art. 5º, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si quando houver reflexos no ambiente penal.

A disposição do art. 379 deve ser lida em conjunto com o art. 379, I, do CPC, que escusa a parte de depor sobre fatos "criminosos ou torpes que lhe forem imputados".

Quanto aos terceiros, o CPC traz dispositivos sobre testemunho e exibição de documentos, que podem servir de guia para outros meios de prova.

18.11.2003.

[128] ROTH, Ronaldo João. O direito de não autoincriminação versus o reconhecimento pessoal. **Revista Direito Militar**, Florianópolis, v. 16, n. 100, p. 33-38, mar./abr., 2013.

Quanto ao testemunho, o art. 448, I, do CPC, escusa o depoimento sobre fatos "que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau".

Na mesma linha, quanto à exibição de documentos, o art. 404, III, escusa a parte e o terceiro de exibir documentos quando "sua publicidade redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal" (art. 404, III, do CPC).

Portanto, a legislação processual cível brasileira admite a escusa não apenas quanto a fatos criminosos, mas também "torpes" (parte), ou cuja descoberta possa "acarretar grave dano" (testemunha), ou cuja "publicidade redundar em desonra".

Esses mesmos parâmetros podem ser transportados a outros meios de prova, servindo como um guia geral de proteção contra a autoincriminação em processos cíveis e administrativos.

O Supremo Tribunal Federal considerou que o direito à não autoincriminação não é absoluto, podendo ceder em um juízo de proporcionalidade. O caso tratava da criminalização da conduta de se evadir de local de acidente de trânsito. O Tribunal afirmou que a vedação à autoincriminação tem extrato constitucional e conta com um núcleo essencial, o qual seria afetado se o imputado fosse coagido a adotar postura ativa ("por meio da exigência de uma postura ativa do agente na assunção da responsabilidade que lhe é imputada"). De forma contraditória, o mesmo voto admite (ainda que em *obter dictum*) a flexibilização do direito a não colaborar ativamente ("O direito de o investigado ou réu não realizar condutas ativas que importem na introdução de informações ao processo também comporta diferentes níveis de flexibilização, embora a regra geral seja a da sua vedação"). [129]

Portanto, o direito ao silêncio integra o ordenamento jurídico, seja pela interpretação da Constituição de 1988, seja pela incorporação de tratados de direitos humanos. Reconhece-se o direito a não ter o silêncio interpretado em prejuízo da defesa e a, em procedimentos cíveis, não colaborar diretamente com a produção de provas potencialmente incriminatórias. Porém, os

[129] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 971.959**. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14.11.2018.

limites do direito a não produzir provas contra si mesmo não são dados de forma clara ou definitiva pela legislação ou pela jurisprudência.

1.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

Para a evolução deste estudo, é relevante reter algumas informações acerca do panorama do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação.

O reconhecimento do direito a não sofrer coações diretas para extrair declarações é muito bem estabelecido na tradição jurídica ocidental. Não se cogita do uso da tortura ou de outros métodos cruéis para subjugar a vontade do imputado e obter declarações.

De outro lado, o reconhecimento do direito a não ter o silêncio interpretado como indicativo de culpa também é muito difundido, mas não chega a ser universal. Merece destaque, nesse sentido, a Inglaterra, que claramente afirma a possibilidade de empregar o silêncio em desfavor do imputado, desde que os indícios de sua culpa levem a concluir que seria razoável exigir uma declaração.

Além disso, vários países permitem a retirada de indicativos desfavoráveis do silêncio temporário. As defesas por emboscada (*ambush defenses*), ou seja, a introdução de uma versão fática, pelo imputado, em uma fase avançada da persecução penal, na qual é difícil à acusação verificar sua veracidade e, se for o caso, refutá-la, podem ser vistas com desconfiança pelos julgadores, sem que isso represente violação ao direito ao silêncio.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, de outro lado muito loquaz na afirmação da proteção contra a autoincriminação, permite inferências negativas do silêncio (*John Murray v. Reino Unido*).[130]

A proteção contra a autoincriminação, em hipóteses que não envolvem o silêncio, tem como marco relevante a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos em *Jalloh contra Alemanha*, de 2006.[131] Essa decisão afirma que existe um direito geral a não produzir provas contra si mesmo.

---

[130] John Murray v. Reino Unido, 18731/91, decisão de 8.2.1996.
[131] Jalloh v. Alemanha, 54810/00. Decisão de 11.7.2006.

O direito geral a não produzir provas contra si mesmo não é, no entanto, ilimitado. Todos os países estudados estabelecem restrições ao direito a não produzir provas não declarativas. Nesse ponto, a recente institucionalização de bancos de dados de perfis genéticos pelas jurisdições que têm condições econômicas para investir nessa tecnologia demonstra que estamos diante de um direito passível de sofrer restrições.

Os limites dos limites ao direito à não autoincriminação estão longe de uma definição. Até o momento, o que se tem são soluções *ad hoc*, baseadas em juízos nem tão consistentes de justiça.

Conclui-se que, além do direito a não declarar, é conhecido um direito geral a não produzir provas contra si mesmo, o qual, no entanto, não é um direito absoluto. Este trabalho buscará sistematizar a produção até o momento, propondo bases para que os casos possam ser avaliados com coerência.

2 DO DIREITO AO SILÊNCIO AO DIREITO A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO

Os países em geral enfrentam um dilema na identificação da extensão da prerrogativa do imputado[132] de não participar na produção probatória: de um bem estabelecido direito fundamental ao silêncio, ensaiam uma extrapolação em direção a uma prerrogativa ampla de não produzir provas contra si mesmo.

Há embasamento suficiente para afirmar que o direito ao silêncio é uma garantia universalizada nos países democráticos. Ela consta de convenções sobre direitos humanos, seguindo o modelo da Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos de consagrar o direito de não ser testemunha contra si mesmo – artigo 14, 3, "g", do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no artigo 8, 2, "g", do Pacto de San José da Costa Rica. Além disso, é uma decorrência de outras garantias universalizadas, como a presunção de inocência, a vedação de tortura e a liberdade de expressão.

A extrapolação do direito ao silêncio em direção a um direito geral a não produzir provas contra si mesmo tem seguido diferentes intensidades nos países de tradição *common law* e romano-germânica.

Nos países de *common law*, a tendência é de limitar a proteção ao direito ao silêncio.

Nos Estados Unidos, a Quinta Emenda à Constituição estabelece que ninguém será obrigado, em casos criminais, a testemunhar contra si mesmo.[133] A Suprema Corte tem tradição em limitar o privilégio a casos em que envolvido o direito a depor, respondendo a perguntas. Assim, a participação ativa ou passiva do imputado no caso pode ser exigida, desde que não haja conteúdo testemunhal. Por exemplo, em *Holt contra Estados Unidos*,[134] considerou-se legítima a exigência de que o imputado vestisse determinada blusa para submissão a

[132] No curso desta obra, é usado o termo "imputado" para significar qualquer pessoa submetida a investigação ou processo penal. No direito brasileiro, não há um termo genérico que sirva claramente para referir a quem está no polo passivo de procedimento de natureza criminal, em todas as suas fases. Usam-se os termos "investigado" ou "indiciado" para o inquérito e "réu" para a ação penal. Para simplificação, utilizaremos o termo "imputado" de forma geral, empregando "investigado" – submetido a investigação – "indiciado" – suspeito em uma investigação – e "acusado" – réu em processo, quando necessária a diferenciação.
[133] "No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself [...]".
[134] 218 U. S. 245.

identificação. Em *Schmerber contra Califórnia*,[135] considerou-se legítima a colheita de amostra de sangue, contra a vontade do investigado, para exame de alcoolemia.

Na Inglaterra, os próprios limites do direito ao silêncio vêm sendo testados. Em caso interessante, os investigados tiveram computadores apreendidos, mas o acesso ao disco rígido foi impossível, visto que se recusaram a fornecer senha. Foram processados e condenados pela recusa. A Corte de Apelação considerou que a senha é uma informação preexistente e independente, pelo que não haveria possibilidade de uma afirmação falsa enganar as autoridades. Dadas essas circunstâncias, concluiu que o direito ao silêncio não se aplicaria.[136] De fato, os implicados não poderiam mentir eficazmente quanto à senha. Se informassem senha errada, isso seria imediatamente percebido. Assim, se o fundamento da proteção contra a autoincriminação for simplesmente evitar que o Estado pressione por confissões inverídicas (teoria epistêmica), certamente o caso estaria fora de seu escopo.

Nos países de tradição romano-germânica e no sistema europeu de proteção aos direitos humanos, a tendência vem sendo de alargamento da garantia. A despeito da inexistência de marcos normativos claros, o direito ao silêncio passou a ser extrapolado em direção ao reconhecimento de uma prerrogativa geral de não produzir provas contra si mesmo.

A Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que "o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação são *standards* internacionais de reconhecimento geral que estão na essência do direito a um julgamento justo", previsto no artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Acrescentou que o direito à não autoincriminação é "intimamente ligado à presunção de inocência", prevista no artigo 6, 2, da Convenção.[137] Com base nessa compreensão, afirmou a contrariedade à Convenção Europeia de Direitos Humanos de uma série de decisões que a afirmaram a validade da coação do imputado a colaborar com a produção de provas não declarativas. No caso mais significativo, *Jalloh contra Alemanha*,[138] apontou violação à garantia contra a autoincriminação, pela extração forçada de droga do aparelho digestivo de traficante.

A Alemanha reconhece, em algumas hipóteses, o direito a não colaborar com provas

[135] 384 U.S. 757 (1966).
[136] R v S(F) [2008] EWCA Crim 2177, [2009] 1 WLR 1489.
[137] Saunders v. UK. § 68.
[138] Caso 54810/00. Decisão de 11.7.2006.

diversas do interrogatório. A declaração de direitos da Lei Fundamental alemã não consagra sequer o direito ao silêncio. Este passou a integrar o catálogo de direitos fundamentais apenas com a incorporação, em 1973, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o qual tem *status* constitucional, por força da primazia do direito internacional, na forma do artigo 25 da Lei Fundamental.[139] Interpretando a cláusula do Pacto, que menciona o direito a não depor contra si, a jurisprudência estendeu a garantia para provas não declarativas, de acordo com o "critério da conduta" (*Verhaltenskriterium*): as provas que implicam a "tolerância passiva" (*passive Duldungspflichten*) podem ser impostas; as provas que impliquem colaboração ativa (*ative Mitwirkungspflichten*) são protegidas pelo *nemo tenetur*.[140] A posição é baseada no "dualismo corpo-alma" (*Leib-Seele Dualismus*): o imputado deve suportar o uso de seu corpo como meio de prova, mas não pode ser coagido a revelar fatos ocultos em seu "espírito".[141]

No Brasil, o *nemo tenetur* vem sendo invocado, sozinho ou acompanhado de outros direitos, para debater a validade da produção de diversas provas. O STF registra jurisprudência dispensando o acusado de colaborar com a produção de provas – participar da reconstituição do delito[142] ou fornecer amostras de caligrafia[143] ou de voz[144] para perícia.

A validade da revelação, pela via judicial, da prerrogativa de não produzir prova contra si mesmo, fora dos casos envolvendo o direito ao silêncio, merece escrutínio. A tarefa de criar direitos fundamentais é primariamente do legislador constituinte, assim como a tarefa de estabelecer direitos humanos corresponde ao processo de adoção e internalização de tratados. A revelação de um direito fundamental não escrito suscita dúvidas sobre a invasão da competência política pelos tribunais. O "desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional" configura o ativismo judicial.[145]

Ainda que sua função primária não seja a de constituir direitos fundamentais, os tribunais têm atribuição de interpretar o direito, pelo que dispõem de margem para extrair

---

[139] No plano legal, o direito ao silêncio está contemplado nos §§ 115, 3, e 136, 5, do StPO. Ver: BUCHHOLZ, Momme. **Der nemo tenetur-Grundsatz**. Kiel: Springer, 2018. p. 13-15.
[140]SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 643.
[141] BUCHHOLZ, Momme. **Der nemo tenetur-Grundsatz**. Kiel: Springer, 2018. p. 292.
[142] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 69.026**. (Primeira Turma). Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 10.12.1991.
[143] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 77.135**. Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 8.9.1998.
[144] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 83.096**. (Segunda Turma). Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 18.11.2003.
[145] RAMOS, Elival dos Santos. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 138.

normas implícitas a partir das normas escritas. A via interpretativa compreende os raciocínios indutivo (do particular para o geral) e dedutivo (do geral para o particular). Muito embora de forma breve, a Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou, na fundamentação de seu julgamento, que o direito geral a não produzir provas contra si mesmo pode ser deduzido dos direitos ao julgamento justo e à presunção de inocência, expressamente mencionados na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Nos países que contam com reconhecimento do direito ao silêncio, também é possível usar o raciocínio indutivo, para extrair que, além do silêncio, existem outras formas de não cooperação com a acusação que, pelas mesmas razões, devem ser asseguradas.

No presente capítulo, discute-se o raciocínio que leva ao reconhecimento do direito geral a não produzir provas contra si mesmo. Uma tendência ao reconhecimento de um direito mais amplo de não cooperar não vem acompanhada de fundamentos ou de limites. Invoca-se o brocardo latino *nemo tenetur seipsum prodere* ou suas variantes, na direção do reconhecimento de um direito geral a não produzir provas contra si mesmo, ou direito à não autoincriminação.[146] Uma simples máxima está longe de dar conta de esgotar todos os ângulos e as complexidades que semelhante prerrogativa tem.

No primeiro subcapítulo, debate-se o papel da jurisdição constitucional na interpretação de direitos fundamentais e humanos, em especial seu poder de interpretar ampliativamente um direito, de forma a dele derivar um novo direito. Concluímos que a jurisdição constitucional tem uma margem de interpretação dos direitos fundamentais mais ampla do que aquela a ser observada quanto às normas estruturais.

No segundo subcapítulo, é debatida a questão do ponto de vista específico do direito ao silêncio e do direito a não produzir provas contra si mesmo. Para tanto, a racionalidade que ampara o direito ao silêncio é investigada. Os fundamentos racionais podem ser, grosseiramente, classificados em epistêmicos, não epistêmicos e sistêmicos. Cada um deles é testado, buscando-se avaliar se pode ser extrapolado em direção a um direito geral a não produzir provas contra si mesmo.

---

[146] No curso deste trabalho, utilizaremos as expressões "*nemo tenetur*", "direito a não produzir provas contra si mesmo", "direito a não se autoincriminar" e "direito à não autoincriminação" como sinônimos, significando esse direito geral a não produzir provas contra si mesmo.

No terceiro subcapítulo, os direitos fundamentais que amparam o direito ao silêncio são submetidos à mesma análise. Verifica-se em que medida eles amparam o direito ao silêncio e se a mesma racionalidade pode ser transposta a um direito geral a não produzir provas contra si mesmo.

No quarto subcapítulo, apresentamos conclusões parciais. Neste ponto, tomamos posição sobre o que deve ser entendido como direito ao silêncio e como direito a não produzir provas contra si mesmo. O direito ao silêncio deve ser compreendido como um direito que se manifesta por meio de uma norma com estrutura de regra, uma decisão prévia em favor da preservação do imputado contra a produção de efeitos negativos de sua negativa em declarar. O direito geral a não produzir provas contra si mesmo pode ser induzido a partir do direito ao silêncio, tratando-se de um gênero do qual o direito ao silêncio é espécie. No entanto, muito embora mais abrangente, é bem menos protetivo. Trata-se de uma proteção *a priori*, com estrutura de princípio, a ser concretizado pelo legislador e pelo Poder Judiciário para ser projetado aos casos concretos.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O direito geral a não produzir provas contra si mesmo tem sido derivado, pela via interpretativa, sem amparo em texto direto e com força de um direito humano e de um direito fundamental, de outros direitos humanos e fundamentais.

Para verificar esse processo, é importante analisar o poder da jurisprudência de interpretar e de reconhecer direitos.

O reconhecimento jurisdicional de direito é feito por meio de decisões de controle, as quais têm por parâmetro os tratados de direitos humanos e a Constituição, e por objeto decisões normativas, jurisdicionais ou administrativas. Portanto, é por meio da jurisdição constitucional, assim compreendida como a "atividade jurisdicional voltada ao exercício do controle de constitucionalidade",[147] que esse reconhecimento ocorre.[148] Quando se adotam por parâmetro

[147] HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado na jurisdição constitucional brasileira. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo (Corod.). **Jurisdição constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 48-78. p. 48.

[148] Estamos empregando a expressão "jurisdição constitucional" não apenas para aquela atividade que tem como

as convenções de direitos humanos, pode-se falar em controle de convencionalidade, ou mesmo em jurisdição convencional.

Os tribunais que compõem os sistemas de proteção aos direitos humanos usam tratados de direitos humanos como parâmetro e decisões internas dos Estados-parte como objeto. A Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos empregam tratados sobre direitos humanos como parâmetro para controlar decisões internas com potencial de violar direitos humanos. O objeto será necessariamente uma decisão interna de um dos Estados contratantes, podendo ser uma decisão legislativa, administrativa ou judicial. Mas o objeto será necessariamente uma decisão que negou o reconhecimento ou a aplicação de um suposto direito humano. Uma decisão que tenha reconhecido ou dado aplicação demasiadamente ampla a um direito humano estará fora do controle – salvo se, para tanto, houver violado outro direito humano.

A via qualificada a inovar no ordenamento jurídico e reconhecer direitos é a legislativa. O reconhecimento de direitos pela jurisdição constitucional acaba produzindo tensões com os Poderes incumbidos de produzir normas. Assim, a via natural para o reconhecer de um direito humano é o tratado, observando-se a separação entre as funções de criação e de aplicação do direito.[149] As decisões dos tribunais internacionais produzem tensão com as instâncias internas, na medida em que limitam o poder destas. O reconhecimento de um direito por uma Corte internacional de direitos humanos provoca tensão entre a instância internacional e os países soberanos. Da mesma forma, o reconhecimento de direitos fundamentais pela jurisdição constitucional produz tensão com o parlamento.

No plano interno, as decisões de controle podem ter por parâmetro não apenas os tratados de direitos humanos, mas também a Constituição. A decisão tem o potencial de produzir tensão com o parlamento, quando diverge da concretização do direito fundamental dado pela lei, pronunciando a invalidade do ato legislativo ou deixando de aplicá-lo ao caso concreto.

---

objeto a Constituição, mas também para os tratados de direitos humanos.

[149] O Pacto de San José da Costa Rica prevê, em seu artigo 77, um procedimento de adoção de protocolos adicionais à Convenção, "com a finalidade de incluir progressivamente no regime de proteção da mesma outros direitos e liberdades". A Convenção Europeia de Direitos Humanos conta com sete protocolos adicionais adotados.

Também existe a possibilidade de a jurisdição constitucional aplicar determinado direito humano ou fundamental de forma direta, sem intermediação legislativa, em espécie de sobreposição à força criadora da atividade parlamentar.

Mesmo com potencial para produzir tensões, não se pode negar que o papel interpretativo das Cortes pode levar à afirmação de direitos, ainda que implícitos no ordenamento jurídico. Os limites desse papel interpretativo não são evidentes.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se a avaliar se a jurisdição tem uma margem de apreciação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos mais larga do que aquela que envolve o emprego de outras normas constitucionais ou convencionais como parâmetro de controle.

2.1.1 Decisões de controle e limites

Neste título, busca-se definir o que são decisões de controle de constitucionalidade e de convencionalidade, bem como estabelecer os limites dessas decisões na intervenção em decisões de outros Poderes.

Os limites da interpretação de normas convencionais e constitucionais são objeto de viva controvérsia. O Constitucionalismo moderno preocupa-se em equilibrar direito e política, de forma a, "além de evitar invasões totais da esfera política na jurídica", também "cuidar para que o contrário não aconteça, assim como aperfeiçoar a comunicação entre essas esferas".[150] O tema tem raízes na teoria da interpretação das normas constitucionais e na controvérsia entre as posturas interpretativas da *judicial restraint* e do *judicial activism.*

A doutrina da *judicial restraint* "se inspira no valor de deferência frente ao legislador democrático".[151] Por sua vez, a doutrina do *judicial activism* "se inspira no valor de congruência do direito com a 'consciência social'".[152]

---

[150] SOUZA FILHO, Ademar Borges de. **Pontes de transição entre o direito e a política: sentenças aditivas na experiência recente do STF**. In Publicum, v. 2, n. 2, p. 74-111 2016.
[151] GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretacíon constitucional**. Madrid: Trotta, 2008. p. 63.
[152] GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretacíon constitucional**. Madrid: Trotta, 2008. p. 64.

No Brasil, a expressão "ativismo judicial" é usada pejorativamente para significar o "desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional".[153] Ou seja, trata-se de uma atividade jurisdicional em desacordo com o direito, a invadir a competência de outros Poderes.

Ocorre que, nem sempre, são claros os limites de atuação da jurisdição.

As Constituições e as Convenções sobre direitos humanos são recheadas de normas abertas. Como afirma Guastini, são "textos 'largos', que expressam solenemente valores, princípios gerais, programa de reforma econômico-sociais, etc.".[154]

As normas constitucionais abertas são passíveis de concretização pela legislação, para aplicação aos casos concretos. De forma semelhante, as convenções sobre direitos humanos são vocacionadas a serem concretizadas por normas internas, para uma posterior aplicação. A adoção de normas abertas com potencial aplicativo representa uma transferência de competências para a magistratura, servindo como ferramenta para a ampliação do poder da jurisdição de intervir em fatos da vida. A aplicação direta, pela jurisdição, de normas abertas, normalmente destinadas a serem concretizadas por outras normas, é um campo particularmente propício para o ativismo.

O exercício da jurisdição constitucional, assim entendida como a competência dos juízes para aplicar a Constituição, não importando se de forma concentrada – por Tribunais Constitucionais – ou difusa – por qualquer órgão do Poder Judiciário –, é motivo de preocupação quanto à possível invasão da competência de outros Poderes. O mesmo fenômeno ocorre em relação à aplicação de convenções sobre direitos humanos. Tanto a aplicação pelas Cortes internacionais de Direitos Humanos (Corte Europeia de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos) quanto por membros do Poder Judiciário dos países signatários transfere poder aos magistrados. A atribuição à jurisdição da competência para aplicar diretamente normas constitucionais e convencionais acaba misturando papéis que, numa visão liberal-clássica, seriam rigidamente divididos entre parlamento e jurisdição. No entanto, essa transferência de poder é inerente à jurisdição constitucional (e convencional), não representando, por si só, um defeito do sistema.

---

[153] RAMOS, Elival dos Santos. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 138.
[154] GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretacíon constitucional**. Madrid: Trotta, 2008. p. 55.

O ativismo somente ocorre se a jurisdição excede sua competência, ingressando no terreno que seria da política. Não é fácil, entretanto, apontar o limite entre interpretação e construção do direito; entre hermenêutica e política.

Existem diferenças teóricas entre as atividades política e jurídica. Waldron ressalta que o direito lida com conflitos binários, que envolvem decidir sobre a existência ou não de direitos, usando processo de decisão concentrado na interpretação dos textos normativos, dos precedentes e da doutrina; já a política lida com debates abertos, mostra-se hábil para tratar com questões multifacetadas, avaliando aspectos morais, éticos, econômicos e pragmáticos.[155] A despeito dessas linhas gerais, a fronteira entre aplicação e construção da Constituição nem sempre é demarcada com precisão. Por mais comedido que o julgador seja, estará construindo significados sobre o texto constitucional.

Fato é que, mesmo correndo o risco de cruzar limites, a aplicação da Constituição e das convenções é um dever, não uma faculdade do decisor. O constitucionalismo moderno ressalta a força normativa da Constituição. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituição "é lei e uma lei que há de prevalecer sobre todas as outras que edite o legislador ordinário, sobre todas as medidas que emita o administrador, bem como há de presidir todas as decisões do juiz".[156] Aplicar, sem reescrever, a Constituição escrita, um diploma com acentuado cunho político e que nem sempre traça limites jurídicos precisos, é um desafio para a jurisdição constitucional. O mesmo raciocínio vale para as convenções sobre direitos humanos – no caso brasileiro, a força normativa dos tratados sobre direitos humanos é reconhecida pela própria Constituição (art. 5º, §§ 2º e 3º).

Na jurisdição convencional, o ativismo pode vir de dois lados: dos juízes internos ou dos tribunais internacionais.

O abuso no controle difuso de convencionalidade pelos juízes internos tem as mesmas características do ativismo no âmbito da jurisdição constitucional, com a diferença de que o parâmetro é uma convenção sobre direitos humanos – não a Constituição. Muito embora

---

[155] WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, n. 115, p. 1348-1405.
[156] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 108.

amparado em um parâmetro normativo convencional – convenção de direitos humanos –, é um problema interno de aplicação do direito.

Por sua vez, o abuso no controle concentrado de convencionalidade pelos juízes internacionais invade a competência constitucional do país signatário. Uma das formas de mitigar esse conflito é o uso da margem de apreciação interna (*margin of apreciation*). Empregada pela Corte Europeia de Direitos Humanos em várias oportunidades,[157] esta doutrina é baseada na "*subsidiariedade* da jurisdição internacional e prega que determinadas questões polêmicas relacionadas com as restrições estatais devem ser *discutidas e dirimidas pelas comunidades nacionais*" (grifos do autor).[158] O Protocolo 15, em fase de ratificação, expressamente acrescenta a margem de apreciação ao preâmbulo da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Ao abusar de sua prerrogativa de interpretar e aplicar a Constituição e as convenções de direitos humanos, a jurisdição coloca-se em rota de colisão com o parlamento e com as jurisdições internas. O campo dos direitos fundamentais e humanos é especialmente apto a gerar fricção, por envolver valores essenciais à sociedade. Ainda assim, nesse campo, a jurisdição recebe incentivo adicional para exercer o ativismo, incrementando as tensões com o parlamento e as acusações de ilegitimidade democrática que cercam o seu exercício.

Os processos de criação, interpretação e aplicação do direito são objeto de contínuo estudo e reflexão pela filosofia do direito.

Hans Kelsen defendia que o direito limita as soluções a serem adotadas pelo aplicador, mas não de forma absoluta. Também o aplicador tem um papel criativo, visto que o direito é incapaz de apontar uma única resposta correta em todos os casos. A Teoria Pura do Direito, tal qual concebida por Hans Kelsen, sustenta que a validade de uma ordem normativa decorre de uma norma pressuposta, denominada norma fundamental – *Grundnorm.* A norma fundamental confere validade objetiva às normas que compõem a ordem normativa. Como ordem normativa, o direito não se impõe apenas porque as normas são pretendidas como cogentes por seus autores

[157] Handyside v Reino Unido (1976); James v Reino Unido (1986); Mellacher e outros v Áustria; Engel e outros v Holanda (1976).
[158] RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral os direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 103.

(significado subjetivo), ou porque são coercitivamente aplicadas (fato), mas porque a ordem normativa tem suficiente eficácia social para ser observada como impositiva.[159]

Segundo essa concepção, as normas jurídicas estruturam-se de forma hierarquicamente escalonada. Como figura de linguagem, costuma-se associar a hierarquia de normas a uma pirâmide com degraus – *Stufenbau*. Cada nível normativo "determina o procedimento pelo qual o nível seguinte será criado" e "pode determinar, em alguma medida, o conteúdo da norma a ser criada".[160] De acordo com Kelsen, esse procedimento é semelhante em cada nível da escada: a norma criada relaciona-se com a norma superior, a qual confere legitimidade à norma inferior e pode determinar seu conteúdo:

> A relação entre as normas gerais e a sua aplicação por órgão judicial ou administrativo é essencialmente a mesma existente entre a constituição e a criação de normas legais por ela determinada. Assim como uma norma geral criada pela legislação e o costume são formalmente, e talvez materialmente, determinados pelas normas da constituição (isto é, normas de nível superior), da mesma forma as normas individuais criadas por decisões judiciais ou atos administrativos são – material e formalmente – determinadas por normas gerais de direito legislado ou costumeiro (isto é, normas de nível superior).[161]

Destaca o autor que, em cada degrau, a liberdade de criação do direito diminui e o espaço de aplicação aumenta:

> A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande. A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui.[162]

Assim, a Constituição embasa a lei; a lei (norma abstrata), por sua vez, embasa a sentença e o ato administrativo que a aplica (normas concretas); estes embasam o ato material que os executa. Desse sistema resulta que a norma superior determina o conteúdo da norma inferior. Essa determinação, no entanto, é apenas parcial. A relação entre uma norma superior e uma norma inferior, e entre as normas abstratas e a sentença ou o ato administrativo, sempre

---

[159] KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. The Lawbook Exchange, Ltd. Edição do Kindle.
[160] KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. The Lawbook Exchange, Ltd. Edição do Kindle. l. 3906-3908.
[161] KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. The Lawbook Exchange, Ltd. Edição do Kindle. l. 4080-4086.
[162] KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 126.

deixa algum espaço de discricionariedade, de forma que a norma mais elevada é uma moldura a ser preenchida pelo ato subsequente:

> A norma superior não pode vincular em todas as direções o ato pelo qual é aplicada. Sempre haverá mais ou menos espaço discricionário, de forma que a norma mais elevada em relação à inferior só pode ter o caráter de uma moldura a ser preenchida por esta. Mesmo o mais detalhado dos comandos deve deixar ao indivíduo que o executa alguma discrição. Se o órgão A ordena ao órgão B que prenda o sujeito C, o órgão B deve, de acordo com decisão própria, decidir quando e onde e como executar a prisão – decisões que dependem de circunstâncias externas que o órgão que deu a ordem não previu e, em alguma medida, nem poderia prever.[163]

O órgão aplicador tem a missão de preencher a relativa indefinição da norma aplicada. Assim, a lei define furto como "subtrair coisa alheia móvel" e comina pena; a sentença que julga uma acusação de furto deverá verificar se, naquele caso, houve subtração, se aquilo que foi subtraído era coisa e era alheia; e, em caso positivo, deve aplicar a pena.

Como afirmado, a relação entre uma norma superior e uma norma inferior e entre as normas abstratas e a sentença ou o ato administrativo sempre deixa algum espaço de discricionariedade. A interpretação de uma norma "não necessariamente leva a uma decisão única correta, mas possivelmente a muitas, as quais têm o mesmo valor e, pela ação do órgão aplicador do direito (especialmente o juiz), tornam-se direito positivo".[164] O direito não fornece critérios "pelos quais uma interpretação possível é preferível a outra".[165] A escolha entre as soluções juridicamente possíveis é um "ato de vontade", não um problema de teoria do direito, mas de política jurídica,[166] a ser resolvido com o recurso a normas não jurídicas.[167]

No entanto, quando falamos de exercício da jurisdição constitucional ou de controle difuso de constitucionalidade, estamos nos referindo a decisões de controle. As decisões de controle são um tanto diferentes das decisões que complementam a norma superior. As decisões de controle não aplicam a norma controlada; aplicam normas superiores a esta. A decisão controladora está no mesmo nível hierárquico da decisão controlada.

---

[163] KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. The Lawbook Exchange, Ltd. Edição do Kindle. l. 6068-6070.
[164] KELSEN, Hans. **pure theory of law**. The Lawbook Exchange, Ltd. Edição do Kindle. l. 6105.
[165] KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. The Lawbook Exchange, Ltd. Edição do Kindle. l. 6112.
[166] KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. The Lawbook Exchange, Ltd. Edição do Kindle. l. 6135.
[167] KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. The Lawbook Exchange, Ltd. Edição do Kindle. l. 6150.

Para fins deste trabalho, definimos como decisão de controle, ou decisão controladora, aquela que realiza o controle da compatibilidade de uma norma jurídica com a norma jurídica superior, produzida por órgão diverso do produtor da norma controlada.

De acordo com esse escopo, as decisões de controle competem ao Poder Judiciário ou a um órgão especializado em realizar o controle de normas jurídicas, como uma Corte Constitucional. O controle pode recair tanto sobre atos legislativos e de caráter geral – leis – quanto sobre atos administrativos, e mesmo sobre decisões judiciais. A despeito da divergência de objeto, a natureza jurídica do controle será a mesma.

O controle de constitucionalidade de atos normativos comporta diversos formatos. Pode ser confiado ao Poder Judiciário ou a uma Corte Constitucional. Nos Estados Unidos, a partir dos escritos de Hamilton nos Federalist Papers 78 e 81,[168] confiou-se a *judicial review* de leis ao Poder Judiciário. No caso *Marbury v. Madison*,[169] pela primeira vez, a Suprema Corte reconheceu a competência do Poder Judiciário para controlar a constitucionalidade das leis do parlamento.

Nos países de tradição *civil law,* é mais comum confiar o controle de constitucionalidade de atos legislativos a uma Corte Constitucional, a partir das lições de Kelsen adotadas, primeiramente, na Áustria.[170]

Em alguns ordenamentos jurídicos, a decisão de controle pode afastar a norma controlada do ordenamento jurídico, em outros, negar sua vigência ao caso concreto.

Há países nos quais as Cortes têm o poder de fazer o escrutínio da legislação e de sua conformidade com direitos de ordem constitucional, mas não podem negar sua aplicação. No Reino Unido, por exemplo, as Cortes podem emitir "declaração de incompatibilidade" de normas com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Essa declaração não afasta a aplicação da lei, mas provoca o Ministério a estudar e promover sua modificação. Waldron qualifica esse tipo de controle de *weak judicial review*.[171]

---

[168] HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers**. AmazonClassics Edition. Edição do Kindle.
[169] 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
[170] KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 237-298.
[171] WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, n. 115, p. 1348-1405.

Por sua vez, o controle jurisdicional de atos administrativos é bem mais aceito e estabelecido. Como leciona Waldron, "é de aceitação quase universal que as credenciais eletivas do Poder Executivo são sujeitas ao princípio do *rule of law*, e como resultado as cortes podem exigir que seus agentes administrem em conformidade com os mandamentos legais".[172]

O controle jurisdicional de decisões judiciais tem a particularidade de ser um controle de atos normativos e administrativos, em um segundo nível. As decisões judiciais aplicam outras normas jurídicas. Assim, o exercício da jurisdição constitucional no controle de decisões judiciais é, na verdade, o controle do controle. Exatamente por essa razão, a Constituição da República do Brasil prevê o cabimento de recurso extraordinário tendo em vista a forma como a decisão jurisdicional recorrida aplica outras normas (art. 102, III, da CRFB).

Também nos interessa o controle das decisões internas por Cortes de Direitos Humanos. Essas Cortes são provocadas para avaliar a compatibilidade de decisões internas dos países signatários com um dado pacto internacional sobre direitos humanos. No caso das Américas, o controle é realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com fundamento no Pacto de San José da Costa Rica. Na Europa, a Corte Europeia de Direitos Humanos realiza o controle das decisões dos países da Comunidade Europeia, com fundamento na Convenção Europeia de Direitos Humanos.[173]

De forma semelhante ao que ocorre na jurisdição constitucional, no controle de convencionalidade, a decisão interna é submetida a uma Corte regional. A decisão da Corte concretiza a convenção, a qual, por sua vez, também deveria ter sido considerada pela decisão interna.

Há uma discussão relevante sobre a natureza da decisão de controle: se desconstitutiva da norma controlada, ou se declaratória de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Kelsen qualifica as decisões de controle como desconstitutivas – e não simplesmente declaratórias. Para tanto, faz uma analogia com o toque de Midas: assim como tudo o que rei

---

[172] WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, n. 115, p. 1348-1405.

[173] Existem outras estruturas internacionais destinadas a solucionar controvérsias sobre tratados de direitos humanos. No mais das vezes, os tratados preveem a criação de *treaty bodies* para solucionar controvérsias em sua aplicação. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos prevê a criação de Comitê e de Comissão para solução de controvérsias a seu respeito. Em princípio, as decisões desses colegiados não têm efeito vinculante.

tocava virava ouro, "tudo aquilo que o direito refere vira direito, i. e., algo com existência jurídica".[174] Em outras palavras, todo ato adotado pelo órgão aparentemente competente para estabelecer uma norma jurídica é uma norma jurídica. No âmbito da justiça constitucional, a declaração de inconstitucionalidade teria a força de desconstituir a lei inconstitucional. De acordo com o autor, o direito tira validade de uma norma fundamental, que atribui a determinado órgão e procedimento a competência para inovar o ordenamento jurídico. Assim, uma norma que se apresenta como uma lei – significado subjetivo – será uma lei se produzida pelo órgão competente e de acordo com o procedimento cabível – significado objetivo. Além disso, a Constituição pode não apenas regular a criação, mas também limitar o conteúdo da legislação. Ao órgão aplicador da norma compete ao menos a prerrogativa de examinar se a norma foi posta pelo órgão constitucionalmente autorizado a legislar. Por um postulado de coerência, uma norma criada por órgão com competência legislativa não poderia ser considerada inconstitucional enquanto não sobrevenha uma decisão reconhecendo a sua inconstitucionalidade. Logo, as decisões sobre a inconstitucionalidade das normas teriam caráter desconstitutivo.

Nesse sentido Kelsen leciona:

> A decisão da autoridade competente de que algo que se apresenta como uma norma é nulo *ab initio* porque preenche as condições da nulidade determinadas pelo ordenamento jurídico é constitutiva; ela tem um efeito legal bem definido; sem ou antes dessa decisão o fenômeno em questão não pode ser considerado "nulo". Portanto, a decisão não é "declaratória", ou seja, não é como se fosse uma declaração de nulidade; é uma verdadeira anulação, uma anulação com efeitos retroativos.[175]

Como aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, uma decisão da justiça constitucional, com efeitos *ex nunc*, é muito próxima da revogação da norma.[176] No entanto, Kelsen afirma que a natureza desconstitutiva da decisão de controle não se confunde com seus efeitos *ab initio* ou *ex nunc*. O ordenamento jurídico pode determinar que os efeitos da norma invalidada também sejam desconstituídos, de forma retroativa, ou optar por preservá-los.

---

[174] KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. The Lawbook Exchange, Ltd. Edição do Kindle. l. 3877-3878.
[175] KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. The Lawbook Exchange, Ltd. Edição do Kindle. l. 3872-3875.
[176] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 241.

Vigorosamente defendida por Kelsen, a doutrina da anulação está bem afinada com a ideia do *Stufenbau* – e com a consequente diferença de natureza entre a decisão de aplicação e a decisão de controle.

A competência para o controle provém de norma de mesma hierarquia ou de hierarquia superior à norma controlada. Assim, a Constituição dá ao parlamento a competência para criar leis. Mas a Constituição também dá ao Poder Judiciário ou ao Tribunal Constitucional o poder de recusar validade à lei, caso não tenha sido observado seu rito de criação ou seu conteúdo esteja em desacordo com o determinado pela Constituição.

Fenômeno semelhante ocorre com o controle de convencionalidade praticado pela jurisdição interna. Os Estados assumem o compromisso de respeitar os direitos humanos reconhecidos nos tratados. Assim, seu direito deve ser orientado ao cumprimento desse compromisso. Os órgãos jurisdicionais do país recebem competência para controlar as decisões internas, usando como parâmetro as convenções sobre direitos humanos.

O controle concentrado de convencionalidade, praticado por juízes internacionais, é um tanto mais complicado. As Cortes de Direitos Humanos têm competência para receber reclamações por desvios no cumprimento dos tratados. A diferença relevante é que as decisões dos sistemas de proteção a direitos humanos não substituem imediatamente as decisões internas. São necessárias decisões internas para atribuir força executiva às deliberações das Cortes de Direitos Humanos.

Para nossa análise, o relevante é que **a decisão de controle é uma decisão de aplicação das normas superiores à norma controlada** – Constituição e tratados de direitos humanos –, que dão a competência e os parâmetros para o controle. Ela não é uma decisão de aplicação da norma controlada – a qual também terá validade retirada da Constituição e, eventualmente, das leis.

Com isso, pode-se dizer que, na estrutura escalonada, a decisão de controle está no **mesmo nível hierárquico da decisão controlada**. No plano do controle de constitucionalidade de leis, esse mesmo nível hierárquico é representado pela figura do "legislador negativo": a Corte Constitucional seria um órgão de mesma hierarquia que o parlamento – ao menos em relação ao processo legislativo – e teria um papel de veto sobre as decisões parlamentares. Nesse sentido, leciona Kelsen:

> Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade de sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto, ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo. Portanto poder-se-ia interpretar a anulação das leis por um tribunal tanto como uma repartição do poder legislativo entre dois órgãos, quanto como uma intromissão no poder legislativo.[177]

Estabelecido que a decisão de controle e a norma controlada estão no mesmo nível hierárquico, resta verificar as possibilidades da atividade de controle.

Como dito acima, Kelsen sustentou que a interpretação jurídica tem potencial limitado, sendo incapaz de chegar a uma única resposta correta. A relação entre uma norma superior e uma norma inferior e entre as normas abstratas e a sentença sempre deixa algum espaço de discricionariedade, de forma que a norma mais elevada é uma moldura a ser preenchida pelo ato subsequente.

Para o autor, o direito é peculiar porque regulamenta a sua própria criação.[178] No entanto, o direito diz muito pouco sobre o processo de decisão de seu intérprete e aplicador.

Kelsen afirmou que, nas hipóteses em que a interpretação jurídica aponta para múltiplas decisões possíveis, o aplicador complementa a escolha com recurso a normas não jurídicas que "fluem para o processo de criação do direito – como as normas morais, de justiça, constituindo valores sociais normalmente designados por palavras de efeito como 'o bem do povo', 'interesses do Estado', 'progresso' e quejandos".[179]

No caso das decisões de controle, a própria dimensão da moldura hermenêutica será dada pela forma como se delimitam os papéis do decisor e do controlador. Um ponto de partida necessário à compreensão do papel do controlador é a definição do espaço de decisão do autor da decisão controlada – o legislador ou o administrador.

Ao criar normas jurídicas, o legislador exerce atividade jurídica – interpreta a Constituição, verificando quais conteúdos a norma poderá ter – e política – escolhe entre as soluções possíveis.

---

[177] KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 151-152.
[178] KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. The Lawbook Exchange, Ltd. Edição do Kindle. l. 3904.
[179] KELSEN, Hans. **The pure theory of law**. The Lawbook Exchange, Ltd. Edição do Kindle. l. 6150.

A mesma coisa ocorre com o administrador. Ele interpreta a Constituição ou a lei, verificando se possui competência e, havendo, quais decisões pode tomar – espaço vinculado – ; em seguida, adota a decisão mais conveniente e oportuna – espaço discricionário.

Dito de outra forma, a jurisdição de controle deve pronunciar a inconstitucionalidade da norma ou a ilegalidade do ato administrativo apenas se a lei ou o ato controlado for juridicamente incompatível com a Constituição ou com a lei. As escolhas políticas e discricionárias estão fora do controle. Portanto, a pronúncia de inconstitucionalidade ou de ilegalidade deve ocorrer quando o legislador ou o administrador adotou uma decisão incompatível com as interpretações possíveis da Constituição ou da lei.

A decisão de controle não deve censurar uma decisão que está dentro das possíveis interpretações do texto constitucional ou legal. É do legislador a prerrogativa de escolher, entre as decisões compatíveis com a interpretação do texto constitucional, aquela mais conveniente. É do administrador a prerrogativa de adotar, entre as escolhas permitidas pela lei, o ato mais conveniente e oportuno.

No entanto, a decisão de controle deve, ela mesma, realizar interpretação sobre qual era o espaço de interpretação jurídica da decisão anterior e qual era o espaço de decisão política ou discricionária.

Há uma infinidade de correntes filosóficas que se contrapõem, pregando métodos que, em última análise, levariam a um menor ou maior respeito às decisões postas nas normas abstratas – e, em consequência, a uma menor ou maior liberdade do aplicador. Especificamente no campo da jurisdição constitucional, seu órgão de cúpula costuma ter a prerrogativa de definir seus próprios limites, complicando ainda mais a questão. Nas palavras de Roger Stiefelmann Leal:

> Tal expansão funcional na órbita dos sistemas políticos se dá, basicamente, pela extrema debilidade – para não dizer inexistência prática – dos limites impostos às Cortes Supremas e aos Tribunais Constitucionais. Plenamente aplicável à questão, nesse sentido, a máxima imortalizada por Montesquieu de que *o poder vai até onde encontra limites*. A própria Constituição é que delimita a atuação da jurisdição constitucional como responsável pela interpretação definitiva do texto constitucional. Não se afigura, portanto, tarefa fácil encontrar limitações que, ao final, não se submetem ao seu próprio juízo.[180]

[180] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

De um lado, pode-se defender a contenção da jurisdição de controle em controvérsias sobre a interpretação das normas jurídicas, que também é um ato de concretização. Ao fazer prevalecer sua interpretação jurídica sobre aquela do legislador, a jurisdição constitucional está, de alguma forma, concretizando a Constituição. Como observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "a Corte Suprema contribui para a configuração" da Constituição "por meio da jurisprudência", pois "insinua-se um aspecto construtivo sob a capa da interpretação".[181]

Fato é que tanto o legislador quanto o aplicador podem abusar de sua prerrogativa de interpretar, adotando decisões em deliberado conflito com o texto constitucional. Carlos Horbach adverte para os perigos de se interpretar a Constituição não de forma técnica e objetiva, mas subjetiva e pessoal, como fazem determinadas linhas filosóficas que separam o "termo do conceito, o conceito do preceito, o preceito da norma, a norma do texto e o texto do contexto, para, ao final dessa operação, fazer com que o dispositivo afirme exatamente o que desejam e, não raro, o contrário do que nele está escrito".[182]

De outro lado, pode-se defender a ampliação da jurisdição de controle, transformando em critérios jurídicos aquilo que Kelsen via como espaço de decisão política. Para tanto, incorporam-se ao direito valores, os quais passarão a ter caráter normativo e fundamentarão as decisões de controle.

Por vezes, a legislação incorpora signos axiológicos ao ordenamento jurídico, confiando ao aplicador sua densificação. No Brasil, a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro traz comandos ao aplicador do direito, especialmente nos arts. 4º e 5º. Esses comandos são, eles mesmos, vagos e pouco resolutivos. O art. 4º autoriza o aplicador a recorrer a "princípios gerais de direito" para colmatar lacunas. O art. 5º impõe a observância dos "fins sociais" e das "exigências do bem comum" no processo de aplicação.

Outra das formas dessa ampliação é o uso do princípio da proporcionalidade como ferramenta de controle. De acordo com Canotilho, a proporcionalidade "constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador".[183] Gilmar Mendes, por sua vez,

---

p. 74-75.

[181] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 282.

[182] HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, v. 859, p. 81-91, maio 2007.

[183] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986. p. 447.

afirma que o princípio da legalidade, segundo o qual a lei é o meio para impor obrigações – o que não é proibido é permitido –, deve ser atualmente compreendido como princípio da "reserva legal proporcional".[184]

A proporcionalidade, como critério racional capaz de informar uma decisão jurídica, pode ser criticada com boas razões. Laurence Tribe observa que a essência de processos de decisão supostamente estruturados juridicamente, como a ponderação de interesses, é "negar a responsabilidade pessoal do decisor pela escolha".[185]

Outra forma de incorporação de valores ao ordenamento jurídico é o "papel representativo" das Cortes. De acordo com Luís Roberto Barroso, muito embora os protagonistas da democracia representativa sejam, em regra, os Poderes Executivo e Legislativo, em caso de falha desses Poderes, o Poder Judiciário pode intervir, adotando decisões no interesse geral. Barroso identifica uma "crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos parlamentos", nem sempre capazes de expressar "o sentimento da maioria". Caracterizariam tal crise, entre outros fatores, "(i) a falha do sistema eleitoral e partidário; (ii) as minorias partidárias que funcionam como *veto players*, obstruindo o processamento da vontade da própria maioria parlamentar; e (iii) a captura eventual por interesses especiais". O papel representativo seria diferente do "papel contramajoritário", normalmente reconhecido à jurisdição constitucional, justamente porque a Corte defende a maioria contra uma falha das instâncias normativas.[186]

Uma quarta forma seria o "papel iluminista" das Cortes, o qual autorizaria a eventual adoção de decisões "em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade".[187]

A ampliação dos parâmetros de controle, via incorporação de valores ao ordenamento jurídico, produz o perigoso efeito de conferir à instância de controle o poder de revisar aspectos políticos da decisão controlada.

---

[184] MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 227.
[185] TRIBE, Laurence. **Constitucional choices**. Cambridge: Harvard Press, 1985. p. 9.
[186] BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 158-165.
[187] BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 165.

Dado esse contexto, é possível estabelecer uma hipótese de trabalho sobre aquilo que se entende por ativismo judicial no exercício da jurisdição constitucional ou convencional. Definido o ativismo como a invasão, pela jurisdição, do espaço de outros Poderes, ele ocorrerá sempre que a jurisdição constitucional ou convencional: (i) desconsiderar os limites do texto constitucional ou convencional; e (ii) intervier na escolha da solução, entre as juridicamente possíveis, de acordo com a interpretação constitucional ou convencional.

2.1.2 Interpretação ampliativa: normas estruturais vs. direitos fundamentais

Estabelecida uma definição sobre o que consideramos invasão do espaço da política pela jurisdição, resta investigar se a jurisdição dispõe de um espaço maior para exercer a interpretação ampliativa nos casos envolvendo direitos fundamentais e direitos humanos.

A Constituição pode, *grosso modo*, ser dividida em normas de organização do Estado e direitos fundamentais. Leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho que a Constituição "deve dispor sobre a organização política do Estado" e, especificamente, sobre "forma de Estado, forma de Governo, estruturação dos Poderes, declaração dos direitos fundamentais e suas garantias".[188]

Os tratados, por sua vez, podem dispor sobre direitos humanos ou sobre quaisquer outros compromissos entre Estados. A própria Constituição do Brasil estabelece uma diferença de regime jurídico entre tratados de direitos humanos e outras convenções internacionais – art. 5º, § 3º.

A análise permite concluir que a jurisdição tem uma margem de decisão mais larga em casos relacionados a direitos fundamentais e a direitos humanos do que naqueles relativos a normas de organização internas ou entre Estados.

Nesse sentido, sob o ponto de vista do Direito Internacional, leciona André Ramos Carvalho que há uma diferença relevante na atuação das Cortes internacionais em casos envolvendo direitos humanos e naqueles relativos à organização entre Estados. Nestes últimos,

[188] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 34.

os órgãos internacionais "têm competências rígidas" e devem observar estritamente a subsidiariedade. As instâncias voltadas a soluções de conflitos envolvendo direitos humanos, por sua vez, são subsidiárias apenas no sentido de que atuam somente em caso de falha das instâncias internas.[189]

Há uma série de diferenças entre normas estruturais e direitos fundamentais e humanos que resultam em um espaço maior para a criatividade da jurisdição na interpretação destes últimos. Em primeiro lugar, os dois tipos de normas tendem a se relacionar de forma diversa com a passagem do tempo. Normas estruturais regem relações de poder internas ao Estado, com pretensão de torná-las estáticas ou, ao menos, estáveis. Alterações nessas relações não são incomuns. No entanto, os atores da mudança têm condições de incorporar alterações ao texto constitucional, positivando a modificação.

No campo dos direitos fundamentais e humanos, o tempo age de maneira distinta. As declarações de direitos representam um mínimo a ser observado. Os direitos podem ser ampliados pela legislação ordinária, sem uma preocupação em atribuir fundamentalidade ao novo direito. Tanto assim que modificações textuais em declarações de direitos são pouco comuns.

O principal tratado universal sobre direitos humanos, o Pacto de Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, é de 1966. Apenas dois protocolos adicionais foram abertos à ratificação – o primeiro, procedimental, e o segundo, sobre a abolição das penas de morte.

O Pacto de San José da Costa Rica é de 1969 e conta com dois protocolos adicionais – o primeiro trata da declaração de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e o segundo, da abolição da pena de morte.

A Constituição da França ainda emprega como declaração de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

No Brasil, apesar de mais de uma centena de emendas constitucionais terem sido adotadas nos primeiros trinta anos da Constituição, a declaração de direitos fundamentais, constante do art. 5º, só foi modificada uma vez, para introduzir no rol o direito à duração

[189] RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral os direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 107.

razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004). Essa modificação no texto inova muito pouco no direito positivo. O direito à duração razoável do processo poderia ser deduzido de outros direitos expressos, como o devido processo legal e a inafastabilidade da jurisdição. Além disso, por seu caráter principiológico, sua efetividade depende mais de densificação normativa do que de declaração constitucional. O objetivo da modificação parece ter sido reforçar a necessidade de preocupação com a duração do processo, e não aumentar imediatamente a esfera de direitos dos litigantes.[190]

De outro lado, a supressão de direitos fundamentais e humanos é rara. Por se tratar de um mínimo de direitos, dificilmente se cogita da completa eliminação de um item do catálogo.

No Brasil, o art. 60, § 4º, IV, da Constituição veda a abolição dos direitos e das garantias fundamentais. Essa norma não impede alterações no texto constitucional. Como leciona José Levi do Amaral Júnior, uma norma constitucional inserta no âmbito protetivo do art. 60, § 4º, da Constituição "pode ser emendada desde que a modificação não desnature a decisão política fundamental em questão".[191] Muito provavelmente, seria possível reduzir um ou mais direitos fundamentais, em nome de outros interesses relevantes.

Normalmente, a restrição no catálogo é desnecessária. Direitos fundamentais e humanos podem sofrer limitações via lei ordinária, especialmente tendo por finalidade a promoção de outro interesse relevante.

Um raro caso de restrição de direito fundamental via modificação do catálogo pode ser localizado na experiência alemã. A legislação admitia a captação apenas em ambientes públicos, qualificada como "pequena escuta" (*kleiner Lauschangriff*). Em 1998, a *Grundgesetz* foi reformada, introduzindo-se no artigo 13, que trata da proteção do domicílio, os parágrafos 3 a 7, para permitir que, em casos graves, a inviolabilidade seja afastada por meio da captação ambiental. O dispositivo constitucional foi regulamentado na § 100c do StPO. A

---

[190] Além dessa modificação, houve uma ampliação de direitos fundamentais ante a incorporação da Convenção de Nova York sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo pela maioria do art. 5º, § 3º, da CRFB, com redação dada pela EC 45/2004. O procedimento para inserir o tratado de direitos humanos no bloco de constitucionalidade foi empregado apenas uma vez em mais de uma década de vigência.

[191] AMARAL JÚNIOR, José Levi do. Possibilidade de modificação do prazo nonagesimal. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, Presidência da República, v. 4, n. 36, maio 2002. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/viewFile/86/82. Acesso em: 5 jun. 2020.

doutrina chama a captação em ambiente doméstico de "grande escuta" (*großer Lauschangriff*).[192]

Dada a natural perenidade das declarações de direitos, o alargamento dos direitos humanos e fundamentais costuma decorrer não de mudanças textuais na declaração, mas da interpretação evolutiva de seus itens. Como dito, direitos podem ser adicionados pela legislação, sem preocupação com o epíteto de fundamentais. Apesar de a ampliação do catálogo ser rara, é comum a derivação de novos direitos de um catálogo estreito. Por exemplo, da proteção à casa e ao sigilo das correspondências, cláusula tradicional das declarações de direitos, vários tribunais derivaram a proteção ao sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas.[193]

Além disso, os conflitos de direitos fundamentais muitas vezes surgem com configurações imprevistas pelo legislador. Os direitos à honra e à liberdade de expressão, por exemplo, colidem em tantas e tão diversas circunstâncias, que é impossível prever mais do que uma fração pequena das potenciais interações. Surge a tendência a uma solução judicial, considerando todas as circunstâncias do caso, em detrimento de uma solução legislativa, antecipando em abstrato a resolução do conflito.

Em verdade, casos relativos a direitos fundamentais costumam veicular conflitos de direitos. A necessidade de calibrar os direitos envolvidos, protegendo o núcleo de ambos, exige da jurisdição uma postura mais ativa. Normalmente, a técnica usada para solucionar os casos é a ponderação dos interesses em conflito, mediante um juízo de proporcionalidade. Defendendo a aplicação da proporcionalidade, Paulo Gonet afirma que "o direito não há de se resumir à mera aplicação de textos legais", mas é o "resultado de sopesamentos indeclináveis, regidos pelos ideais de respeito à dignidade dos indivíduos, do bem comum, da justiça e da igualdade, que servem hoje de critério jurídico".[194] O resultado do uso da proporcionalidade é a maior abertura do julgamento a valores.

---

[192] ROXIN, Claus. **La prohibición de autoincriminación e de las escuchas domiciliarias**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

[193] Por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou o direito ao sigilo telefônico, mesmo em um telefone público, tendo por parâmetro a proteção contra buscas não razoáveis, constantes da Quarta Emenda – Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

[194] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

No caso brasileiro, os direitos fundamentais têm aplicação imediata – art. 5º, § 1º, da CRFB. Aplicam-se mesmo na falta de uma intermediação legislativa e interagem de múltiplas formas.

Por tudo, casos que envolvem alto grau de subjetivismo moral acabam reconduzidos ao conflito de direitos fundamentais e humanos subjacente. Os casos relativos ao direito ao aborto, por exemplo, envolvem direitos como a intimidade e a autodeterminação, por parte da mãe, e a vida, por parte do feto. Qualquer calibração que se faça afetará substancialmente uma esfera de direitos fundamentais. Na medida em que o julgador se vê autorizado a usar seus valores morais no julgamento, tende a fazê-lo.

Casos relativos a direitos fundamentais e humanos tendem a desafiar os limites da jurisdição de dois modos: o primeiro, mediante a interpretação evolutiva, que alarga os direitos fundamentais de forma não prevista e que não pode ser diretamente extraída do texto. Assim, por exemplo, a proteção ao sigilo da correspondência é interpretada evolutivamente para proteger as comunicações telemáticas. O segundo, mediante afastamento do direito fundamental em determinadas circunstâncias particulares. O sigilo de dados, qualificado pela declaração de direitos como inviolável (art. 5º, X, da CRFB), é afastado em várias hipóteses legalmente previstas que permitem que autoridades judiciais ou administrativas quebrem o sigilo – por exemplo, os arts. 1º, § 4º, e 4º a 7º da Lei Complementar 105/2001 tratam de hipóteses em que o sigilo de operações financeiras pode ser violado.

Todas essas razões levam a crer que as normas envolvendo direitos humanos e fundamentais são mais propícias a receberem interpretação ampliativa do que as normas estruturais.

2.1.3 Direitos fundamentais: significado jurídico objetivo e ampliação

Estabelecemos, como definição inicial, que a jurisdição constitucional ou convencional invadirá a competência de outros Poderes sempre que: (i) desconsiderar os limites do texto constitucional ou convencional; e (ii) intervier na escolha da solução, entre as juridicamente possíveis, de acordo com a interpretação constitucional ou convencional.

Também constatamos que as normas envolvendo direitos humanos e fundamentais são mais propícias a receberem interpretação ampliativa do que as normas estruturais.

Resta verificar como ambas as constatações se articulam, a fim de apurar qual o procedimento para a derivação de um novo direito a partir de direitos humanos e fundamentais postos. Para tanto, parte-se da definição do âmbito normativo e do significo jurídico objetivo dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais aplicam-se em diferentes domínios da vida. Denomina-se âmbito de regulação "o domínio da vida a que se aplica o direito fundamental".[195] Denomina-se âmbito de proteção ou âmbito normativo ou âmbito de regulação "o domínio que a norma jurídico-fundamental recorta da realidade da vida como objeto de proteção".[196]

Portanto, o âmbito de proteção é mais estrito do que o âmbito de regulação. Por exemplo, o direito de associação (art. 5º, XVII, da CRFB) tem por âmbito de regulação todas as associações, mas por âmbito de proteção apenas as associações "para fins lícitos".

O direito fundamental produz efeitos de três ordens. Em seu âmbito de proteção, o produz como efeitos direitos subjetivos. Eventualmente, protege institutos ou instituições, na forma de garantias institucionais (por exemplo, o art. 226 da CRFB em relação à família). Por fim, o direito fundamental irradia efeitos para todo o ordenamento jurídico, na forma de *significado jurídico objetivo*[197] ou *eficácia objetiva*.

Essa irradiação para a integridade do ordenamento jurídico acaba levando a uma ampliação do espectro de direitos reconhecidos. Nas palavras de Pieroth e Schlink, "a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela-se como uma parteira de novos direitos subjetivos".[198]

Para derivar do direito ao silêncio um direito geral a não produzir provas contra si mesmo, é necessário percorrer algum caminho. Esse percurso é conhecido na prática jurídica.

---

[195] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114.
[196] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114.
[197] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114.
[198] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114.

O processo de *interpretação criativa* é assim definido por Guastini:

> a interpretação criativa consiste em atribuir a um texto um significado "novo" – não compreendido dentre os identificáveis pela interpretação cognitiva – e/ou obter do texto as normas, chamadas "implícitas", por meio de métodos pseudo-lógicos – ou seja, mediante raciocínios não dedutivos, e, portanto, não conclusivos; por exemplo, mediante o argumento analógico.[199]

A interpretação criativa consiste em "construir, a partir de normas explícitas – expressamente formuladas pelas autoridades normativas – normas 'não expressas' ('implícitas')".[200] No caso, nos interessa a construção de normas mediante interpretação extensiva, pela qual se incluem no campo de aplicação da norma "alguns pressupostos concretos que, interpretados literalmente, não estariam nele".[201]

Como visto, a interpretação criativa é particularmente aceita no campo dos direitos fundamentais. Está bem assentado que os direitos fundamentais têm efeito além de sua hipótese estritamente descrita.

Do ponto de vista do método, o nascimento de novos direitos subjetivos, sem a intermediação do legislador, não ocorre a partir da simples leitura da norma de origem. É necessário um processo de interpretação e de construção de significados, a partir dos direitos fundamentais já existentes. Para tanto, requer-se um processo interpretativo, a ocorrer em etapas.

O primeiro passo é a verificação de quais valores são suportados pelo direito fundamental existente, bem como sua relação com outras normas fundamentais, que podem ampará-la ou com ela entrar em conflito. O direito fundamental não é encarado apenas como fonte direito subjetivo, mas também como "decisão axiológica que se desliga dos pressupostos específicos" da disposição normativa que o veicula.[202]

O segundo passo é a verificação da possibilidade de esses valores projetarem-se a situações não inicialmente contempladas, pela identidade de razões. O direito fundamental se

---

[199] GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretacíon constitucional**. Madrid: Trotta, 2008. p. 5.
[200] GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretacíon constitucional**. Madrid: Trotta, 2008. p. 36.
[201] GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretacíon constitucional**. Madrid: Trotta, 2008. p. 71.
[202] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 109.

projeta como “norma objetiva de princípio/decisão axiológica, com respeito a todos os âmbitos do Direito”.[203]

O terceiro passo é a adoção e a sistematização dessas novas hipóteses, reconduzidas ao direito fundamental inicial.

Portanto, temos que a jurisdição constitucional tem a possibilidade de interpretar ampliativamente um direito humano ou fundamental, de forma a dele derivar um novo direito. Para fazê-lo, deverá aferir os valores suportados pelo direito original para projetá-los a situações jurídicas não inicialmente contempladas. Ao agir dessa forma, o aplicador estará simplesmente se desincumbindo de sua missão de aplicar direitos.

2.2 DOS VALORES A AMPARAR OS DIREITOS AO SILÊNCIO E A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI

Nos interessa entender o estabelecimento de um direito geral a não produzir provas contra si mesmo, a partir de outros direitos fundamentais, em especial o direito ao silêncio.

Na primeira parte deste capítulo, concluímos que a jurisdição constitucional tem a possibilidade de interpretar ampliativamente um direito humano ou fundamental, de forma a dele derivar um novo direito. Para fazê-lo, deverá aferir os valores suportados pelo direito original para projetá-los a situações jurídicas não inicialmente contempladas. Resta, portanto, investigar os valores que suportam o direito ao silêncio.

O âmbito de regulação do direito ao silêncio é o direito penal e o processo penal. Não é permitido coagir o imputado a confessar, seja pelo uso da força ou da ameaça, seja pela valoração do silêncio como uma admissão de culpa, seja com a ameaça de uma punição autônoma. O âmbito de regulação de um direito geral a não produzir provas contra si mesmo seria idêntico.

A diferença está no âmbito de proteção. O direito ao silêncio tem um âmbito de proteção mais restrito. Impede a coação a produzir provas declarativas. Essa restrição do âmbito de proteção é expressa nas declarações de direitos que consagram o direito fundamental. Não há

[203] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 109.

menção a um direito a não produzir provas contra si, ou a não colaborar com a própria condenação em qualquer caso. Há a consagração do direito ao silêncio ou o direito a não depor contra si mesmo.

Para verificar a possibilidade de ampliar-se o âmbito de proteção do direito ao silêncio, a fim de abranger-se o direito em geral a não produzir provas, é necessário estudar os valores suportados por aquele direito, que possam levar à expansão em direção a este.

Essa investigação é de suma importância, tendo em vista que a jurisprudência e a doutrina demostram grande dificuldade em identificar as razões de fato para a existência desses direitos. Em relação ao direito ao silêncio, há grande controvérsia sobre sua função e, naqueles casos em que não consagrado por uma norma expressa, sobre sua fonte normativa. A questão se agrava em relação ao direito geral a não autoincriminação, o qual não encontra amparo normativo direto e é de difícil explicação.

Como lembrava Robert Mckay, "apesar de muito papo, normalmente furado, sobre os valores insculpidos no privilégio contra a autoincriminação, ainda hoje (talvez especialmente hoje) é difícil enunciar as principais políticas que amparam o privilégio".[204]

Não falta quem não veja base racional para a admissão do privilégio. Bentham sustentou que o maior obstáculo a uma discussão do privilégio é "a assunção do acerto da regra, como uma proposição muito óbvia para admitir contestação".[205] Na mesma linha, Friendly afirmava que "frases eloquentes foram aceitas como substituto de um pensamento analítico" acerca da racionalidade a amparar a Quinta Emenda.[206] Sustenta que "os principais esforços contemporâneas para justificar o privilégio como mais do que uma relíquia história são uniformemente insatisfatórios".[207]

---

[204] MCKAY, Robert B. Self-incrimination and the new privacy. **Supreme Court Review**, 1967, p. 193-232. HeinOnline. p. 194.
[205] BENTHAM, J. **Rationale of judicial evidence, specially applied to English practice**. London: Hunt & Clarke, 1827; reprinted New York: Garland Publishing, 1978. v. 5.
[206] FRIENDLY, Henry J. The Fifth Amendment tomorrow: the case for constitutional change, **University of Cincinnati Law Review**, v. 37, n. 4, p. 671-726, Fall 1968. HeinOnline. p. 679.
[207] DOLINKO, David. Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?. **UCLA Law Review**, v. 33, n. 4, p. 1063-1148, April 1985. HeinOnline. p. 1064.

Phillipa Roles nega que o privilégio tem amparo em outros direitos fundamentais, sendo melhor descrito como "uma praxe", a qual teria se tornado obsoleta nos dias atuais. [208]

São vários os exemplos de definições imprecisas da função do direito ao silêncio. A Suprema Corte dos Estados Unidos já usou discurso grandiloquente para enfileirar valores que suportariam o privilégio:

> [...] reflete muitos de nossos valores fundamentais e mais nobres aspirações: nossa repugnância em submeter os suspeitos de um crime ao trilema cruel entre autoacusação, perjúrio e desrespeito à Corte; nossa preferência por um sistema de justiça criminal acusatorial, ao invés de um inquisitorial; nosso temor que as declarações autoincriminatórias serão extraídas por tratamento desumano e abusos; nosso senso de "*fair play*" que dita "um equilíbrio justo estado-indivíduo requerendo que o governo deixe o indivíduo em paz até que boas razões se demonstrem para perturbá-lo e requerendo que o governo na disputa com o privado suporte a carga inteira"; nosso respeito pela inviolabilidade da personalidade humana e pelo direito de cada indivíduo a "um enclave privado onde pode levar uma vida privada"; nossa descrença em declarações autodepreciativas; e nossa percepção que o privilégio, embora às vezes seja "um abrigo para o culpado", é frequentemente "uma proteção ao inocente".[209]

Como visto, a Corte Europeia de Direitos Humanos deduziu o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação do direito a um julgamento justo, previsto no artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e acrescentou sua ligação íntima à presunção de inocência, prevista no artigo 6, 2, da Convenção.[210]

O Tribunal Constitucional Alemão declarou que a "a máxima segundo a qual ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si mesmo" decorre do direito geral da personalidade (artigo 2, 1, em conjunto com artigo 1, 1, da Lei Fundamental).[211] Roxin e Schünemann acrescentam uma ligação ao Estado de Direito (artigo 20, III, da Lei Fundamental).[212]

No Brasil, existe muita divergência doutrinária sobre os fundamentos jurídicos do direito. Maria Elisabeth Queijo defende que o direito à não autoincriminação é, em razão da incorporação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto de San José da Costa Rica, um "princípio-garantia", material e formalmente constitucional. Acrescenta, no

---

[208] ROLES, Philippa Jane. **The privilege against self-incrimination**: *nemo tenetur prodere seipsum* – misinterpreted and misapplied. Saarbrücken: Lap Lambert, 2010.
[209] Murphy v. Waterfront Comm'n, 378 U.S. 52 (1964).
[210] Saunders v. UK. § 68.
[211] BVerfGE 56, 37)
[212] ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 29. Anlage. München: Beck, 2017. p. 194.

entanto, que antes da incorporação dos tratados, ele já podia ser reconhecido como decorrência do devido processo legal, do direito à defesa, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.[213]

Paulo Mário Canabarro Trois Neto deduz "uma posição individual de não colaboração do acusado em face do Estado-persecutor" da "união de diversos enunciados constitucionais, dentre os quais o do art. 1º, III, (dignidade humana), do art. 5, LIV (devido processo legal), do art. 5º, LV (ampla defesa), e do art. 5º, LVII (presunção de inocência)". [214]André Luís Callegari e outros afirmam que o direito do preso a ser informado do direito a permanecer calado (art. 5º, LXIII, da CRFB) permite concluir que "qualquer tipo de prova contra o réu que dependa (ativamente) dele só vale se o ato for levado a cabo de forma voluntária e consciente".[215]

João Cláudio Couceiro vê na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) o fundamento constitucional do direito ao silêncio.[216] Ionilton Pereira do Vale e Teodoro Silva Santos veem na presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB) o fundamento do direito à não autoincriminação.[217] Eduardo Muniz Machado Cavalcanti afirma que o direito a não produzir provas contra si mesmo é extraído "de todo um conjunto de princípios que asseguram a vasta amplitude do direito à plena defesa do indivíduo", enumerando "o princípio da ampla defesa, do devido processo legal, da inviolabilidade da intimidade, do domicílio e das comunicações, da presunção de inocência, do direito ao silêncio e da vedação de utilização de provas ilícitas".[218]

Essa controvérsia reforça a relevância de investigar os valores que suportam o direito ao silêncio, o que se fará sob duas perspectivas. Em primeiro lugar, serão analisados argumentos de racionalidade prática a amparar o direito ao silêncio. Sob esse aspecto, será visto que o direito ao silêncio tem amparo em fundamentos relativos à qualidade da prova produzida – epistêmicos

---

[213] QUEIJO, Maria Elisabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003.
[214] TROIS NETO, Paulo Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 104
[215] CALLEGARI, André Luis *et. al*. **DNA e investigação criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 66.
COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004. p. 17.
[217] VALE, Ionilton Pereira do; SANTOS, Teodoro Silva Santos. **O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ou o direito a não auto inculpação e os aspectos relacionados ao direito ao silêncio no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 116.
[218] CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. **Dever de colaboração dos contribuintes versus direito ao silêncio no âmbito tributário sancionador**. Porto Alegre: Safe, 2009. p. 66.

– e argumentos de ordens diversas, em regra amparados na crueldade da produção probatória – não epistêmicos. Em seguida, serão analisados os direitos fundamentais correlatos ao direito ao silêncio, tanto na perspectiva de amparar quanto na de delimitar seu escopo. Essa divisão não é rígida – direitos são amparados em razões racionais e razões racionais amparam direitos. O objetivo é apenas organizar a abordagem a ser desenvolvida.

2.2.1 Racionalidade

Para verificar a possibilidade de se ampliar o âmbito de proteção do direito ao silêncio, a fim de abranger o direito em geral a não produzir provas, é necessário estudar os valores suportados por aquele direito.

A racionalidade por trás do direito ao silêncio não é autoevidente. Pelo contrário, ela é objeto de considerável disputa doutrinária.

David Dolinko propõe uma divisão, ainda que "rude e simplória", entre fundamentos individuais (*individual rationales*) – que "seriam afirmados por uma boa compreensão dos direitos humanos ou um devido respeito à dignidade humana e individualidade" – e fundamentos sistêmicos (*systemic rationales*), – "medidas tidas pelos seus proponentes como cruciais para nosso tipo peculiar de justiça crimina".[219] O próprio autor reconhece que a classificação é "rude e simplória",[220] mas ela cumpre um papel sistematizador relevante.

Preferimos organizar nossa exposição destacando os fundamentos epistêmicos e não epistêmicos, os quais, a rigor, são, respectivamente, fundamentos sistêmicos e fundamentos individuais. Em seguida, seguimos analisando os demais fundamentos sistêmicos.

[219] DOLINKO, David. Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?. **UCLA Law Review**, v. 33, n. 4, p. 1063-1148, April 1985. HeinOnline. p. 1065.
[220] DOLINKO, David. Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?. **UCLA Law Review**, v. 33, n. 4, p. 1063-1148, April 1985. HeinOnline.

2.2.1.1 Fundamentos epistêmicos

O amparo do direito ao silêncio em razões epistêmicas não é de simples compreensão.

Fundamentos epistêmicos "são instrumentais, tendo por foco a promoção de uma acurada descoberta dos fatos ou descoberta da verdade".[221] São, portanto, razões relacionadas à qualidade da prova, à sua confiabilidade para demonstrar o que se quer comprovar.

Por vezes, a percepção da função epistêmica é ligada diretamente a um propósito de evitar confissões falsas e, em razão delas, condenações injustas. Como bem observa David Dolinko, esse propósito não é assegurado pelo direito ao silêncio, seja porque o direito ao silêncio nem sempre evita confissões falsas, seja porque haveria outros meios para equilibrar o debate entre um interrogador experimentado e um acusado além de assegurar a opção pelo silêncio.[222]

De fato, o direito ao silêncio não é um impeditivo de que o imputado dê declarações às autoridades encarregadas da persecução penal e aos julgadores. Pelo contrário, pode-se afirmar que assiste ao acusado o direito a ser ouvido, expressamente consagrado como garantia judicial no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 1), no Pacto de San José da Costa Rica (art. 8, 1) e na Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6, 3, "a"). Trata-se de prerrogativa inerente à ampla defesa e ao devido processo legal.

Ou seja, ao lado do direito a declarar, existe também o direito a calar. Isso se traduz em uma escolha, a ser livremente exercida pela defesa.

O fundamento epistêmico do direito ao silêncio é ligado às confissões falsas – e não à negativa de culpa. Ao invés de calar, o culpado pode negar falsamente a própria culpa, com boas razões para fazê-lo. Uma negativa plausível pode ser estratégica para afastar o grau de certeza necessário à condenação criminal. No entanto, o direito ao silêncio não tem a força de impedir falsas negativas.

---

[221] CHOO, Andrew L-T. **The privilege against self-incrimination and criminal justice**. London: Bloomsbury Publishing. (Criminal Law Library). Edição do Kindle. l. 647-649.
[222] DOLINKO, David. Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?. **UCLA Law Review**, v. 33, n. 4, p. 1063-1148, April 1985. HeinOnline. p. 1064.

A preocupação do direito ao silêncio são as confissões falsas que dão suporte a falsas acusações e podem levar a condenações injustas. Nesse sentido, Choo observa:

> A necessidade de assegurar que a prova é tão confiável quanto possível é especialmente importante para a prova da acusação nos casos criminais, porque a admissão de provas de acusação não confiáveis poderia levar à condenação injusta de uma pessoa inocente.[223]

Portanto, há uma preocupação relevante em não produzir confissões falsas, que podem levar a condenações injustas.

Ocorre que o imputado tem o direito a declarar, e a liberdade de confessar, ainda que o faça falsamente. A existência do direito ao silêncio não tem o potencial de afiançar a qualidade do interrogatório daquele que opta por falar. O inocente pode confessar falsamente o delito, movido por infinitas razões que se lhe apresentem – proteger terceiro, acreditar putativamente na própria culpa, obter uma negociação de penas mais favorável, etc. – ou, ainda que involuntariamente, ser traído pelas próprias palavras, especialmente se inquirido por um interrogador malicioso.

Portanto, a existência de um direito ao silêncio não confere confiabilidade àquele que opta por declarar, qualquer que seja o conteúdo do interrogatório. O escopo epistêmico deste direito é bem mais restrito.

Mais do que impedir confissões falsas, evitar que os órgãos da persecução penal colaborem com a sua produção é a raiz dos fundamentos epistêmicos. A ideia é que o Estado, ao coagir o imputado a cooperar, contribui para a produção de informações pouco confiáveis. Essas informações podem levar a uma condenação injusta, para a qual o Estado terá contribuído decisivamente.

Choo bem capta esse aspecto do fundamento epistêmico do direito ao silêncio:

> A preocupação, deve ser enfatizado, não é com a potencial falta de credibilidade da prova em si, mas com a potencial falta de credibilidade que é imputável à ação estatal. Em outras palavras, não é o risco de falta de credibilidade em si que queremos identificar, mas, mais especificamente, tal risco de falta de credibilidade que as autoridades públicas têm suficiente responsabilidade por gerar. [224]

---

[223] CHOO, Andrew L-T. **The privilege against self-incrimination and criminal justice**. London: Bloomsbury Publishing. (Criminal Law Library). Edição do Kindle. l. 647-651.
[224] CHOO, Andrew L-T. **The privilege against self-incrimination and criminal justice**. London: Bloomsbury

Dessa forma, a especial preocupação dos fundamentos epistêmicos é a contribuição do aparelho estatal para a obtenção de confissões falsas. Confissões falsas podem ocorrer, por uma infinidade de razões. Mas o Estado deve se abster de incentivar confissões inverídicas.

A ideia é que, se o Estado coage o suspeito a confessar, seja diretamente, mediante violência ou ameaça, seja pela adoção de sanções diversas, ou mesmo oferece incentivos exagerados para fazer com que a pessoa admita a culpa, obterá, forçosamente, confissões falsas.

É importante sublinhar que a coação, nesse ponto, não necessariamente é ilícita ou indevida. O abuso da autoridade para obter confissões e outros tipos de provas é um problema paralelo.

Mesmo que a coação seja exercida em conformidade com normas postas, a contribuição do Estado para obter confissões falsas cruza limites éticos. Em primeiro lugar, condenar inocentes representa o fracasso da persecução penal. Ainda que o inocente contribua para o resultado, a injustiça da condenação não restará afastada. A coação estatal aumenta o volume de condenações injustas e, portanto, representa o fracasso da função persecutória. Em segundo lugar, a coação do inocente acaba concentrando esforços da persecução penal sobre o sujeito errado, evitando a responsabilização dos efetivos culpados. Em terceiro lugar, a coação representa pouco respeito à personalidade do imputado, caminhando na direção de sua objetificação.

A racionalidade por trás de fundamentos epistêmicos não ampara um direito geral a não produzir provas contra si mesmo. Ao contrário do direito ao silêncio, ligado umbilicalmente a um meio de prova específico – interrogatório –, um direito geral a não produzir provas contra si mesmo desembocaria em uma infinidade de meios típicos e atípicos de obtenção ou de produção de prova. Cada um deles teria seus próprios potenciais e riscos epistêmicos, impossibilitando uma correlação geral entre a opção pela colaboração e a qualidade da prova.

Todavia, se existe um potencial de generalização, é no sentido de que provas não declarativas não costumam ter qualquer relação com a vontade. Assim, o resultado da prova nada tem a ver com a colaboração ou não. Por exemplo, um exame de alcoolemia terá o mesmo resultado, tenha o imputado fornecido voluntariamente a amostra de ar ou de sangue ou sob

---

Publishing. (Criminal Law Library). Edição do Kindle. l. 660-669.

coação. Por óbvio, uma prova não declarativa pode conduzir a um resultado falso – no exemplo da amostra de sangue, um erro do laboratório poderia levar a um falso positivo. Mas isso nada tem a ver com a voluntariedade da contribuição do imputado no fornecimento da amostra.

Com isso, pode-se afirmar que, para provas não declarativas, não há possibilidade de a coação interferir no resultado da prova. Assim, o fundamento epistêmico que ampara o direito ao silêncio não ampara um direito geral a não produzir provas contra si.

Portanto, o cerne dos fundamentos epistêmicos é evitar a produção de provas falsas, em especial evitar que confissões falsas sejam produzidas com a contribuição do Estado. Dessa forma, os fundamentos epistêmicos se aplicam ao direito ao silêncio, uma vez que a coação do imputado a declarar tem grande risco de produzir confissões falsas. No entanto, nas provas com existência independente da vontade, os fundamentos epistêmicos não se projetam.

2.2.1.2 Fundamentos não epistêmicos

Fundamentos não epistêmicos, por sua vez, são ligados a outras razões, diversas da qualidade da prova. “Justificações não epistêmicas para o privilégio contra a autoincriminação são variadas, mas têm em comum preocupações deontológicas com valores intrínsecos não relacionados à promoção de uma acurada investigação dos fatos”.[225]

Muito embora possam ser de ordem variada, os fundamentos não epistêmicos são também antiepistêmicos. Ou seja, eles conduzem à exclusão de provas “com potencial cognitivo”, criando “uma grande dificuldade ao atingimento do objetivo de uma correta reconstrução histórica dos fatos”. Essa exclusão tem fundamento em “limites políticos” à produção probatória, preservando outros interesses além da busca da verdade dentro do processo.[226]

---

[225] CHOO, Andrew L-T. **The privilege against self-incrimination and criminal justice**. London: Bloomsbury Publishing. (Criminal Law Library). Edição do Kindle. l. 701-702.
[226] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 166.

Os fundamentos não epistêmicos mais lembrados são aqueles relacionados à "imposição de ônus excessivo" ou "afrontoso à dignidade individual".[227] Suas justificativas são amparadas em razões retóricas sobre exigir do imputado mais do que seria razoável.

Uma das principais linhas é conhecida por "argumento da velha" (*old woman's reason*): "é duro ao homem ser obrigado a se autoincriminar".[228] A Suprema Corte dos Estados Unidos seguiu essa linha de pensamento, ao ressaltar o caráter excessivamente penoso da autoincriminação:

> A essencial e intrínseca crueldade de compelir um homem a expor sua própria culpa é óbvia a qualquer um e não precisa ser ilustrada. É clara a qualquer pessoa que pensa no assunto por um momento. Compelir alguém a se incriminar deve criar um sentimento de indignação na comunidade, tendo em vista o senso de degradação pessoal do sujeito. [229]

Outro argumento é o "trilema cruel". O culpado que deve compulsoriamente declarar algo, sob o compromisso de dizer a verdade, estaria submetido a decidir entre "autoacusação, perjúrio ou desrespeito à Corte".[230] Se disser a verdade, estará reconhecendo fatos que levam à responsabilidade criminal (autoacusação); se mentir, estará cometendo o crime de perjúrio; se se recusar a depor, estará sujeito às penas pelo desrespeito à Corte.

Como sustenta Heloísa Rodrigues Lino de Carvalho, é da "natureza humana" a "dificuldade em espontaneamente confessar suas próprias falhas, erros, desvios de conduta e assumir as consequências que possam advir dessas condutas", pelo que forçar um "ser humano a agir contra essa natureza viola sua integridade mental e moral ou até física".[231]

Tais argumentos são criticáveis por boas razões. Amparados em vagas máximas da experiência, redundam em proteção ao culpado, com duvidoso benefício ao imputado inocente. Como leciona Choo, suas razões "tendem a ser infladas em termos um tanto retóricos e amorfos,

---

[227] CHOO, Andrew L-T. **The privilege against self-incrimination and criminal justice**. London: Bloomsbury Publishing. (Criminal Law Library). Edição do Kindle. l. 703-704.
[228] CHOO, Andrew L-T. **The privilege against self-incrimination and criminal justice**. London: Bloomsbury Publishing. (Criminal Law Library). Edição do Kindle. l. 705.
[229] Brown *v.* Walker 161 US 591, 637 (1896) (Field J (dissenting).
[230] SCOTUS, Murphy *v.* Waterfront Commission 378 US 52, 55 (1964).
[231] CARVALHO, Heloisa Rodrigues Lino de. Fundamento central do direito à não autoincriminação. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 731-765, maio/ago. 2018.

envolvendo o uso de máximas exageradas e conceitos emotivos como ‘dureza’, ‘crueldade’, ‘degradação’ e a própria ‘dignidade’”.[232]

O “argumento da velha”, baseado na dureza que o dever de se entregar representa, pode ser contraposto à dureza da própria condenação. O direito e o processo penal trabalham com a imposição forçada de sanções. Difícil ver um ônus de declarar como mais duro do que o encarceramento.

O “trilema cruel”, por sua vez, só é imposto aos culpados. Os inocentes não são apresentados a qualquer dificuldade, na medida em que podem falar a verdade, sem se incriminar.

Outro fundamento não epistêmico é o “argumento da caça à raposa”, segundo o qual a ideia de processo justo importaria fornecer ao culpado alguma oportunidade para escapar da ação da acusação. Ao demonstrar preocupação com esse argumento, Bentham afirma:[233]

> O argumento da caça à raposa consiste em introduzir na carpeta do procedimento jurídico a ideia de justiça (*fairness*), no sentido em que a palavra é usada pelos desportistas. A raposa deve ter uma chance justa (*fair chance*) de salvar a própria vida; ela deve ter (tão próxima é a analogia), o que é chamado de direito: deixe-lhe correr uma certa distância, pelo expresso propósito de lhe dar uma chance de fugir. Enquanto perseguida, ela não deve ser alvejada; isso seria tão *injusto* quanto condená-la por assalto ao galinheiro, em cinco minutos, num tribunal da consciência. (grifo do autor)

O “argumento da casa à raposa” atribui ao processo uma função de servir como subterfúgio à aplicação da lei material. Esse raciocínio leva a ver o processo como uma chance de o culpado escapar da punição, e também como uma chance de o inocente ser punido. Por mais que a existência de partes que atuam sob a supervisão de um terceiro imparcial remeta à ideia de jogo, um processo justo deve reduzir, e não fomentar, o espaço para aleatoriedades.

Em verdade, os argumentos não epistêmicos decorrem da valoração dos direitos da personalidade. Trata-se de respeitar a escolha moral do indivíduo, entre colaborar na produção da prova, ou negar-se a participar da própria persecução.

---

[232] CHOO, Andrew L-T. **The privilege against self-incrimination and criminal justice**. London: Bloomsbury Publishing. (Criminal Law Library). Edição do Kindle. l. 727-730.
[233] BENTHAM, J. **Rationale of judicial evidence, specially applied to English practice**. London: Hunt & Clarke, 1827; reprinted New York: Garland Publishing, 1978. v. 5. p. 238–239.

Para o direito ao silêncio, o respeito à escolha moral é de grande importância. Além da submissão do imputado, há uma considerável exposição na declaração pública sobre a própria responsabilidade.

Para as demais provas, resta apenas o respeito à escolha moral. O resultado das provas não depende da vontade do imputado. A exposição da pessoa ao escrutínio público é consideravelmente menor em uma prova não declarativa.

Os fundamentos não epistêmicos poderiam levar ao reconhecimento de um direito geral a não produzir provas contra si mesmo, articulando-se a outros direitos fundamentais. A prerrogativa de não se incriminar se somaria ao direito à intimidade, para proteger contra as intervenções corporais, consistentes na retirada de amostras de tecidos ou de substâncias excretadas pelo corpo; à privacidade, para proteger contra gravações ou filmagens escondidas; à saúde, para proteger contra intervenções que possam colocar o imputado em risco pessoal, como a administração de eméticos para o suspeito de engolir a droga, entre outros direitos fundamentais.

O problema da articulação é que a utilidade do engajamento do direito à não autoincriminação mostra-se duvidosa. Como aponta Choo, se o outro direito já é suficiente para resolver a questão, não é clara a razão da invocação da autoincriminação.[234]

No entanto, é possível que vários direitos diferentes sejam relevantes à solução de um caso concreto. Não raro, a solução de um caso envolve a ponderação dos interesses da persecução penal com diversos direitos do imputado.[235] Mas é sempre importante ter em vista o conteúdo de cada direito envolvido e a intensidade de sua violação. Para compreender o correto conteúdo da prerrogativa de não se incriminar, é necessário que os direitos engajados sejam bem categorizados. De outra forma, não se saberá se, eliminada a outra variável, a mesma conclusão seria aplicada. Assim, a conversa feita em brados em local público não parece protegida pela privacidade; a substituição da administração de emético por exame de imagem produz a prova, minimizando o risco à saúde do imputado.

---

[234] CHOO, Andrew L-T. **The privilege against self-incrimination and criminal justice**. London: Bloomsbury Publishing. (Criminal Law Library). Edição do Kindle. l. 754-756.
[235] Nesse sentido: TROIS NETO, Paulo Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 139.

Mas o papel dos fundamentos não epistêmicos é de grande relevância para o direito ao silêncio e para o direito geral à não autoincriminação, uma vez que eles levam ao respeito à liberdade moral do imputado, no exercício de sua escolha entre colaborar ou não. Esse respeito deve ser maior quanto ao direito ao silêncio, tendo em vista a especial crueldade da declaração em próprio desfavor. Em relação a outras provas, os fundamentos epistêmicos recomendam um respeito inicial à postura não colaborativa, o qual pode ceder, em determinadas condições.

2.2.1.3 Fundamentos sistêmicos

2.2.1.3.1 Abuso de autoridade

A teoria do abuso de autoridade parte do princípio de que, existindo a possibilidade jurídica de coagir o imputado a colaborar, haveria um incentivo aos agentes públicos de exorbitar da coação como método de obtenção de provas, corrompendo o sistema como um todo.

A preocupação com o abuso de autoridade e a consequente corrupção do sistema era apontada por Wigmore como o fundamento do direito ao silêncio:

> A verdadeira objeção é que qualquer sistema administrativo que permite que a acusação confie habitualmente na autoincriminação compulsória como fonte de prova vai sofrer moralmente com isso. Surge a inclinação a confiar principalmente nesse tipo de prova, e a ficar satisfeito com uma investigação incompleta de outras fontes. O exercício do poder de extrair respostas faz com que se olvidem as justas limitações a esse poder. O simples e pacífico processo de interrogar dá luz à prontidão para recorrer ao *bullying* e à força física e tortura. Se há direito a uma resposta, logo parecerá surgir o direito à resposta esperada – ou seja, à confissão da culpa. Então, o uso legítimo evolui para o injusto abuso; finalmente, o inocente é ameaçado pela invasão de um sistema corrompido.[236]

Bem sintetiza a preocupação com o abuso de autoridade, ao reconhecer que, "muito embora a ameaça de tortura ou de outras ações governamentais abusivas não pareçam efetivas

[236] WIGMORE, John H. **Treatise on the Anglo-American system of evidence in trials at common law including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States and Canada**. 8. ed. Boston: Little, Brown and Company. 1940. v. IV. HeinOnline. § 2251. p. 824.

hoje em dia", ainda seria "importante proteger a moralidade administrativa, removendo a tentação de usar atalhos para condenações, os quais desmereceriam a integridade do ofício".[237]

Por óbvio, nenhum esforço deve ser medido para evitar a corrupção do sistema que o abuso sistemático de autoridade representaria.

A tese do abuso de autoridade é aplicável, de forma específica, ao direito ao silêncio. Normalmente, outros tipos de prova exigem uma investigação prévia sólida antes que o imputado seja chamado à colaboração. E, normalmente, a prova produzida com a colaboração do imputado é, em si mesma, neutra, podendo trazer qualquer resultado. Faz pouco sentido pensar que a coação a produzir provas diversas do interrogatório seria fonte de desvios de poder.

Quanto ao direito ao silêncio, a principal crítica a essa teoria é de que haveria outros meios para proteger o imputado contra a coação abusiva. O abuso, por definição, é uma atuação em desconformidade com o direito, pelo que dificilmente a sobreposição de um princípio jurídico seria adequada para combatê-lo. Impedir que confissões extrajudiciais sejam usadas como prova durante o julgamento ou limitar o poder do promotor de expor a vida pregressa ou fazer perguntas capciosas poderia ser uma proteção mais eficiente.[238]

De qualquer forma, não se pode negar algum risco do abuso e a importância de combatê-lo. Assim, evitar o abuso de autoridade faz parte da racionalidade sistêmica a amparar o direito ao silêncio.

2.2.1.3.2 Encorajar a colaboração de terceiros

Uma das razões para se adotar o direito à não autoincriminação consistiria no estímulo para que pessoas não acusadas forneçam informações às autoridades públicas, eliminando o receio de serem processadas por eventuais declarações autoincriminatórias.

---

[237] MCKAY, Robert B. Self-incrimination and the new privacy. **Supreme Court Review**, 1967, p. 193-232. HeinOnline. p. 209.
DOLINKO, David. Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?. **UCLA Law Review**, v. 33, n. 4, p. 1063-1148, April 1985. HeinOnline. p. 1064.

Nesse ponto, a justificativa do privilégio, portanto, seria incentivar pessoas sobre as quais não recai suspeita a colaborar com as autoridades públicas, sem que se preocupem em sofrer uma persecução penal.

John T. McNaughton sintetiza que o privilégio "encoraja terceiros a comparecer e testemunhar, removendo o medo de serem compelidos a se autoincriminar".[239]

A autoincriminação seria aplicável não apenas na produção da prova, mas também na notícia inicial do delito às autoridades. Nesse ponto, a proteção operaria para evitar essa notícia inicial, permitindo à testemunha se escusar de depor.

A mesma racionalidade pode ser invocada não para impedir que a notícia seja dada às autoridades, mas para evitar que uma informação seja usada como prova da responsabilidade criminal. No Brasil, por exemplo, uma política de repatriação de ativos impediu a persecução de pessoas que recolheram tributos sobre ganhos não declarados localizados no exterior.

Não obstante o exemplo seja com o testemunho, a mesma lógica se aplica a todo e qualquer tipo de colaboração potencialmente autoincriminatória: declarações escritas ou outras informações exigidas de pessoas pelo Estado.

O incentivo à prestação de informações relevantes ao Estado é essencial para o reconhecimento de um direito ao silêncio, mesmo para aqueles que não são acusados – testemunhas – e de um direito geral a não dar informações incriminatórias, ou ao menos a não ter essas informações empregadas em uma persecução penal futura.

2.2.1.3.3 Teoria dos jogos

A corrente sistêmica mais eloquente usa a teoria dos jogos para defender que o direito ao silêncio protege o próprio sistema de aplicação da lei penal.

[239] MCNAUGHTON, John T. The privilege against self-incrimination. **Journal of Criminal Law & Criminology**, v. 51, Issue 2, p. 138-154, 1960-1961.

De acordo com Stein e Seidmann, as declarações mentirosas dos culpados criam "externalidades negativas", na forma de condenação de inocentes que falam a verdade, mas não têm suas versões corroboradas pelas provas.[240]

Se não fosse pelo direito ao silêncio, culpados seriam incentivados a dar versões inverídicas. Com isso, investigadores e julgadores seriam levados a duvidar de todas as versões apresentadas pelos imputados e, com isso, a afirmar a culpa daqueles que não tivessem as versões amparadas em outras provas.

Por sua vez, o direito ao silêncio oferece escolhas ao imputado culpado: pode declarar, para imitar o comportamento esperado de um inocente, expondo-se, entretanto, ao risco de ter sua versão desmascarada e aumentar a chance de condenação; ou pode calar, adotando postura que não seria racional a um inocente, mas se protegendo contra a descoberta do caráter inverídico de suas declarações.

Na medida em que alguns culpados exercem a opção pelo direito ao silêncio, os investigadores e julgadores podem direcionar melhor suas energias. Nos casos em que a declaração é feita, a checagem de fatos pode partir do pressuposto de que há alguma veracidade no conteúdo do interrogatório. Nos casos em que o silêncio é a opção, sabe-se que é fundamental buscar os meios necessários à comprovação da culpa.

Essa espécie de "triagem inicial" (*anti-pooling effect*) de inocentes e culpados seria menos custosa ao Estado do que outras alternativas para o incentivo da admissão da verdade – como a redução das penas pela confissão.

Com isso, o direito ao silêncio favoreceria o sistema de justiça como um todo, e os inocentes em particular.

A ideia, portanto, é que a racionalidade por trás do direito ao silêncio não estaria limitada à proteção de indivíduos, sejam eles inocentes ou culpados, sendo voltada à promoção da melhora do sistema de justiça.

O raciocínio consequencialista parte de pressupostos empíricos de muito difícil comprovação. Há lógica em pensar que inocentes têm incentivo a declarar e culpados a calar,

[239] STEIN, Alex; SEIDMANN, Daniel J. The right to silence helps the innocent: a game-theoretic analysis of the Fifth Amendment privilege. **Harvard Law Review**, v. 114, p. 430-510, 2000.

mas esse é apenas um dos aspectos da decisão de declarar ou não. Há uma série de outras coisas que podem influir na escolha, de muito difícil consideração.

Além disso, é intuitivo que o direito ao silêncio não decorre de benefícios ao sistema, os quais só foram recentemente imaginados por autores que cruzam o direito com o modelo matemático da teoria dos jogos. Eventuais benefícios ao sistema são muito importantes, mas são uma externalidade positiva do direito, não seu fundamento.

De outro lado, se o direito ao silêncio servisse ao sistema, não ao indivíduo, ele não teria *status* de direito fundamental. Pelo contrário, se o foco está no sistema, não no indivíduo, alterações do sistema poderiam conduzir a sua pura e simples supressão. Portanto, o direito ao silêncio até pode ter efeitos positivos no sistema penal como um todo, mas este não é o seu fundamento.

De outro lado, os benefícios ao sistema não se aplicariam a outros tipos de prova, pelo que não ampariam um direito geral a não produzir provas contra si mesmo. A "triagem inicial" (*anti-pooling effect*) de inocentes e culpados seria menos custosa ao Estado com a realização da prova, não com o respeito à prerrogativa de não colaborar. Um direito geral a não produzir provas contra si mesmo pressuporia uma perda epistêmica – deixar de produzir provas que poderiam comprovar o fato e sua autoria –, em respeito a outros interesses. Logo, fundamentos consequencialistas não levam ao reconhecimento de um direito geral a não produzir provas contra si mesmo.

2.2.1.3.4 Inexistência de dever moral de colaborar

Um dos fundamentos que suportariam o direito à não autoincriminação residiria na inexistência de um dever moral de colaborar.

Esse tema foi muito discutido nos Estados Unidos com relação ao direito ao silêncio. A ideia é que a pessoa não é moralmente obrigada a responder quando confrontada com acusações.

Esse fundamento foi atacado com bons argumentos e hoje já foi praticamente abandonado. Henry J. Friendly sustentou que existe sim um dever moral de responder a perguntas incriminatórias:

> Nenhum pai ensinaria tal doutrina aos seus filhos; a lição que os pais pregam é que, muito embora uma malcriação, até mesmo uma bem séria, será normalmente perdoada, deixar de assumir a responsabilidade não. A cada hora do dia as pessoas são chamadas a explicar suas condutas a pais, empregadores e professores. Aqueles que são perguntados se consideram moralmente obrigados a responder, e os questionadores acham adequado tomar providências se eles não o fizerem. [241]

O argumento foi desenvolvido e melhor explicado por Kent Greenawalt, que afirmou que o dever moral de responder só surge com uma suspeita sólida. Disse o autor:

> Suponha que A tenha uma relação próxima de confiança e reconheça uma pequena chance de que B o tenha enganado, tenha quebrado a confiança, furtado ou violado um compromisso, como a fidelidade sexual em muitos casamentos. Imagine, por exemplo, que Ann não encontrou seu bracelete especial e saiba que uma das muitas coisas que poderiam ter ocorrido seria que sua colega de quarto, Betty, o tenha subtraído. Nesse ponto, Ann poderia muito bem perguntar a Betty se ela viu o bracelete, mas não seria apropriado fazer questionamentos que denotassem a possibilidade de que ela o tivesse pegado. Em relações próximas entre adultos, a confiança é uma característica e elemento central. Nós contamos que amigos e pessoas queridas confiam em nós, por vezes mais do que merecemos; se essas pessoas mostram falta de confiança em nós, nossa autoestima sofre e os laços são estremecidos. Se Ann trata com seriedade a chance pequena de que Betty tenha roubado o bracelete, ela mostra falta de confiança e confere a Betty menos respeito que a relação requer. O que seria adequado a Betty fazer se Ann perguntasse sobre a possível culpa? Ela poderia responder com honestidade, o que muitas pessoas escolheriam fazer, mesmo ressentidas. Mas, se Ann perguntasse, ela poderia responder algo como "Não é da sua conta" ou "Nem vou responder a isso". A pergunta inadequada de Ann não cria o dever de Betty de responder. [...] Eu quero agora introduzir uma importante mudança nos fatos. Cathy, uma amiga comum que sabe que o bracelete de Ann está sumido, escreve a Ann contando que viu a irmã de Betty usando um bracelete idêntico ao de Ann. Ann sabe que Betty viajou para visitar a família no período em que o bracelete desapareceu. Ainda que outras possibilidades não possam ser descartadas, Ann agora acredita, como o faria um observador neutro, que provavelmente Betty pegou o bracelete e deu para a irmã. A relação próxima de confiança não mais impede uma tentativa de Ann de descobrir se Betty pegou o bracelete. Não se espera que ela simplesmente descarte a chance de culpa de Betty e siga com a relação sem tentar acertar o assunto. A conduta mais natural e aberta para Ann é contar a Betty o que diz a carta e pedir uma explicação. Ainda que Ann seja cautelosa com a pergunta, Betty vai perceber que a confiança de Ann não é integral, mas, se for justa, reconhecerá que a confiança abalada é amparada em fatos externos. [...]

---

[241] MLA 8th ed. FRIENDLY, Henry J. The Fifth Amendment tomorrow: the case for constitutional change, **University of Cincinnati Law Review**, v. 37, n. 4, p. 671-726, Fall 1968. HeinOnline. p. 680.

> Essa análise sugere a seguinte generalização: em relações próximas, quando A tem fortes razões para suspeitar de B, A explicar a suspeita a B e pedir uma explicação não é apenas apropriado, mas é o mais respeitoso à dignidade e autonomia de B que a maior parte das outras abordagens para a descoberta da verdade. Quando Ann pedir uma explicação, Betty agora terá poderosas razões morais para responder. [242]

O autor prossegue, demonstrando que, em relações profissionais, além do dever moral, existiria a possibilidade de sanções diversas – o fim do vínculo de emprego, por exemplo – para a negativa de resposta.

Transportando o raciocínio de Greenawalt para o processo, é possível afirmar que o imputado não teria o dever moral de responder a perguntas no início da investigação, baseadas em suspeitas fracas. Nesse momento, ao ser indagado sobre, digamos, seu paradeiro no momento do delito, poderia responder à autoridade algo como "não é da sua conta". No entanto, à medida que essas suspeitas se robustecem, o dever moral de resposta surge. Assim, no curso da instrução criminal, necessariamente amparada em um mínimo de prova, o acusado teria o dever moral de apresentar sua explicação.

É mais ou menos essa lógica que o direito da Inglaterra segue. O investigado não é diretamente prejudicado por deixar de responder perguntas. Mas, no curso da ação penal, seu silêncio ou a demora em introduzir sua versão podem indicar a culpa. Ainda que sozinhos não sejam suficientes para produzir uma condenação, se associados a outros elementos, podem ser considerados pelo julgador ou pelos jurados.[243]

Além da controvérsia sobre a existência ou não de um dever moral de responder, existe o fato de que obrigações jurídicas podem ser criadas, mesmo sem amparo em deveres morais.

A tese da inexistência de um dever moral de responder não explica o direito ao silêncio, muito menos um direito geral à não autoincriminação.

---

[242] GREENAWALT, R. Kent. Silence as moral and comstitucional right. **William & Mary Law Review**, v. 23, Issue 1, art. 3, p. 15-71, oct. 1981.
[243] Ver supra, Parte I, 1.3.4.

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS CORRELATOS

Para verificar a possibilidade de ampliar-se o âmbito de proteção do direito ao silêncio, a fim de abranger-se o direito em geral a não produzir provas, é necessário analisar os valores suportados por aquele direito.

Analisamos acima a racionalidade a sustentar o direito ao silêncio. Resta verificar seu relacionamento com outros direitos fundamentais, que o amparam ou infirmam.

Para tanto, analisamos direitos de três ordens. Na primeira, relacionamos o direito ao silêncio a direitos fundamentais materiais – dignidade da pessoa humana, liberdade, privacidade e intimidade, vedação à tortura, integridade pessoal, honra, liberdade de expressão. Na segunda, a direitos fundamentais processuais – presunção de inocência, direito a um processo justo. Na terceira, analisamos a relação do direito ao silêncio com a doutrina dos direitos de resistência (*auxiliary rights*).

2.3.1 Direitos fundamentais materiais

2.3.1.1 Dignidade da pessoa humana

Relacionar a dignidade da pessoa humana e o direito a não produzir provas contra si mesmo não é simples. O âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana é de difícil apreensão.

A partir de precedentes do Tribunal Constitucional Alemão, a dignidade da pessoa humana passou a ser avaliada com base na "fórmula-objeto", segundo a qual é contrário à dignidade humana transformar o cidadão em "simples objeto do Estado".[244] Essa fórmula é excessivamente indeterminada e depende de avaliação axiológica. Se, de um lado, há ações estatais que obviamente objetificam a pessoa – tortura, escravatura –, há outras tantas que serão ou não aceitáveis conforme a evolução da sociedade.

[244] E 87, 209/228; 109, 133/149 e s.; 115, 118/153.

Vários escritos sobre o direito à não autoincriminação afirmam que usar o imputado como fonte de provas seria tratá-lo como simples objeto da persecução penal, não como sujeito de direitos. Dentre outros, Maria Elisabeth Queijo defende que o "*nemo tenetur* está intimamente relacionado à proteção da dignidade humana", a qual não tolera "humilhações, discriminações ou perseguições".[245]

Em sentido diverso, Sandra Oliveira e Silva sustenta que, tendo em vista seu conteúdo impreciso, a "dignidade humana dificilmente poderá ser eleita como fundamento direto da proibição contra a autoincriminação".[246]

O direito ao silêncio parece ter conexão com a dignidade da pessoa humana. As teses acerca da crueldade do depoimento em desfavor próprio são consistentes com o sentimento de que a obrigação de depor contra si mesmo é violadora de um mínimo de dignidade.

Em relação às provas não declarativas, não parece que seja assim. Todo aquele que serve como fonte de provas é, em alguma medida, tratado como objeto. A vítima e a testemunha, por mais inocentes que sejam, são chamadas a contribuir com a produção probatória, mesmo contra suas vontades.[247] Em alguma medida, a produção de provas sempre será objetificante. À persecução penal interessa a conduta do imputado.

A obtenção de provas do imputado nem sempre o reduz a objeto, ao menos em proporção maior do que a vítima ou a testemunha. É difícil argumentar que um suspeito chamado a fornecer material biológico, mediante *swab* bucal, para análise de DNA estará sendo agredido ou posto em situação constrangedora pela realização do exame. As informações recolhidas da amostra estão no espectro do DNA não codificante, incapaz de revelar características do indivíduo.[248] É corriqueiro que a vítima seja chamada a depor, prestando declarações, sob o compromisso de dizer a verdade, na presença do ofensor. Certamente, a vítima estará mais exposta do que o imputado submetido a interrogatório, e não terá a prerrogativa de se negar a responder.

---

[245] QUEIJO, Maria Elisabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 103.
[246] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018.
[247] No Brasil, a legislação prevê que vítimas e testemunhas podem ser conduzidas coercitivamente para prestar depoimento em audiência (art. 201, § 1º, e art. 218 do CPP). A negativa em declarar ou a declaração falsa são tipificadas criminalmente (art. 342 do CP).
[248] No caso brasileiro, o art. 5º, § 1º, da Lei 12.037/2009 assim determina. Ver infra, Parte II, 2.1.1.

Em verdade, outras provas muito mais invasivas e objetificantes não usam a coação do investigado – e, por isso, não levam ao engajamento da proteção contra a autoincriminação. Por exemplo, as interceptações telefônicas e captações ambientais são altamente invasivas.

Portanto, a relação do direito ao silêncio ou da proteção contra a autoincriminação com a dignidade da pessoa humana está longe de ser universal, exigindo análise caso a caso.

2.3.1.2 Direito à liberdade

O direito à não autoincriminação tem relação muito próxima com o direito à liberdade.

No plano internacional, o direito à liberdade é visto como uma parcela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, contemplado em várias declarações de direitos – Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); art. 22 e art. 26, n. 1, da Constituição portuguesa; art. 2, § 1, da Lei Fundamental alemã; art. 10.1 da Constituição espanhola; art. 16 da Constituição colombiana.

A doutrina alemã considera que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade consagra não apenas uma "liberdade de atuação em geral", mas também que, de sua associação à dignidade da pessoa humana, é deduzido o "direito da personalidade em geral".[249] Este é composto pelo direito à autodeterminação, à autopreservação e à autoapresentação.[250]

O direito à autodeterminação "garante ao particular determinar por si próprio a sua identidade".[251] O direito à autopreservação "garante ao particular o poder retirar-se, proteger-se e ficar por sua conta", tanto do ponto de vista espacial quanto social.[252] O direito à autoapresentação "garante ao particular a possibilidade de se defender não só contra

[249] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Em sentido semelhante: MARTINS, Thiago Penido; SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. Hermenêutica constitucional comparada: a contribuição da aplicabilidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 14, n. 22, p. 205-239, jul./dez 2012; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade: perspectiva do direito português. *In*: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 65-107.
[250] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 175.
[251] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 175.
[252] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 176.

apresentações públicas desprestigiantes, falseadoras, desfigurantes e indesejadas, mas também de observações secretas e indesejadas da sua pessoa".[253]

Desses aspectos podem ser extraídos os principais fundamentos ao direito à não autoincriminação. A "liberdade de atuação em geral" suporta a prerrogativa de se recusar a participar de qualquer procedimento. O direito à autopreservação ampara o poder de optar por retirar-se, ao invés de submeter-se a escrutínio. O direito à autoapresentação ampara o direito a não ser submetido a manipulações indevidas.

Conquanto a Constituição brasileira não consagre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, prevê expressamente o direito à liberdade no *caput* do art. 5º, que não se confunde, no entanto, com a liberdade de locomoção, assegurada pelo inciso LIV do mesmo artigo. Nesse caso, a liberdade deve ser compreendida em sentido mais amplo. Em comunhão com o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CRFB), pode ser entendida como a liberdade de atuação em geral.[254] Além disso, nossa Constituição também consagra a dignidade da pessoa humana, permitindo a dedução do direito da personalidade em geral.

Ocorre que o direito à liberdade ou ao livre desenvolvimento da personalidade não é absoluto. A liberdade de um indivíduo é limitada quando entra em confronto com a liberdade dos demais, ou com as disposições do ordenamento jurídico. Nesse sentido, a Lei Fundamental alemã é expressa em limitar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade pelos "direitos de outros", pela "ordem constitucional" e pela "lei moral".

O direito à liberdade tem importante intersecção com o princípio da legalidade e com o devido processo legal. A regra é que a liberdade pode ser validamente restringida pela lei (art. 5º, II, da CRFB), observado o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB).

A despeito da relevante área de superposição, o princípio da legalidade e o devido processo legal não tornam irrelevante o direito à liberdade. Há um núcleo fundamental do direito à liberdade, esfera de escolhas pessoais que não podem ser invadidas validamente nem pela lei, nem pelo procedimento.

---

[253] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 177-178.

[254] Nesse sentido: BELTRÃO, Sílvio Romero. Limites ao livre desenvolvimento da personalidade e o estudo de um caso concreto. *In*: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Sílvio Romero (coord.). **Direito civil**: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2. p. 63-87.

Dado esse contexto, é possível afirmar que o direito à não autoincriminação é, em larga medida, suportado pelo direito à liberdade. Ao imputado assiste a liberdade inicial de não colaborar com a apuração, muitas vezes associada a uma noção natural de autopreservação.[255]

A questão reside na possibilidade ou não de limitar essa liberdade, na forma da legislação.

No caso do direito ao silêncio, normas de *status* fundamental determinam que se respeite a decisão do imputado de falar ou não. Nesse campo, tratados de direitos humanos e Constituição afirmam a liberdade como intocável.

Nas demais hipóteses de produção de provas, o problema precisa ser decomposto.

Em uma primeira camada, surge a possibilidade de a lei determinar a colaboração, sob ameaça de coação – direta ou indireta, por qualquer meio. Em princípio, o direito à liberdade cede frente à lei – salvo se invadido em seu núcleo essencial. Assim, será necessário investigar se a norma que limita a liberdade do imputado, exigindo-lhe a colaboração com a investigação, invade o núcleo essencial do direito à liberdade.

Em princípio, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não resguarda contra o ônus de colaborar com investigações. Esse dever é genericamente imposto a todos, mesmo aos inocentes, os quais são obrigados a testemunhar e a colaborar, dentro do razoável, com as apurações de delitos.

É certo que a posição de investigado ou de acusado coloca a pessoa em uma situação diversa da dos demais, limitando o seu dever de colaborar com a investigação do delito imputado. Mas não há como relacionar essa posição especial ao livre desenvolvimento da personalidade.

Portanto, o livre desenvolvimento da personalidade ampara a postura não colaborativa, desde que inexista lei proporcional que obrigue a colaboração. Havendo, será necessário engajar outros fundamentos para afastar o dever de colaborar.

De qualquer forma, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é um forte amparo ao direito a não produzir provas contra si mesmo.

---

[255] COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004. p. 25.

2.3.1.3 Privacidade e intimidade

Os direitos à privacidade e à intimidade são correlatos ao direito à não autoincriminação.

O direito à privacidade ou à vida privada está contemplado em várias declarações de direito, como no art. 17, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no art. 11, 2, do Pacto de San José da Costa Rica e no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e ainda no artigo XXII da Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos.

No Brasil, a Constituição consagra a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X). Não é evidente a diferença entre ambas.[256] O Código Civil não contribui para o deslinde da questão, na medida em que menciona apenas a proteção à "vida privada", afirmando a possibilidade de sua tutela em juízo – "o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar" o ato violador (art. 21 do Código Civil).

De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Junior, há um "diferente grau de exclusividade" entre intimidade e privacidade. A intimidade é "o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum)". O autor dá os seguintes exemplos: "o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange". Por sua vez, a vida privada envolve "a proteção de formas exclusivas de *convivência*", ou seja, situações em que há comunicação entre sujeitos, da qual estão excluídos terceiros.[257]

De acordo com essa definição, a intimidade diz respeito a informações que não são comunicadas, ao passo que a privacidade diz respeito à comunicação restrita de informações.

O respeito à liberdade moral da pessoa, representada por uma **escolha**, é a raiz comum entre o direito à privacidade e à intimidade e aquilo que se entende como prerrogativa de não se autoincriminar. A intimidade envolve a decisão de não compartilhar, e a privacidade a

---

[256] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

[257] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan./dez. 1993. p 441-442.

decisão de compartilhar apenas com determinados destinatários, informações. Da mesma forma, a proteção contra a autoincriminação envolve a decisão do imputado de não colaborar com apurações em seu próprio desfavor.

No mais das vezes, há uma completa sobreposição entre a escolha defendida por intimidade ou privacidade e pela proteção contra a autoincriminação. Assim, fornecer amostra de sangue para investigação representará, ao mesmo tempo, uma decisão protegida pelo direito à intimidade incluída na esfera de autoincriminação.

Pode haver casos, no entanto, que a decisão de não se autoincriminar não envolve objeto protegido pela privacidade ou intimidade. O fornecimento de amostras de escrita ou de voz para comparação, por exemplo, não é protegido pela privacidade,[258] mas pode ser protegido contra a autoincriminação.

Portanto, as proteções oferecidas por ambos os direitos têm importante sobreposição, embora não completa. A atividade probatória busca recolher informações do imputado e sobre o imputado. No mais das vezes, trata-se de informações privadas, as quais o imputado recusou-se a revelar. Não raro, a obtenção da prova importa alguma forma de invasão corporal, exigindo a manipulação e a intervenção no corpo. O direito ao silêncio tem uma relação muito estreita com o direito à intimidade, na medida em que impede que a pessoa seja constrangida a revelar fatos guardados em sua consciência. A submissão a exames corporais é igualmente ligada à intimidade.

Nessa senda, alguns autores sustentam que o sentido da existência do direito à não autoincriminação é proteger a vida privada. Nesse contexto, Robert McKay liga o direito a não produzir provas contra si mesmo a uma ideia de "nova privacidade".[259]

Em muitas situações, a privacidade e a intimidade são suficientes para afirmar o direito a não colaborar, sendo despiciendo invocar o direito a não produzir provas contra si mesmo. Assim, a privacidade é suficiente para que uma pessoa se negue a abrir a porta de sua casa para uma busca sem ordem judicial, independentemente do motivo da busca ou da recusa. A intimidade é suficiente para que a pessoa se recuse a se submeter a uma revista, fora das

[258] Salvo se considerarmos que a caligrafia e o registro vocálico são informações privadas. O tempo, o deslocamento e o fornecimento da amostra em si podem interferir na liberdade do sujeito.
[259] MCKAY, Robert B. Self-incrimination and the new privacy. **Supreme Court Review**, 1967, p. 193-232. HeinOnline.

hipóteses em que a lei assim determine, ainda que tenha a convicção de que não porta nada incriminatório.

O direito à intimidade também se relaciona com as intervenções corporais em geral. Essas intervenções se caracterizam por exigir a submissão da pessoa a um procedimento de coleta e por revelar informações pertinentes ao seu íntimo. Assim, por exemplo, o exame de alcoolemia pela expulsão de ar alveolar, o fornecimento de amostras de tecidos para exames de intoxicação, ou de amostras celulares para sequenciamento de DNA.

De outro lado, sozinhas, a privacidade e a intimidade não impedem que se extraiam consequências negativas da recusa em colaborar. Em várias situações, a legislação pune aquele que se recusa a colaborar, ainda que a colaboração seja invasiva. O Código Civil brasileiro estabelece que "a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame" (art. 232). O Código de Processo Civil comina a pena de confissão à parte de demanda cível que se recusa a depor em juízo (art. 385, § 1º).

Essa sobreposição entre privacidade, intimidade e não autoincriminação é um obstáculo à compreensão do conteúdo desta. O fato é que alguns tratamentos impostos ao imputado são injustificáveis, por violarem o direito à privacidade ou à intimidade, sendo dispensável qualquer recurso à não autoincriminação.

Um dos aspectos do direito à privacidade, de recente desenvolvimento, é o direito à autodeterminação informacional (*informationelles Selbstbestimmungsrecht*). Esse direito reconhece que a pessoa mantém certo controle sobre o tratamento dos seus dados pessoais, ainda que os tenha revelado a terceiros. Esse aspecto da privacidade foi reconhecido primeiramente pela jurisprudência Alemã[260] e ganhou paulatina relevância com o exponencial aumento da circulação de informações pessoais, especialmente com o desenvolvimento da internet. No Brasil, a Lei de Proteção aos Dados Pessoais consagra esse princípio ao afirmar que o tratamento de dados pessoais deve observar "propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades" (art. 6º, I, da Lei 13.709/2018).

[260] BVergGE 65, I (42-3) [= NJW, 1984, 419].

A autodeterminação informacional pode impedir que, desde logo, dados do imputado venham a ser adquiridos pela investigação. Por exemplo, dados pessoais de posse do censo estariam a salvo de aquisição por uma investigação. Isso, no entanto, é uma proteção geral, que nada tem a ver com a proteção contra a autoincriminação.[261]

A autodeterminação informacional também poderia ser invocada para impedir a circulação de dados pessoais entre investigações.

Por tudo, tem-se que a intimidade é um grande amparo ao direito ao silêncio. A pessoa não está obrigada a revelar informações de sua mente.

A privacidade e a intimidade são protetoras contra provas que exponham o imputado e, nesta medida, podem amparar um direito geral a não produzir provas contra si mesmo. Há duas ressalvas, entretanto.

Em primeiro lugar, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada pode ceder a interesses da investigação, como de fato acontece em vários casos.

Em segundo lugar, a intimidade e a vida privada não se prestam a servir como uma garantia específica do processo penal. Nesse aspecto, esses direitos podem impedir a colaboração forçada, mas não impedem a coação mediante ameaças de outros efeitos. Assim, uma pessoa poderia ser punida por um delito autônomo de desobediência, caso se negue a colaborar, ou sua recusa poderia gerar uma inferência desfavorável à defesa.

2.3.1.4 Vedação à tortura

A vedação à tortura tem importante relação histórica com o direito ao silêncio e, eventualmente, pode projetar um direito geral a não produzir provas contra si mesmo.

---

[261] Sandra Oliveira e Silva argumenta que os direitos à privacidade e à autodeterminação informacional não alcançam os dados de interesse da investigação criminal. (SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018). Vemos nisso uma certa simplificação. A privacidade coloca certas informações fora da vista estatal, ao menos *a priori*. A obtenção dessas informações exige certos requisitos que justifiquem uma suspeita. Daí sim é possível buscar e adquirir tais dados. Logo, não nos parece que os dados de interesse da investigação estejam fora do alcance da privacidade, apenas que a privacidade pode ser afastada no interesse da investigação.

A vedação à tortura é um marco do reconhecimento de direitos do indivíduo. Está contemplada na generalidade das declarações de direito – art. 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; art. 5, 2, do Pacto de San José da Costa Rica e art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos; art. 5º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; art. VII da Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, além de da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. No Brasil, o art. 5º, III, da Constituição veda a tortura.

Não é exagero afirmar que o direito ao silêncio surgiu como uma reação à tortura. O emprego de ameaça ou de violência para obter confissões é uma marca dos processos judiciais e canônicos no período anterior ao renascimento.[262] O direito ao silêncio é o reconhecimento de um direito a não ser compelido a confessar.

Ainda hoje, em conjunto com o direito à intimidade, à honra, à integridade pessoal e à liberdade de expressão, a vedação à tortura ampara a impossibilidade de uso de violência, física ou mental, ou de sua ameaça, para obter declarações.

Importante notar que a vedação à tortura socorre não apenas ao imputado em processo penal, mas a qualquer pessoa que, eventualmente, possa ser levada a declarar. Assim, a testemunha, apesar de obrigada a prestar declarações, não pode ser torturada a tanto.

De outro lado, a vedação não ampara formas indiretas de coação, como a criminalização do silêncio ou da mentira, a aplicação de multas ou de penas processuais, como a confissão.

A vedação à tortura pode levar ao reconhecimento do direito a não colaborar com algumas provas não declarativas, mas é difícil ver aí uma generalização. A questão é especialmente relevante em provas que dependem da intervenção no corpo da pessoa. A manipulação do corpo pode levar a sofrimento e a riscos à saúde da pessoa. Se não for consentida, depende de uso de ameaça ou de força, aumentando ainda mais o sofrimento e os riscos à saúde.

O fato é, no entanto, que é difícil extrair da vedação da tortura uma possibilidade de generalização do direito a não produzir provas contra si mesmo. A equiparação da coação física

[262] Parte I, 1.1.1.

com intervenções corporais à tortura depende de uma análise caso a caso. Se a intervenção causar suficiente desconforto ou risco, sua realização não consentida será vedada.

Dessa forma, a vedação à tortura é um fundamento importante para o direito ao silêncio, no sentido de impedir a coação direta do imputado a confessar. Também pode explicar o direito a não colaborar com a produção de algumas outras provas, a depender da gravidade da intervenção em esfera protegida.

2.3.1.5 Direito à integridade pessoal

O direito à integridade pessoal funciona de forma complementar à vedação à tortura. Ampara contra a coação a declarar ou a produzir outras provas que colocam ou podem colocar a saúde do imputado em risco.

O direito à integridade pessoal é consagrado de forma expressa pelo Pacto de San José da Costa Rica, o qual afirma o direito ao respeito à "integridade física, psíquica e moral" (art. 5, 1).

Na maior parte das declarações de direito, ela não é expressa, mas pode ser deduzida de outros direitos, particularmente a vedação à tortura, o direito à vida e à intimidade.

No Brasil, ainda que não exista uma cláusula expressa de respeito à integridade pessoal, existe a afirmação do direito à "integridade física e moral" do preso (art. 5º, XLIX, da CRFB). Daí se deduz que o direito à integridade pessoal é um direito geral, que é conservado mesmo pelas pessoas na mais grave situação de perda da liberdade pessoal que o ordenamento jurídico admite.

Em conjunto com o direito à intimidade, à honra e à liberdade de expressão, a integridade pessoal ampara a impossibilidade de uso de violência, física ou mental, ou de sua ameaça, para obter declarações.

O direito à integridade pessoal soma-se à vedação à tortura para impedir a utilização de meios de coação que, apesar de não violentos, prejudiquem ou coloquem em risco a saúde física ou mental do imputado. A utilização de hipnose, soro da verdade, privação de sono, ou outra técnica semelhante para obter declarações esbarra nesse direito fundamental.

O direito à integridade pessoal socorre não apenas ao imputado em processo penal, mas a qualquer pessoa que, eventualmente, possa ser levada a declarar. Assim, a testemunha, muito embora obrigada a prestar declarações, não pode ter sua integridade pessoal posta em risco para tanto. [263]

O direito à integridade física não suporta um direito geral a não produzir provas contra si mesmo. Há provas que independem de qualquer intervenção física ou moral no indivíduo – como a entrega de documentos, por exemplo.

No entanto, sua invocação pode ser relevante em provas que dependem de intervenções corporais. Algumas intervenções corporais são não invasivas e não representam risco à integridade pessoal. É o caso, por exemplo, do *swab* bucal, destinado a obter amostras de DNA, mediante raspagem da parte mucosa da bochecha, com o uso de um cotonete. Não há perfuração, corte ou lesão a tecidos.

Mas não há dúvida de que o direito à integridade pessoal protege contra intervenções probatórias no indivíduo, ao menos em casos em que a intervenção tem o potencial de ferir ou prejudicar a saúde. A extração de objetos do trato digestivo, mediante administração de eméticos ou laxantes, ou de qualquer parte do corpo, mediante cirurgia, coloca a pessoa em risco, ainda que moderado. O direito à integridade pessoal parece impedir intervenções forçadas dessa ordem.

Entre os extremos, há algumas medidas invasivas ao corpo que, se realizadas com o devido cuidado, não representam risco considerável à saúde. É o caso, por exemplo, da extração de amostra de sangue.

Parece ser necessário avaliar as circunstâncias de cada prova para chegar a uma conclusão.

Importante notar que o *locus* do direito à integridade pessoal não é o campo probatório. Isso produz duas ordens de consequências. Em primeiro lugar, o direito impede intervenções desproporcionais, tenham elas o propósito de produzir prova, seja em processo penal ou não.

---

[263] Compete ao Estado proteger a integridade pessoal das testemunhas contra retaliações decorrentes da colaboração com a justiça. No Brasil, a Lei 9.807/1999 prevê medidas de proteção à testemunha, as quais buscam, sem eximir do dever de colaborar com a investigação, salvaguardar contra a coação ou a grave ameaça que dela decorra.

Em segundo lugar, o direito não explica outras consequências associadas ao direito ao silêncio, como a impossibilidade de cominação de sanções, materiais ou processuais, em razão da negativa. Por funcionar por meio de ponderação e ser ligado à proteção da pessoa em si, o direito à integridade pessoal não parece passível de generalização, como um direito a não colaborar com qualquer atividade probatória em processo penal.

2.3.1.6 Direito à honra

O direito à honra tem uma importante conexão com o direito a não produzir provas contra si mesmo, especialmente na fase de investigação, anterior a uma acusação formal.

O direito à honra está contemplado em várias declarações de direitos, constando do art. 17, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do art. 11, 1, do Pacto de San José da Costa Rica, do art. 10º, 2, da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do art. VIII da Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos. No Brasil, o art. 5º, X, da Constituição afirma a inviolabilidade da honra.

O direito à honra se articula com o direito ao silêncio e o direito à liberdade, para a proteção contra qualquer ônus de responder ilações infundadas. Muito embora o direito à honra seja normalmente visto em seu aspecto ativo, como uma possibilidade de reagir a ofensas à dignidade ou ao decoro, também tem um aspecto negativo, estabelecendo a prerrogativa de ignorar semelhantes ofensas. Assim, o direito à honra impede que a falta de resposta a assacadilhas seja tomada como uma admissão de culpa.

Sob esse aspecto, a ação do direito à honra se encerra em fase pré-processual. Havendo uma acusação formada, amparada em um lastro probatório mínimo, não há razão para que o direito à honra prevaleça sobre o ônus de responder à imputação.

Dessa forma, o direito à honra é um fundamento importante para o direito ao silêncio, mas apenas em face de investigações sem maior amparo. Na medida em que a investigação tem elementos apontando para a responsabilidade do investigado, o direito à honra não explica a proteção contra a exigência de uma resposta a investigações fundadas ou a acusações formalizadas.

Em relação ao direito geral a não produzir provas contra si mesmo, o direito à honra ampara uma liberdade de não cooperar com provas não declarativas em investigações embrionárias. Mas o mesmo limite se aplica: o direito à honra não protege contra a exigência de uma resposta a investigações fundadas ou a acusações formalizadas.

2.3.1.7 Direito à liberdade de expressão

O direito à liberdade de expressão é consagrado nas declarações de direitos em geral –

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 19), Pacto de San José da Costa Rica (art. 13), Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 10). No Brasil, consta do art. 5º, IX, da Constituição.

Os textos das declarações de direitos afirmam o aspecto ativo da liberdade de expressão, o direito de comunicar.

No caso do direito ao silêncio, teríamos um aspecto negativo, um direito a se abster de comunicar.

Não há dúvida de que o Estado não pode compelir fisicamente alguém a comunicar. Está na raiz da vedação à tortura a impossibilidade de usar a força para obter confissões em processos judiciais. Sob essa perspectiva, o aspecto negativo da liberdade de expressão concorre com a vedação da tortura, o direito à integridade pessoal, à intimidade e à honra, para impedir o uso de violência ou de ameaça para extrair declarações.

Sob outra perspectiva, o direito à liberdade de expressão poderia interagir com o aspecto do direito ao silêncio: um suposto direito do imputado a mentir em sua defesa. A existência de um direito a mentir no interrogatório é bastante controversa. Em vários países, o imputado pode validamente optar pelo silêncio, mas, na medida em que escolha falar, está obrigado a dizer a verdade e a responder às perguntas do acusador.

No Brasil, não há uma sanção expressa para o imputado que mente em juízo, nem interna ao processo, nem autônoma. A prova de que o acusado mentiu não resulta necessariamente em condenação. O CPP é expresso em exigir mais do que a confissão para a prova dos delitos que deixam vestígios (art. 158). Dessa disposição se retira que nem mesmo a admissão falsa da

culpa deve ser sancionada com a condenação. A legislação processual penal não é expressa em impor dever de veracidade ao acusado ou em cominar multa ou outra sanção como consequência da inverdade.

Fora do processo, a legislação não tipifica criminalmente a mentira do acusado em juízo. O falso testemunho é um crime próprio, não passível de autoria pelo réu – art. 342 do CP. A tipificação criminal da mentira no interrogatório parece estar adstrita aos casos de denunciação caluniosa (art. 339 do CP), autoacusação falsa (341 do CP) e falsa colaboração (art. 19 da Lei 12.850/2013). De qualquer forma, é difícil retirar do direito ao silêncio um direito geral de mentir em juízo.

Da relação entre liberdade de expressão e direito ao silêncio, o que se percebe é que aquela explica por que as declarações não podem ser extraídas mediante tortura ou outra forma de coação física ou moral direta, mas não explica por que não é possível tirar consequências do silêncio, especificamente no processo penal.

2.3.1.8 Direito à liberdade de crença e de opinião

O direito à liberdade de crença e de opinião acabou tendo uma intersecção histórica com o direito ao silêncio.

Desde a época medieval, o direito ao silêncio foi usado para a recusa a confessar crenças ou opiniões criminalizadas – pessoas processadas por opiniões consideradas heréticas ou divergentes usaram o direito ao silêncio para se furtar de confessar sua fé ou opinião.

Nos Estados Unidos, o direito ao silêncio foi assegurado contra a obrigação de supostos membros de agremiações comunistas de se registrarem perante entidades públicas, tendo em vista que a própria participação no partido seria ilícita.[264]

O direito ao silêncio serviu como defesa procedimental contra a criminalização da opinião, prática inaceitável em sociedades democráticas. Esse foi um efeito desejável, mas está longe de ser a função do instituto.

[264] Albertson v. SACB, 382 U.S. 70 (1965).

A proteção à liberdade de opinião pode e deve ocorrer, mas há meios melhores para isso.

Por isso, o direito à liberdade de crença e de opinião não serve como fundamento ao direito ao silêncio ou ao direito à não autoincriminação.

2.3.1.9 Conclusões parciais

Analisamos a relação do direito ao silêncio e do direito geral a não produzir provas contra si mesmo com direitos fundamentais materiais – dignidade da pessoa humana, direito à liberdade, à privacidade e à intimidade, vedação à tortura, direito à integridade pessoal, à honra e à liberdade de expressão, crença e opinião.

Uma marca comum nessa relação é que os direitos fundamentais materiais explicam a proteção a esferas de direitos do indivíduo, mas não explicam a ligação da negativa em colaborar com a incriminação. Ou seja, os direitos materiais não colaboram com a compreensão da razão para a qual existiria um direito a não colaborar nas específicas hipóteses em que pende uma ameaça de apenamento criminal.

De um modo geral, os direitos fundamentais materiais estão sujeitos à ponderação. O direito penal trata de fatos graves, e o processo penal da apuração desses fatos. Logo, faz sentido cogitar que a ponderação de direitos fundamentais materiais com os interesses da persecução penal penda em favor desta última – ao menos em mais hipóteses do que quando envolvida simples sanção cível ou administrativa. No entanto, uma pessoa pode se negar a responder sobre um negócio jurídico qualquer, para um juiz criminal, em uma ação penal sobre lavagem de dinheiro. O silêncio não trará prejuízos à defesa. Mas terá o ônus de responder ao auditor da Receita que apura tributos sobre o mesmo negócio jurídico. Seu silêncio levará à confissão dos fatos em apuração e, em consequência, ao lançamento de tributos.

Os direitos fundamentais materiais protegem contra a intervenção desproporcional na esfera de direitos da pessoa. Não protegem contra uma alternativa juridicamente estabelecida a essa intervenção. Assim, se, por um lado, não se pode coagir física ou moralmente alguém a declarar, por outro, o respeito ao silêncio não impede que ele seja usado em desfavor do imputado.

A mesma lógica serve para um direito geral a não produzir provas contra si mesmo. Eventualmente, a produção da prova pode exigir invasão aos direitos fundamentais materiais. Nesse caso, a pessoa é protegida contra a invasão desproporcional em sua esfera de direitos, esteja ela amparada na apuração de delitos ou não. No entanto, os direitos fundamentais materiais não explicam a impossibilidade de reação, mediante a cominação de uma sanção pela negativa em colaborar.

Na verdade, é a gravidade da sanção penal que surge como explicação para a proteção contra a autoincriminação. Tendo em vista as graves consequências que a condenação – e mesmo o início do processo – acarretam, é oferecida uma vantagem à defesa, limitando as consequências negativas da recusa em colaborar com a produção probatória.

Esse contexto leva a concluir que o direito ao silêncio precisa ser definido como um direito com autonomia em relação aos direitos fundamentais materiais com os quais se relaciona. Isso é mais ou menos simples, na medida em que existem normas específicas consagrando o direito ao silêncio.

O direito geral a não produzir provas contra si mesmo, por sua vez, também encontra amparo em direitos fundamentais materiais. Mas esses fundamentos não impedem que ele ceda, em juízo de ponderação, como ocorre com os direitos fundamentais materiais a ele ligados. Além disso, a possibilidade de imposição de sanções à negativa de colaboração só poderá ser explicada com base em articulação com direitos fundamentais de cunho processual.

2.3.2 Direitos fundamentais processuais

2.3.2.1 Presunção de Inocência

A presunção de inocência é o direito fundamental mais diretamente relacionado com o direito ao silêncio e o direito a não produzir provas contra si mesmo.

Está contemplada em várias declarações de direito, como o art. 14, 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o art. 8º, 2, do Pacto de San José da Costa Rica e o art. 6º, 2, da Convenção Europeia de Direitos Humanos. No Brasil, está previsto no art. 5º, LVII, da Constituição.

Em linhas gerais, prevê que todos são considerados inocentes até a condenação.

A presunção de inocência é uma regra de tratamento – veda tratar a pessoa como culpada antes da condenação – e uma regra de julgamento – estabelece que, na dúvida, o imputado deve ser absolvido. Estabelece também uma regra sobre o ônus da prova: incumbe à acusação a prova da culpa.[265] A defesa não é obrigada a provar a inocência.

A doutrina brasileira costuma posicionar o *nemo tenetur* quase como uma decorrência necessária da presunção de inocência. Maria Elisabeth Queijo afirma que o "*nemo tenetur se detegere* coaduna-se perfeitamente com o processo penal informado pela presunção de inocência, não se admitindo, em face do referido princípio, que o acusado venha a tornar-se objeto da prova".[266]

Paulo Mário Canabarro Trois segue a mesma trilha, afirmando que a "presunção de inocência tem grande importância na fundamentação do direito à não autoincriminação: se o ônus da prova cabe a quem acusa, não se pode impor ao réu o dever de falar nem de produzir provas para o esclarecimento do fato".[267]

Não há dúvida de que a presunção de inocência é de grande importância para explicar o direito a não produzir provas contra si mesmo, na medida em que a pessoa não tem o ônus de provar sua própria inocência.

No entanto, a imposição do ônus da prova da culpa à acusação não é suficiente para explicar o *nemo tenetur*. O ônus da prova consiste na incumbência de provar determinado fato, sob pena de ele ser considerado provado em favor da outra parte. A imposição do ônus da prova a uma das partes não impede que ela se desincumba do ônus, por meio de provas extraídas da parte contrária. O direito processual civil, por exemplo, distribui o ônus da prova entre autor e réu (art. 373 do CPC). Uma das formas de se desincumbir do ônus da prova é requerer o depoimento pessoal da parte contrária. Se o requerido não comparecer ou recusar-se a responder, o fato é considerado provado em seu desfavor (art. 385, § 1º, do CPC).

---

[265] MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. São Paulo: Lumen Juris, 2010.
[266] QUEIJO, Maria Elisabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 102.
[267] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 115.

Essa é precisamente a percepção de Ferrer-Beltran. O autor explica a relevância de separar o ônus da prova do ônus de produzir a prova. A distribuição do ônus da prova "supõe determinar qual das partes se verá prejudicada pela falta de prova". Já a distribuição do ônus de produzir a prova "rege qual das partes deve produzir todas ou alguma prova no processo".[268] Assim, é possível que, em determinado ponto, uma das partes tenha o ônus da prova, mas a outra tenha o ônus de trazer ou permitir que se produza determinada prova. De acordo com o autor, o ônus de produzir a prova pode ser imposto à defesa, "devido a que a ela resulta mais fácil integrá-la ou porque é ela quem dispõe da prova que se considera relevante", ou se, por outra razão, assim se afigure importante. Exemplifica o autor:

> Para dar apenas um exemplo, é perfeitamente possível que se peça a um médico acusado de homicídio por negligência em uma intervenção cirúrgica que traga o expediente clínico do paciente ou outras provas médicas sobre os antecedentes da intervenção e da intervenção mesma. Evidentemente, a razão disso é que é ele quem dispõe dessas provas, que não são acessíveis à outra parte. E isso não se considera em nossos sistemas como atentatório à presunção de inocência. Em outras palavras: a presunção de inocência parece ser compatível, neste sentido, com a atribuição de ônus probatório (no sentido de ônus de integrar e produzir provas) à defesa em um processo penal.[269]

Portanto, sozinha, a distribuição do ônus da prova à acusação não impede a convocação do réu para prestar depoimento ou para colaborar com a produção de outras provas, sob pena de consequências desfavoráveis dentro do processo – consideração dos fatos como provados – ou fora do processo – cominação de sanções diversas. Assim, o ônus da prova não basta para fundamentar o *nemo tenetur*.

Pelo contrário, normalmente, a parte que tem o ônus da prova tem a prerrogativa de acesso aos meios necessários para tanto. Sob tal aspecto, a presunção de inocência jogaria contra o *nemo tenetur*.

---

268 BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018.
269 BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018.

Nesse sentido, leciona Sandra Oliveira e Silva que "da presunção de inocência não decorre como corolário necessário o direito ao silêncio e à não autoincriminação", na medida em que a imposição do ônus da prova à acusação "não esclarece de que meios probatórios" o Juízo pode se "servir para firmar uma convicção".[270]

Como bem percebe a autora, a relação entre a presunção de inocência e o *nemo tenetur* tem sentido apenas por significar não somente uma desoneração probatória da defesa, "mas também uma *proibição relativa de meios* a utilizar pela acusação (ou pelo tribunal)", no sentido de que "a prova da culpabilidade não pode ser feita à custa da pessoa alvo da persecução penal".

Essa proibição relativa de meios, decorrência da presunção de inocência, é talvez o principal pilar jurídico do *nemo tenetur*. Ela faz com que, a princípio, não seja possível obrigar usar o imputado como meio para demonstração da própria culpa.

No caso do direito ao silêncio, a proibição relativa é, em verdade, absoluta. Aqui, são engajados os fundamentos epistêmicos do direito ao silêncio. Compelir o imputado a declarar pode contribuir decisivamente para confissões falsas. Além disso, o silêncio pode ter as mais diversas e imperscrutáveis razões. Associar o silêncio à culpa poderia conduzir a condenações injustas.

Tendo isso em vista, os ordenamentos jurídicos tendem a maximizar o direito ao silêncio. O imputado não precisa sequer dar uma versão sobre os fatos. Pode chegar ao ponto de negar-se a interagir com a defesa técnica. Ainda assim, a defesa pode sagrar-se vencedora, sustentando a insuficiência da prova da culpa.

No entanto, em relação a provas que existem de forma independente da vontade, essa proibição relativa de meios não parece ter semelhante impacto.

O ponto nodal está em definir se essa *proibição relativa de meios* é ou não absoluta – no sentido de impedir, em qualquer caso, a exigência de colaboração do imputado. Se absoluta, qualquer sacrifício à esfera de interesses do imputado impediria o acesso ao meio de prova. Num exemplo extremo, a autodeterminação informacional poderia impedir o cruzamento das impressões digitais constantes de bancos de dados para identificação civil com vestígios encontrados em local de delito, tendo em vista a falta de consentimento para uso da informação

[270] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 219.

pessoal para tal finalidade. A melhor interpretação aponta no sentido de que a *proibição relativa de meios* é engajada somente quando houver custo substancial a direitos fundamentais materiais.

A Suprema Corte dos Estados Unidos percebeu e pontuou esse tema na evolução de sua jurisprudência. Em *Miranda v. Arizona*, caso marco no reconhecimento do direito a ser informado quanto ao direito ao silêncio, a Corte abusou da retórica associando a presunção de inocência ao direito à não autoincriminação. Afirmou que, "para manter um equilíbrio justo estado-indivíduo, para requerer que o governo 'sustente toda a carga' (*shoulder the entire load*) [...], exige-se que o Estado, ao buscar punir um indivíduo, produza a prova contra ele por seus próprios e independentes esforços, ao invés de pelo cruel, simples expediente de extraí-lo da sua própria boca".[271]

A rigor, pela argumentação do precedente, a acusação não poderia, de forma alguma, exigir a colaboração do imputado na produção de provas. Precisaria, "pelos próprios e independentes esforços", "sustentar toda a carga" probatória.

Logo em seguida, a Corte se deparou com caso que a fez rever seus parâmetros. Em *Schmerber v. Califórnia*, a condenação fora baseada em exame de alcoolemia, realizado a partir da extração compulsória de amostra de sangue venoso, percebendo que "a retirada de sangue necessariamente envolve perfurar a pele para a extração" e que a submissão forçada ao procedimento "viola ao menos um significado do requisito de que o Estado obtenha a prova contra um acusado 'por seus próprios e independentes esforços'".[272]

O que a Corte reconheceu foi que o direito de não colaborar com a acusação não se confundia, nem era uma decorrência necessária, da presunção de inocência, mas advinha de uma prerrogativa de não produzir provas contra si mesmo. Essa prerrogativa impede que a acusação substitua seus "próprios e independentes esforços" pela coação do acusado a declarar, tendo em vista que há uma vedação à coação a prestar depoimento. Mas não é uma barreira absoluta para que o imputado seja, na forma do direito e em hipóteses delimitadas, a colaborar com a produção de outras provas requeridas pela acusação.

---

[271] Miranda v. Arizona, 384 U. S. 436 (1966).
[272] Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966).

Portanto, a presunção de inocência impõe o ônus da prova à acusação, que deve "sustentar toda a carga" probatória. No entanto, sozinha, a presunção de inocência não impõe que a acusação deixe de se valer de meios de demonstração que passem pela colaboração do imputado. Exigir a colaboração do imputado pode ser proibido à acusação, como ocorre quando o direito ao silêncio é engajado, mas isso não é uma decorrência direta e necessária da presunção de inocência.

A norma fundamental distribui o ônus da prova da culpa à acusação, mas não impede claramente que a acusação se desincumba dele usando o imputado como fonte da prova. Assim, se a acusação obtém amostra de material biológico do corpo do imputado, poderá compará-la a vestígio encontrado no local do crime, ligando o imputado ao delito. Impor o ônus de suportar a produção da prova não é a mesma coisa que impor-lhe a prova da inocência.

A presunção de inocência é bastante ligada ao direito a não produzir provas contra si mesmo. A partir dela, é possível compreender que a acusação tem o ônus de demonstrar a culpa, e deve, em princípio, fazê-lo por seus próprios meios, sem exigir a colaboração do imputado. Trata-se de uma proibição relativa de meios. No caso do direito ao silêncio, por suas especiais características, é impossível obrigar o imputado a declarar. Mas, de uma forma geral, a proibição de exigir a colaboração do imputado é meramente relativa, podendo ceder em juízo de proporcionalidade. Assim, em determinados casos e de acordo com o direito, o imputado pode ser chamado a colaborar com a produção de provas, e sua negativa pode lhe trazer consequências. O uso de coação contra o imputado deve ser o mais restrito o possível.

2.3.2.2 Direito a um processo justo

O direito a um processo justo ou equitativo tem sido relacionado ao direito à não autoincriminação, especialmente pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

O direito a um processo justo é consagrado expressamente na Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 6º, e está implícito nas garantias judiciais previstas em outras declarações de direitos humanos importantes – art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica.

Processo justo é aquele que conduz à realização do direito material, resguardando os direitos das partes e intervenientes na relação processual.

O processo justo é facilmente associável ao direito ao silêncio, mas não parece ligado às provas não declarativas. Isso porque, do ponto de vista probatório, o processo justo diz com a qualidade da demonstração dos fatos em juízo. Assim, as partes devem ter a oportunidade de produzir provas que levem ao esclarecimento da demanda.

Como visto, o direito ao silêncio tem forte amparo em razões epistêmicas – evitar que a coação estatal leve a confissões falsas. A coação do imputado para confessar, com potencial risco de produzir uma prova falsa e um consequente erro judicial, não é um resultado aceitável do ponto de vista da justiça do processo.

O mesmo raciocínio não se aplica às provas não declarativas. Estas independem da vontade. Logo, a coação a colaborar não incrementa o risco de erro judicial. Pelo contrário, a coação a colaborar com provas não declarativas pode reduzir o risco da própria condenação injusta, ou de sua absolvição injusta e, em algumas hipóteses, aumentar a chance de responsabilizar o verdadeiro autor do fato.

2.3.3 Direito de resistência (*auxiliary rights*)

Nos Estados Unidos, parte da doutrina enquadra o direito ao silêncio como um dos direitos auxiliares (*auxiliary rights*), os quais "conferem aos indivíduos poder de defender seus espaços reservados de direitos quando todas as outras formas de proteção jurídica falharam".[273]

Os direitos auxiliares concedem aos cidadãos o poder de exercer a desobediência civil, o poder de resistir ao próprio Estado "quando acreditam que as leis do Estado violam seus direitos reservados".[274] Outro exemplo de direito auxiliar seria a previsão da Segunda Emenda

[273] GREEN, Michael Steven. The paradox of auxiliary rights: the privilege against self-incrimination and the right to keep and bear arms. **Duke Law Journal**, v. 52, Issue 1, p. 113-178, Oct. 2002. p. 116.
[274] GREEN, Michael Steven. The paradox of auxiliary rights: the privilege against self-incrimination and the right to keep and bear arms. **Duke Law Journal**, v. 52, Issue 1, p. 113-178, Oct. 2002. p. 117.

à Constituição dos Estados Unidos, que assinala o "direito das pessoas de possuir e portar armas".[275]

A existência de direitos auxiliares como uma classe de direitos fundamentais passa pela doutrina do contrato social de Locke. Os direitos fundamentais seriam classificáveis em políticos, materiais, instrumentais e auxiliares.

Os direitos políticos "existiriam para assegurar a delegação de poder da comunidade política ao governo". Seriam direitos de participação na formação do governo. O exercício do poder político é majoritário por natureza.

Os direitos materiais (*standard rights*) seriam uma proteção da esfera mais relevante de interesse do indivíduo, e não poderiam ser invadidos pela comunidade política ou pelo governo. Por proteger mesmo contra a coletividade, esses direitos têm natureza contramajoritária.

Os direitos instrumentais (*instrumental rights*) também têm natureza contramajoritária e servem à proteção indireta dos direitos materiais, na medida em que estabelecem um procedimento para que estes possam ser postos em xeque.[276]

Por sua vez, os direitos auxiliares atuariam onde tudo mais falha, como uma possibilidade de o indivíduo defender sua esfera de direitos contra tudo e contra todos – inclusive contra o Estado e contra seus pares –, pelos meios que forem necessários – inclusive com o uso da força. Trata-se do reconhecimento de um espaço para agir fora do permitido pelo ordenamento jurídico, em verdadeira desobediência civil institucionalizada.

Os direitos auxiliares se diferenciariam dos direitos fundamentais materiais (*standard rights*) e procedimentais (*instrumental rights*). O direito ao silêncio não buscaria a proteção moral da pessoa, mas constituiria um instrumento de autodefesa – daí sua aplicação apenas aos casos criminais, em que a liberdade está em jogo.[277] Tampouco seria um direito de ordem

---

[275] Há muitas discussões sobre o escopo da Segunda Emenda e, em especial, se de fato ela confere o direito individual de portar armas (*individual right theory*), ou se representaria uma prerrogativa social de defesa contra ameaças (*collective right theory*). Em 2008, a Suprema Corte derivou o direito individual de portar armas da Segunda Emenda, muito embora mencione que esse direito pode ser razoavelmente limitado (District of Columbia v. Heller (N. 07-290) 478 F. 3d 370).

[276] GREEN, Michael Steven. The paradox of auxiliary rights: the privilege against self-incrimination and the right to keep and bear arms. **Duke Law Journal**, v. 52, Issue 1, p. 113-178, Oct. 2002. p. 123-124.

[277] GREEN, Michael Steven. The paradox of auxiliary rights: the privilege against self-incrimination and the right to keep and bear arms. **Duke Law Journal**, v. 52, Issue 1, p. 113-178, Oct. 2002. p. 138.

puramente processual, visto que protegeria "algo que tem valor intrínseco" – daí a dificuldade em se aceitar justificativas que defendem o direito ao silêncio como cláusula de proteção ao imputado ou ao próprio processo.[278]

De certo modo, essa perspectiva encara o direito ao silêncio como uma radicalização do direito à liberdade, uma liberdade de resistir contra o direito reputado injusto.

Essa teoria tem importantes aspectos, mas não é imune a críticas.

De um lado, ela lida muito bem com as dificuldades de compreensão do papel do direito ao silêncio no ordenamento jurídico. De fato, não é fácil identificar, sempre e de forma objetiva, que o direito ao silêncio representa um proveito à defesa da integridade moral do indivíduo ou da qualidade do processo. As inúmeras controvérsias sobre a racionalidade e o amparo jurídico desse direito atestam o contrário.

De outro lado, a teoria tem dificuldade em explicar o oferecimento da prerrogativa aos culpados. Como direito auxiliar, de defesa, o direito ao silêncio assistiria apenas aos inocentes, pois apenas estes teriam a percepção de que a ameaça da punição ofenderia seus direitos reservados. Ocorre que todos os imputados são assistidos pelo direito ao silêncio. A explicação é que, diante da impossibilidade de triar inocentes e culpados antes do julgamento, a solução oferecida pelo ordenamento jurídico é a generalização da prerrogativa. A explicação coloca o direito auxiliar a serviço de imputados que têm a consciência de não estar agindo em defesa dos próprios direitos reservados.

Além disso, o próprio Green ressalta o caráter paradoxal dos direitos auxiliares: se, por um lado, consagram aquilo que poderia ser um direito natural de defesa contra a maioria, conferindo uma salvaguarda para a adesão ao contrato social, por outro, permitem que indivíduos desafiem o ordenamento jurídico, podendo levar à ruptura do próprio contrato social.

Além de tudo, direitos a confrontar o ordenamento jurídico se ligam com proximidade à ideia de direitos naturais. Ordenamentos jurídicos que, por tradição e por enunciação constitucional, valorizam o Estado de Direito e a legalidade, como é o caso brasileiro, têm dificuldade de lidar com esse tipo de racionalização.

---

[278] GREEN, Michael Steven. The paradox of auxiliary rights: the privilege against self-incrimination and the right to keep and bear arms. **Duke Law Journal**, v. 52, Issue 1, p. 113-178, Oct. 2002. p. 144.

A explicação do direito ao silêncio como direito auxiliar aponta em uma direção ampliativa de interpretação da prerrogativa. No exemplo de Green, uma pessoa acusada de um delito absurdo contra a liberdade de religião, como "ser católica", estaria legitimada não apenas a ficar em silêncio, mas também a recusar a colaborar de qualquer forma – como, por exemplo, entregar documentos, fornecer amostras de sangue, recusar-se a comparecer ao julgamento e fugir da custódia.[279]

A análise não está fora da possibilidade de contestações. O exemplo trata de uma acusação injusta, não apenas por sua inverdade, mas especialmente por representar a criminalização de uma conduta que é afirmada como legítima por um direito fundamental – liberdade religiosa. A percepção do autor parece ser de que o imputado teria o direito de defender-se contra uma acusação de ter praticado uma conduta que deveria ser legítima, com uma alegação falsa de não ter praticado a conduta. E, a partir daí, teria o direito de impedir de colaborar com a descoberta da verdade. Faz bem menos sentido permitir que se leve às últimas consequências o direito de resistência em processos envolvendo acusações, em tese, justas.

Os direitos auxiliares dependem da percepção da pessoa que os exerce: apenas quando acredita que está tendo seus direitos reservados ameaçados, o indivíduo pode exercê-los legitimamente. Como dito, a generalização do direito ao silêncio aos culpados decorre apenas da impossibilidade de separá-los dos inocentes antes do julgamento, não da existência de um direito auxiliar que socorra àqueles que não têm defesa legítima contra eventual condenação.

Por essa razão, a tese do direito auxiliar não permitiria a expansão do direito ao silêncio em direção a uma prerrogativa geral de não produzir provas contra si mesmo. A percepção da pessoa sobre a própria culpa é irrelevante para o resultado de provas que independem de aspectos comunicativos. Um exame de sangue, por exemplo, terá o mesmo resultado, perceba-se a pessoa como culpada ou inocente.

---

[279] GREEN, Michael Steven. The paradox of auxiliary rights: the privilege against self-incrimination and the right to keep and bear arms. **Duke Law Journal**, v. 52, Issue 1, p. 113-178, Oct. 2002. p. 154.

2.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

Feitas essas considerações, passamos a tomar posição sobre a extensão e a forma normativa do direito ao silêncio e do direito a não produzir provas contra si mesmo.

2.4.1 Direito ao silêncio

Muito embora ausente em algumas declarações de direito importantes, o direito ao silêncio tem suficiente previsão em textos normativos para ser considerado, sem grande dúvida, um direito humano e fundamental. Seu principal suporte está em fundamentos epistêmicos, mas também conta com amparo em fundamentos não epistêmicos. Como norma jurídica, manifesta-se como regra, que se relaciona com vários outros direitos fundamentais, a colaborar em sua interpretação.

O direito à liberdade reforça a ideia de que o imputado não está obrigado a tomar parte em qualquer procedimento, salvo se compelido a tanto por norma jurídica razoável. O direito à intimidade protege contra intromissões não consentidas na esfera íntima do sujeito; o direito à privacidade, contra a colheita não autorizada de informações; a vedação à tortura, contra o uso da força ou da ameaça para obter declarações; o direito à integridade pessoal, contra qualquer procedimento que possa pôr em risco a saúde do sujeito; o direito à honra, contra a necessidade de responder a acusações infundadas; o direito à liberdade de expressão, contra a obrigação de declarar contra a própria vontade; a presunção de inocência, contra a atribuição do ônus de demonstrar a própria inocência; o direito a um processo justo, contra o desequilíbrio que possa decorrer da obrigação de declarar.

No entanto, nenhum desses direitos tem a força de resumir o direito ao silêncio, ou seria suficiente para fundamentá-lo. Os direitos fundamentais materiais explicam por que o silêncio deve ser respeitado, impossibilitando a coação física a declarar. Não são suficientes para aclarar por que não é possível, no processo penal, usar o silêncio em desfavor da defesa, ou cominar outras sanções para a ausência de declaração. Essas sanções ao silêncio são empregadas em normas administrativas e processuais civis, não restando claro por que, na acusação criminal – mais grave –, elas não podem ser usadas.

Assim, o reconhecimento da autonomia do direito ao silêncio é impositivo.

Como visto no Capítulo I, o direito ao silêncio é reconhecido, expressa ou implicitamente, em várias declarações internacionais e constitucionais de direitos. Nos países da *common law*, nas Américas e na Europa, é reconhecido de forma generalizada. O reconhecimento pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, 3, "g") empresta universalidade à prerrogativa.

Portanto, não há maiores dúvidas de que se trata de um direito humano e fundamental. Isso não impede, entretanto, que o direito ao silêncio seja reforçado ou limitado pelo cruzamento com outras normas constitucionais.

Esse cruzamento precisa partir da análise da racionalidade que dá suporte ao direito ao silêncio.

O direito ao silêncio é um direito que protege a escolha do imputado entre colaborar e não colaborar com a produção de determinada prova. Portanto, seu âmbito de proteção está na liberdade moral do imputado, representada pela escolha entre colaborar ou não.

E, como visto, a racionalidade do respeito à escolha tem amparo em fundamentos epistêmicos e não epistêmicos.

A racionalidade do direito ao silêncio é amparada majoritariamente em fundamentos epistêmicos. Busca-se evitar que, ao coagir o imputado a declarar, o Estado contribua para a obtenção de confissões falsas. Não há como impedir confissões falsas por iniciativa do imputado. Verdadeira ou falsa a declaração, a escolha de declarar deve ser do imputado.

Fundamentos não epistêmicos são mais vagos, mas complementam a racionalidade do direito ao silêncio. Os fundamentos não epistêmicos são de vários matizes, mas o seu principal eixo gira em torno da crueldade de obrigar alguém a declarar em próprio desfavor. Os fundamentos não epistêmicos têm por preocupação a crueldade de ser submetido a uma condenação amparada em fatos revelados pelo próprio condenado. Algo como a crueldade em ser condenado pela própria boca.

Pode-se conceber que há uma nota de crueldade em obrigar alguém a falar sobre a própria acusação – seja porque um interrogador experiente ou mal-intencionado pode expor o

imputado de forma indevida, seja porque a admissão pública da culpa pode ser particularmente onerosa à imagem do imputado, talvez mais do que a condenação.

Entretanto, a crueldade de expor alguém à confissão não explica suficientemente por qual razão o silêncio não pode ser tomado em desfavor do imputado, especialmente como indicativo da culpa. Além da crueldade do declarar, é necessário associar outros fundamentos.

E esse amparo parece vir de outros direitos fundamentais que recomendam o respeito à liberdade de escolha do imputado e a imposição da carga probatória, a princípio, à acusação. Nesse ponto, surge o cruzamento de direitos fundamentais.

Assim, duas linhas de direitos fundamentais se cruzam para recomendar que a escolha pessoal seja respeitada. Os direitos fundamentais materiais, em especial a liberdade, a privacidade e a intimidade, estabelecem a inviolabilidade da liberdade moral de escolher, muito embora possam ceder diante de uma ponderação. Além deles, o direito à presunção de inocência impõe a carga probatória à acusação, conquanto não vede, sozinha, que a omissão do imputado seja considerada em seu desfavor.

No caso do direito ao silêncio, tudo isso se associa com regras que, por razões históricas, amparam a impossibilidade absoluta de coação a declarar.

Essa é a racionalidade, jurídica e fática, por trás do direito ao silêncio.

Os demais fundamentos alinhavados pela doutrina não merecem acolhida.

Argumentos consequencialistas, amparados na ideia de que o reconhecimento do direito ao silêncio é benéfico ao sistema, apresentam mais dificuldades do que soluções. Os direitos fundamentais são desenhados para favorecer, antes de mais nada, o indivíduo em sua esfera de liberdades. Explicar um direito fundamental sob a perspectiva de sua contribuição ao sistema é, desde logo, contraditório. Além disso, o argumento amparado na teoria dos jogos tira seu pressuposto de validade do fato de que o reconhecimento do direito ao silêncio seria benéfico ao sistema. É impossível validar empiricamente este pressuposto – assim como é impossível descartá-lo.

Outro fundamento empírico de impossível demonstração também ampara o recurso à teoria dos jogos: o de que inocentes falam e culpados calam. Neste aspecto, há uma contradição com os fundamentos epistêmicos do direito ao silêncio. Inocentes também têm boas razões para

calar – há inúmeros relatos de confissões falsas obtidas com a contribuição de agentes do Estado. Negar as razões para os inocentes calarem representa adicionar incentivos à declaração dos culpados – equiparar-se aos inocentes –, dissolvendo, assim, qualquer benefício ao sistema que o direito ao silêncio poderia representar.

Portanto, a racionalidade por trás do direito ao silêncio está, acima de tudo, em evitar que o Estado contribua para a obtenção de falsas confissões. Como reforço, existe a ideia de evitar a crueldade representada por exigir a declaração do imputado em seu próprio desfavor, e os direitos fundamentais que conferem valor à liberdade moral do imputado.

Feitas essas considerações, sem abandonar a ideia de que o direito ao silêncio tem autonomia, é possível ligá-lo a outros direitos fundamentais.

Muito embora ausente em algumas declarações de direito importantes, o direito tem suficiente previsão em textos normativos para ser considerado, sem grande dúvida, um direito humano e fundamental. Seu principal suporte está em fundamentos epistêmicos, mas também conta com amparo em fundamentos não epistêmicos.

O direito ao silêncio consagra o direito a calar frente a uma acusação grave. Portanto, trata-se de norma que descreve uma situação relativamente comum – imputação de delito – e lhe atribui uma consequência – direito a não se manifestar, sem sofrer prejuízo. Trata-se, portanto, de regra a ser subsumida ao caso. Não há espaço para a ponderação – a gravidade da acusação, ou a relevância da confissão, não poderiam sobrepujar o direito a ficar em silêncio.

Dessa forma, o direito ao silêncio é um direito fundamental e humano, veiculado em normas com autonomia e com o formato d2.4.2 Direito a não produzir provas contra si mesmo

Analisada a racionalidade do direito ao silêncio, resta verificar como ela se comporta em relação ao direito mais amplo a não produzir provas contra si mesmo.

O amparo normativo direto para afirmar a existência de um direito geral a não produzir provas contra si mesmo é bastante restrito. A previsão específica em normas jurídicas de um direito geral a não produzir provas contra si mesmo é rara e, ainda assim, interpretada restritivamente. Os enunciados constantes das declarações de direitos de poucos Estados dos

Estados Unidos e do Código de Processo Penal Militar do Brasil vêm sendo objeto de uma interpretação ablativa ou consideravelmente restritiva.[280]

A falta de normas expressas, somada ao reconhecimento normativo do direito ao silêncio, parece apontar para a inexistência de um direito geral a não produzir provas contra si mesmo.

No direito brasileiro, alguns autores apontam nessa direção. Nesse sentido, Sergio Moro defende que "o direito genérico de não produzir prova contra si mesmo não encontra sustentação jurídica, histórica ou mesmo moral", e que "a sua invocação acrítica pela doutrina e jurisprudência brasileira só pode ser atribuída à prática não rara de tratar princípios como *slogans*".[281]

Essa, no entanto, é uma conclusão precipitada.

Existe um direito geral a não produzir provas contra si mesmo, do qual o direito ao silêncio é um caso especialíssimo. Por razões históricas e pela presença do interrogatório em todos os processos criminais, o direito ao silêncio tem um regramento próprio e bastante rigoroso. Isso não impede, entretanto, que dele se derive, por indução, uma norma mais ampla, que proteja, de forma geral, contra a autoincriminação. É precisamente isso que nossa análise permite concluir.

Alguns aspectos da racionalidade por trás do direito ao silêncio permitem extravasar parte de seus fundamentos em direção a uma norma mais ampla. Outros, no entanto, podem ser descartados.

Podemos, desde logo, descartar uma racionalidade amparada em fundamentos epistêmicos. Como visto, nas provas declarativas, o cerne do fundamento epistêmico está em evitar que o Estado contribua para uma condenação embasada em uma confissão falsa, coagida.

A proteção contra a autoincriminação em geral envolve diversas condutas que levam a provas tendo o imputado como fonte. Estamos a tratar desde a intimação para a entrega de documentos pessoais, passando pelo fornecimento de tecidos corporais, até os exames funcionais para identificação de processos mentais inconscientes. Um direito geral a não

[280] Ver supra, Parte I, 1.3.5 e 1.3.16.
[281] MORO, Sergio Fernando. Colheita de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, ano 95, v. 853, p. 429-441, nov. 2006. p. 429-441.

produzir provas contra si mesmo precisa perpassar diferentes tipos probatórios, unindo-os sob a mesma razão prática.

Na produção das provas não declarativas, o imputado fornece material que serve como fonte da prova, ou serve ele mesmo como fonte da prova. Os resultados são produzidos conforme a análise da fonte da prova, não conforme a vontade.

Muito embora a jurisprudência e a doutrina não o explicitem, o afastamento dos fundamentos epistêmicos é o fundamento para invocar a "existência independente da vontade" como fundamento para negar a existência de um direito à não autoincriminação em relação a provas materiais ou não declarativas. Essa exceção foi empregada pela Corte Europeia de Direitos Humanos[282] e por altas Cortes de vários países, como Inglaterra,[283] Estados Unidos[284] e Colômbia,[285] e pauta os ordenamentos jurídicos dos países ocidentais.

Por óbvio, o afastamento dos fundamentos epistêmicos não quer dizer que não haja risco de erros, apenas que essa possibilidade não é uma característica específica das provas não declarativas produzidas com a participação do imputado. Por exemplo, a acurácia de técnicas como a ressonância magnética funcional e do polígrafo na identificação de mentiras é baixa. Mas a negativa de utilização da técnica pela falta de comprovação de idoneidade em seus resultados não se relaciona ao direito a não produzir provas contra si mesmo. Um imputado disposto a cooperar que passasse pelo mesmo exame também poderia produzir um resultado falso. O relevante é que não há relação entre a coação e o falso resultado da prova.

Portanto, fundamentos epistêmicos não amparam um direito geral a não produzir provas contra si mesmo.

Os fundamentos não epistêmicos precisam ser vistos com um pouco mais de cautela.

O "argumento da velha", já muito discutível em relação às provas declarativas, não pode ser transposto às provas não declarativas. A crueldade associada ao argumento parece residir na obrigação de confessar publicamente o mal feito. Provas não declarativas são, sob esse aspecto, menos vexatórias.

---

[282] Saunders contra Reino Unido, 19187/91. Decisão de 17.12.1996. § 69.
[283] R v S(F) [2008] EWCA Crim 2177, [2009] 1 WLR 1489.
[284] Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966).
[285] Sentencia C-822 de 2005 Corte Constitucional, decisão de 10.8.2005.

O trilema cruel – mentira, autoincriminação ou perjúrio – tampouco se apresenta da mesma forma. A mentira não é uma possibilidade nas provas não declarativas. Ao culpado, restará o dilema, tendo em uma ponta a autoincriminação, e na outra a sanção correspondente à não colaboração, a qual vai ser definida pelo ordenamento jurídico, podendo ir de sanções autônomas até a consideração da omissão em desfavor da defesa. Portanto, resta o "dilema cruel".

Outros fundamentos analisados não se inserem nessa explicação.

A ideia de direito ancilar seria preciosa para explicar a extensão do direito a não produzir provas contra si mesmo. No entanto, estar-se-ia dando uma extensão ao direito reconhecido – direito ao silêncio – não constante do enunciado. Ou seja, estar-se-ia criando um direito ancilar não amparado em norma expressa. O reconhecimento de direitos ancilares é bastante complicado em países de tradição romano-germânica, com cultura jurídica fortemente amparada em conceitos baseados em lei – princípio da legalidade e Estado de Direito. Não há espaço para o reconhecimento de um direito ancilar com a extensão proposta.

Mas há argumentos não epistêmicos que permitem amparar o direito a não produzir provas contra si mesmo.

Há duas consequências importantes que a imposição da autoincriminação revela: a criação de um dever ou de um ônus de colaborar e a crueldade da colaboração.

Quanto a esses pontos, surge o amparo de outros direitos fundamentais que recomendam o respeito à liberdade de escolha do imputado e a imposição da carga probatória, a princípio, à acusação.

Assim, duas linhas de direitos fundamentais se cruzam para recomendar que a escolha pessoal seja, *prima facie*, respeitada. Os direitos fundamentais materiais, em especial a liberdade, a privacidade e a intimidade, estabelecem a inviolabilidade da liberdade moral de escolher, não obstante possam ceder diante de uma ponderação. Além deles, o direito à presunção de inocência impõe a carga probatória à acusação, embora não vede, sozinho, que a acusação produza provas a partir do imputado.

Partindo-se dessa posição, pode-se concluir que o que se entende por direito a não produzir provas contra si mesmo é, em grande parte, a interação de outros direitos

fundamentais. Isso não impede que se fale em direito a não produzir provas contra si mesmo. Esses direitos se cruzam de modo muito peculiar e específico, originando uma nova forma de proteção jurídica. Casos semelhantes são reconduzidos à mesma base teórica. Daí a importância em falarmos em direito à não autoincriminação.

O direito à não autoincriminação e o direito ao silêncio guardam entre si uma relação de gênero e espécie. Muito embora seja um caso particular em relação à autoincriminação, o direito ao silêncio encontra reconhecimento histórico e normativo maior e produz consequências inafastáveis.

PARTE II: FUNCIONAMENTO E APLICAÇÃO DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Na Parte I deste estudo, concluiu-se que há um direito geral à não autoincriminação, o qual se liga ao direito ao silêncio por uma relação de gênero e espécie. Trata-se de um direito, muito embora não expresso, suficientemente arraigado na tradição jurídica para ser reconhecido como tal, por um processo legítimo de interpretação.

Concluiu-se pela legitimidade constitucional da afirmação de um direito geral à não autoincriminação, a partir das normas sobre o direito ao silêncio. Estabeleceu-se como definição inicial que a jurisdição constitucional ou convencional invadirá a competência de outros Poderes sempre que: (i) desconsiderar os limites do texto constitucional ou convencional; e (ii) intervier na escolha entre as soluções que, de acordo com a interpretação constitucional ou convencional, são juridicamente possíveis.

Constatou-se que as normas envolvendo direitos humanos e fundamentais são mais propícias a receberem interpretação ampliativa do que as normas estruturais, por meio de um processo de "interpretação criativa".

Afirmou-se que o processo de expansão de direitos fundamentais pela via da interpretação passa pela construção sobre outros direitos expressos. Assim, devem ser verificados quais valores são suportados pelo direito fundamental existente, bem como sua relação com outras normas fundamentais, que podem ampará-la ou com ela entrar em conflito. O segundo passo é a verificação da possibilidade de esses valores projetarem-se às situações não inicialmente contempladas, pela identidade de razões.

Fazendo esse caminho, é possível concluir que, muito embora o direito à não autoincriminação não esteja expresso em declarações de direitos, ele é deduzido, por um processo legítimo de interpretação, de outros direitos fundamentais.

De um modo particular, nesse processo é relevante o direito ao silêncio. Parte da racionalidade que ampara o direito ao silêncio ampara um direito geral a não produzir provas contra si mesmo. Os fundamentos não epistêmicos e alguns fundamentos sistêmicos são aplicáveis.

De resto, há direitos fundamentais que se articulam recomendando que, *a priori*, seja respeitada uma decisão de não colaborar com as apurações. Têm especial relevância direitos fundamentais materiais, como os direitos à privacidade e à intimidade, e também o direito à presunção de inocência.

Em suma, o caráter invasivo das medidas investigativas que dependem da colaboração do imputado, a crueldade de usar da coação para constranger alguém a colaborar com a própria condenação e o ônus da acusação de provar a responsabilidade penal se articulam para que se reconheça a existência de um direito inicial a não colaborar com a produção de provas contra si mesmo.

Portanto, ainda que o percurso para o reconhecimento de um direito geral à não autoincriminação não tenha sido, até então, compreendido, esse reconhecimento está em conformidade com a interpretação e a integração dos direitos fundamentais e humanos. O direito geral a não produzir provas contra si mesmo está em conformidade com o escopo do direito ao silêncio e dos demais direitos envolvidos. Por isso, as várias decisões que, no exercício da jurisdição constitucional (ou convencional), reconhecem o direito geral a não produzir provas contra si mesmo operam no espaço que lhes é dado, sem invadir o terreno da política.

Esse primeiro pressuposto – a existência de um direito geral a não produzir provas contra si mesmo – anima um aprofundamento da investigação, para revelar seus limites e suas hipóteses de aplicação.

Eventualmente, ainda que a existência do direito não seja invasiva à esfera do político, sua delimitação com demasiada amplitude pode ser.

Afirmada a existência de um direito geral à não autoincriminação, a Parte II demonstra como ele funciona – apontando que pode ser desdobrado em quatro normas jurídicas, que ora se comportam como proteção absoluta, ora como proteção *prima facie* – e de que forma ele se aplica, nas diferentes situações em que pode ser invocado.

1 O QUE É O DIREITO A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI

Neste capítulo, a análise do direito a não produzir provas contra si mesmo é aprofundada.

Como visto, o direito a não produzir provas contra si mesmo é deduzido, por um processo legítimo de interpretação, de outros direitos fundamentais, como os direitos à privacidade e à intimidade e à presunção de inocência, que se articulam recomendando que, *a priori*, seja respeitada uma decisão de não colaborar com as apurações. O caráter invasivo das medidas investigativas que dependem da colaboração do imputado, a crueldade de usar da coação para constranger alguém a colaborar com a própria condenação e o ônus da acusação de provar a responsabilidade penal convergem para que se reconheça a existência de um direito inicial a não colaborar com a produção de provas contra si mesmo.

Esse pressuposto – a existência de um direito geral a não produzir provas contra si mesmo – anima o aprofundamento da pesquisa, para abordar os limites e as hipóteses de aplicação.

Os ordenamentos jurídicos oferecem proteção contra a autoincriminação em algumas situações, mas não necessariamente em outras. Para que se estude essa proteção, é importante ter uma classificação das situações em que a autoincriminação ocorre e poderá, ou não, receber a proteção do direito. Dois cortes são relevantes para a sistematização: o qualitativo – tipo de prova a ser produzido – e o analítico – consequência do privilégio.

Do ponto de vista qualitativo, a autoincriminação pode envolver: (i) apenas provas declarativas; ou (ii) outras provas.

Numa perspectiva analítica, o direito à não autoincriminação pode ser decomposto em quatro hipóteses, as quais, apesar de diferentes, podem ser reconduzidas à hipótese inicial, numa relação de gênero e espécie. Essas hipóteses correspondem aos direitos que decorrem do direito a não produzir provas contra si mesmo: (i) direito a não participar da produção de provas em uma investigação ou processo em curso; (ii) direito a não ser sancionado pela negativa em participar da produção da prova; (iii) direito à inadmissibilidade, em processo criminal, das

provas obtidas mediante coação, em processo não criminal; e (iv) direito a não ser obrigado a colaborar com elementos com potencial de dar notícia da própria responsabilidade criminal.

Ambas as decomposições estão fortemente imbricadas e precisam ser corretamente compreendidas para traçar um panorama completo do direito. Uma interpretação que reduz o direito a não produzir provas contra si mesmo às provas comunicativas tende a conceituar ampliativamente o que se tem por comunicação.

Além disso, a falta de uma correta decomposição dos direitos que podem ser reconduzidos ao direito a não produzir provas contra si mesmo anula qualquer possibilidade de sistematização das hipóteses. Com isso, não se consegue definir minimamente os requisitos mínimos para que o direito seja engajado, verificar se seu engajamento representa uma proteção absoluta ou apenas *prima facie* e, neste último caso, estabelecer quais elementos devem informar um juízo de proporcionalidade.

É a essa sistematização que se propõe a segunda parte deste capítulo. Cada uma das quatro normas decorrentes do direito a não produzir provas contra si mesmo é avaliada quanto aos seus pressupostos de engajamento e seu caráter de decisão – *a priori* ou *prima facie* – e, ainda, nesta última hipótese, são avaliados os elementos a serem considerados em um juízo de ponderação.

1.1 FRONTEIRA SILÊNCIO X DIREITO GERAL À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Marcar a fronteira entre o direito ao silêncio e o direito geral à não autoincriminação é de suma importância, tendo em vista a diferença de tratamento jurídico entre ambos. Há uma diferença qualitativa, que se reflete em um tratamento jurídico marcantemente diverso entre a autoincriminação em provas declarativas ou não declarativas.

Há razões históricas e jurídicas para o tratamento jurídico mais favorável nos casos em que o direito ao silêncio é envolvido. É generalizado o direito a não colaborar com provas declarativas. Trata-se de direito universalizado no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também constante em outros tratados de direitos humanos e declarações de *status*

constitucional, e reconhecido pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e pela jurisdição constitucional da maior parte dos países.

As diferenças mais marcantes entre o direito ao silêncio e o direito a não produzir provas em geral ocorrem no curso da persecução penal.

O direito ao silêncio é reconhecido como uma barreira insuperável contra a coação a declarar em procedimentos criminais. No curso da persecução penal, é universalmente aceito que o imputado não pode ser coagido diretamente a declarar. Meios indiretos de coação a declarar são de difícil aceitação, muito embora empregados em alguns ordenamentos jurídicos.

Já o direito à não autoincriminação em geral não representa uma proteção absoluta contra a coação direta ou indireta do imputado a colaborar com as apurações. Há menções ao direito à não autoincriminação em decisões de relevo, como o caso *Jalloh contra Alemanha*, de 2006, da Corte Europeia de Direitos Humanos,[286] mas nenhum ordenamento jurídico afirma um direito absoluto a não colaborar com provas não declarativas.

Dadas as diferenças de tratamento jurídico, é importante traçar a linha de fronteira entre o direito ao silêncio e o direito geral a não produzir provas contra si.

Antes disso, é importante sublinhar a função do limite. Ele não serve para excluir uma prova do âmbito de proteção da autoincriminação. A proteção contra a autoincriminação é gênero, do qual o silêncio é espécie. Logo, o que se busca é o limite entre os casos que estão no caso especial (direito ao silêncio) e aqueles que estão no caso geral apenas (direito à não autoincriminação em geral). Assim, é importante perceber que estamos tratando de casos em que se aplica o direito à não autoincriminação. A questão que se põe é sobre a aplicabilidade, ou não, da proteção maior, decorrente do direito ao silêncio.

Há cinco grandes correntes sobre a coação do imputado a colaborar com provas não declarativas. A primeira equipara todas as formas de colaboração coagida. A segunda diferencia condutas ativas e passivas. A terceira vê o conteúdo da mente do imputado como limite. A quarta se baseia no caráter material da prova. A quinta se baseia na existência independente da vontade.

[286] Jalloh v. Alemanha, 54810/00. Decisão de 11.7.2006.

1.1.1 Equiparação ao direito ao silêncio

A primeira corrente sustenta que não há uma diferença de aplicação entre o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação em geral.

Nos Estados Unidos, essa equiparação produziu resultados tão indesejáveis que acabou suprimida pela interpretação judicial. Algumas Constituições estaduais enunciam não apenas o direito a não testemunhar contra si mesmo, mas contêm em seu fraseado um direito a não produzir provas contra si mesmo. É o caso das Constituições dos estados de Connecticut, Texas e Utah.[287] Embora a letra dos textos constitucionais declare uma eficácia ampla do direito a não produzir provas contra si mesmo, a jurisprudência fez uma redução do escopo dessas normas. O entendimento do Poder Judiciário foi de que o constituinte estadual disse mais do que pretendia, pelo que a interpretação foi no sentido de reduzir o alcance da declaração, reduzindo-a ao direito silêncio. Por exemplo, a Suprema Corte de Utah firmou jurisprudência no sentido de que, "se algum propósito pode ser derivado" da intenção dos constituintes estaduais, é que eles pretenderam que "o privilégio tenha o mesmo escopo" normalmente conferido na *common law*, que, por sua vez, "é limitado à prova testemunhal e comunicativa".[288]

De outra parte, há doutrinadores que defendem que a equiparação deve ser feita, aproximando-se o tratamento jurídico de silêncio e autoincriminação em geral. Em Portugal, Augusto Dias e Vânia Costa Ramos defendem que, "sempre que o suspeito (ou arguido) seja induzido ou coagido, por forma mais ou menos ativa ou mais ou menos intelectualmente elaborada, a colaborar na sua inculpação, cai-se na esfera de proteção do *nemo tenetur*".[289]

No Brasil, Guilherme Nucci defende que, para o Estado, obrigar o indivíduo a produzir provas contra si seria "a admissão da falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades", visto que o Estado "é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o autor da infração penal, prescindindo, pois, de sua

[287] Respectivamente, artigo 1, § 8, artigo 1, § 10, e artigo 1, § 12.
[288] American Fork City v. Crosgrove, 701 P.2d 1069, Utah Supreme Courts (1985). Os demais Estados também adoram interpretações judiciais restritivas. Apenas a Geórgia mantém uma jurisprudência menos restritiva, baseada na distinção entre condutas ativas e tolerância.
[289] 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, 2009. p. 34.

colaboração". Conclui que o indivíduo não está "obrigado, em hipótese, alguma, a produzir prova contra si mesmo".[290]

A consequência prática da equiparação seria a fragilização do direito ao silêncio ou o sacrifício desproporcional dos interesses da investigação. A equiparação coloca o direito ao silêncio e a autoincriminação em geral sob a mesma regência jurídica. Como já visto, há diferenças de fundamento e de racionalidade entre ambos, pelo que a mesma regência é indesejável.

Sob pena de inviabilizar a investigação em casos relevantes, a equiparação acaba tornando necessário estabelecer um critério que permita relativizar a proteção contra a autoincriminação. Normalmente, essa relativização é feita pela ponderação. No entanto, a ponderação é uma péssima ferramenta para o direito ao silêncio, que deve ser visto como um direito absoluto. Como visto, o direito ao silêncio tem uma racionalidade adicional, que recomenda um tratamento mais rigoroso. Inexiste uma racionalidade a amparar que a pessoa sirva como prova, em todo e qualquer caso. Admitir a ponderação em todos os casos leva à possibilidade de ponderar com o direito ao silêncio, o que é indesejável.

Também é possível que a equiparação leve ao outro extremo. Uma impossibilidade absoluta de coagir o imputado a colaborar, mesmo com sanções indiretas, equivaleria à completa impossibilidade de perseguir determinados delitos. Apenas para exemplificar, seria praticamente impossível comprovar que um cirurgião ou um comandante de uma aeronave estavam embriagados no momento em que causaram um dano, sem um exame toxicológico.

Portanto, a equiparação completa não deve ser acolhida.

1.1.2 Distinção entre condutas ativas e tolerância

Uma possível compreensão quanto aos limites do direito à não autoincriminação é a separação entre colaboração ativa e passiva. A principal adesão a essa corrente é pelo direito da Alemanha.

---

[290] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 35.

A jurisprudência alemã estendeu a garantia contra a autoincriminação para provas não declarativas, de acordo com o "critério da conduta" (*Verhaltenskriterium*): as provas que implicam a "tolerância passiva" (*passive Duldungspflichten*) podem ser impostas; as provas que impliquem colaboração ativa (*ative Mitwirkungspflichten*) são protegidas pelo *nemo tenetur*.[291] A posição é baseada no "dualismo corpo-alma" (*Leib-Seele Dualismus*): o imputado deve suportar o uso de seu corpo como meio de prova, mas não pode ser coagido a revelar fatos ocultos em seu "espírito".[292]

Há duas linhas amparando essa doutrina. A primeira, de que o privilégio protege contra a conduta autoincriminatória, a qual pressupõe uma ação colaborativa. Na colaboração passiva, não haveria conduta, pelo que o imputado não estaria, para esses fins, se autoincriminando. A incriminação decorreria de iniciativa externa ao imputado. A segunda leva em conta que, na colaboração passiva, é possível usar a coação direta para submeter fisicamente o imputado, substituindo sua vontade em colaborar. Já na colaboração ativa, seria possível apenas usar a coação indireta para buscar a colaboração, ainda que forçada. Por exemplo, seria impossível forçar fisicamente alguém a dar uma versão dos acontecimentos, articulando as palavras necessárias (colaboração ativa); mas seria faticamente viável subjugar o imputado para colher suas impressões digitais ou outra amostra corporal (mera tolerância).

Esse posicionamento merece críticas. A separação entre conduta e mera tolerância é mais aparente do que real. Condutas que, à primeira vista, demandariam simples tolerância, na verdade, requerem algum grau de comportamento ativo. Recolher uma amostra de tecido corporal, por exemplo, exige que o imputado esteja presente e fique suficientemente imóvel.

A jurisprudência alemã em torno dos casos de reconhecimento pessoal é ilustrativa dessa dificuldade. O reconhecimento pressupõe que o imputado se coloque ao lado de outras pessoas para que a testemunha possa realizar a identificação. Ficar parado na linha e manter uma postura corporal "normal" – não baixar a cabeça, fechar os olhos ou fazer caretas, por exemplo – seria uma colaboração ativa ou uma mera tolerância?

---

[291] RÖSINGER, Luna. **Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbsbelastung**. Köln: Mohr Siebeck, 2019. p. 18-19; SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 643.

[292] BUCHHOLZ, Momme. **Der nemo tenetur-Grundsatz**. Kiel: Springer, 2018. p. 292.

Em torno dessa pergunta, os precedentes amparam-se em fundamentos contraditórios. Por vezes, afirmou-se que estar na fila para o reconhecimento era uma mera tolerância, sendo o imputado obrigado a colaborar. Essa compreensão parte do pressuposto de que se colocar em fila para o reconhecimento é um comportamento passivo. Isso porque, supostamente, as autoridades teriam meios para a coação direta à adoção de uma postura normal, impedindo fisicamente que o imputado fechasse os olhos, abaixasse a cabeça ou fizesse caretas. Outras vezes, a jurisprudência considera que condutas ativas destinadas à preparação, ou mesmo à execução da medida, seriam meramente acessórias. De acordo com o entendimento, esses comportamentos acessórios à produção da prova seriam passíveis de coação.[293]

Mesmo que se admita que há uma separação verdadeira entre ações e mera tolerância, a mera tolerância também reclama uma conduta. O imputado opta por não colaborar e se comporta conforme. De forma consciente, o imputado resiste a tolerar a produção da prova, praticando a conduta necessária à expressão de sua resistência. Logo, não há maior substância na diferença.

O critério da distinção entre condutas ativas e mera tolerância não encontra respaldo lógico e não oferece soluções satisfatórias. Mesmo o direito alemão tem dificuldade em racionalizar a solução lá adotada. Não é uma teoria satisfatória.

1.1.3 Provas materiais

A terceira teoria defende que o direito ao silêncio não se aplica às provas materiais ou reais.

A ideia por trás dessa separação está em que o regramento mais benéfico relativo ao direito ao silêncio é reservado às provas declarativas, ou comunicativas. As demais provas, podendo ser definidas como reais ou não comunicativas, estariam sujeitas a um regime menos estrito. A proteção recairia sobre aquilo que o imputado sabe e não deseja comunicar. Assim, a

[293] RÖSINGER, Luna. **Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbsbelastung**. Köln: Mohr Siebeck, 2019.

coação para obter outros conhecimentos, além daquilo que corresponde à comunicação do conhecimento, poderia ser empregada, sem violar o *nemo tenetur*.

Essa teoria encontra raiz nos próprios textos das declarações de direitos. As normas constitucionais e convencionais mais tradicionais ligam o privilégio de não produzir provas contra si mesmo a testemunhos ou declarações. Nos Estados Unidos, ao enunciar o privilégio, a Quinta Emenda fala em testemunhar (*to be a witness*), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica falam em depor – artigo 14, 3, "g", e artigo 8, 2, "g", respectivamente. Portanto, a associação a declarações está na própria raiz da positivação do privilégio.

Em especial nos Estados Unidos, a jurisprudência cuidou de interpretar cuidadosamente a expressão "testemunhar", para lhe restringir ao máximo o significado. A jurisprudência considera o engajamento do privilégio a partir de um teste conhecido como *Schmerber rule,* o qual parte da diferença entre prova testemunhal (*testimonial*) e material ou física (*real or physical*). Somente as primeiras estariam protegidas pelo privilégio. No caso *Schmerber v. California,*[294] discutia-se a validade do uso como prova de resultado de exame de alcoolemia realizado a partir de amostra de sangue retirada coativamente de envolvido em acidente aeronáutico. A Corte assim considerou:

> Nem a sombra de compulsão a testemunhar ou imposição de comunicar ao acusado esteve envolvida, nem na extração, nem na análise química. As capacidades de testemunhar do requerente não estiveram envolvidas de forma nenhuma; na verdade, sua participação, a não ser como doador, foi irrelevante para os resultados do teste, que dependia apenas de análises químicas. Como o exame de sangue, a despeito de incriminatório e produto da compulsão, não foi nem testemunho ou prova relacionada a ato de comunicação ou de escrita pelo requerente, não há inadmissibilidade fundada no privilégio.

Foi afirmado que o acusado não pode ser obrigado a comunicar ou declarar fatos de interesse das investigações. Em uma série de casos, foi confirmada a interpretação de que o privilégio se aplica à extração coativa de "comunicações".[295]

---

[294] 384 U.S. 757 (1966).

[295] Holt v. United States, 218 U.S. 245 (1910); Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966); Doe v. United States, 487 US 201 (1988); United States v. Wade, 388 US 218 (1967); Gilbert v. California, 388 U.S. 263 (1967); United States v. Mara, 410 U.S. 19 (1973); United States v. Euge, 444 U.S. 707 (1980); United States v. Dionisio, 410 U.S. 1 (1973); Pennsylvania v. Muniz, 496 U.S. 582 (1990).

Conquanto a comunicação vocal seja a mais comum como prova, o entendimento é de que não apenas a palavra falada está dentro do conceito. A comunicação pode ser por escrito, por desenhos, ou se constituir de gestos. Nesse sentido, Sandra Oliveira e Silva afirma que o imputado tem "não apenas o direito de não *falar* sobre a matéria da imputação, mas também o direito de se recusar a *declarar tout court* – escrevendo, desenhando, mimando, etc.".[296]

De outro lado, casos que envolvem atos de comunicação, mas sem o objetivo de retirar informações do conteúdo comunicado, são considerados excluídos do privilégio. Admite-se que o acusado seja compelido a escrever palavras para identificação da escrita,[297] proferir as palavras ditas durante o delito, usar roupas do perpetrador e posicionar-se para ser submetido à identificação pela vítima, ou a caminhar ou fazer gestos que poderiam identificar o perpetrador.[298] Nesses casos, o que se considera é que a comunicação é usada para o reconhecimento da pessoa, o que seria equivalente à obtenção de impressões digitais ou de outros sinais biométricos.[299]

A partir desses casos, o que se percebe é que a prova é considerada declarativa somente se for comunicativa na forma – fala, escrita, gestos – e se o conteúdo comunicado representar uma informação relevante. São consideradas não comunicativas a fala, a escrita, os gestos, ou outra forma de expressão, se o que se busca não é o conteúdo comunicado, mas a identificação da pessoa ou de seu estado.

Não é relevante, para esse critério, a participação ativa do imputado na produção da prova. Assim, exigir que o imputado se perfile em uma linha para reconhecimento estaria dentro da esfera das provas não declarativas, sem maiores problemas.

Mesmo processos comunicativos seriam excluídos do direito ao silêncio, se o objetivo for não comunicativo. É o caso da recolha de amostras de voz ou de escritas. Normalmente, a fala e a caligrafia buscam a comunicação. No entanto, a recolha de amostras busca identificar um padrão que possibilite comparar a voz ou a caligrafia do imputado com um vestígio.

---

[296] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 275.
[297] Gilbert v. California, 388 U.S. 263 (1967).
[298] United States v. Wade, 388 US 218 (1967).
[299] Não necessariamente o imputado sofre coação direta a colaborar. A solução, na maior parte dos casos, é permitir que a omissão seja comentada pela acusação com os jurados ou considerada pelo juízo como indício desfavorável.

Não se busca informação sobre o conteúdo da comunicação. O que se busca é identificar a forma como o imputado se comunica.

Essa teoria é largamente aceita pela jurisprudência nos Estados Unidos. Há algumas variantes e complicadores adicionais.

1.1.4 Existência independente da vontade

Uma quarta teoria expande a teoria das provas materiais ou reais, afastando o direito ao silêncio nas provas com existência independente da vontade do imputado.

Essa teoria exclui do âmbito do direito ao silêncio mesmo algumas provas declarativas. A maior parte dos campos de incidência dessa teoria são coincidentes com a teoria das provas com existência real. As provas materiais ou reais têm existência independente da vontade.

No entanto, em alguns casos, mesmo declarações, que comunicam conhecimento do imputado, cujo conteúdo tem valor probatório relevante, são consideradas com existência independente da vontade. É o caso das senhas para acesso a sistemas computacionais. O imputado não tem a possibilidade de mentir quanto à senha, porque a falsidade da informação pode ser prontamente verificada.

Essa teoria foi empregada na Inglaterra, em casos envolvendo a apreensão de dispositivos eletrônicos criptografados. O imputado foi chamado a fornecer a senha de acesso, tendo alegado o direito ao silêncio. A Corte afastou a aplicação do privilégio, por considerar que a intimação era para produzir prova existente independente da vontade do suspeito.[300] O entendimento foi de que o direito a não produzir provas contra si mesmo não se aplica, tendo em vista que "a senha que garante acesso à informação protegida, assim como a informação ela mesma, existe em separado da 'vontade' de cada um dos apelantes". A Corte acrescentou que, "uma vez criada, a senha permanece independente da 'vontade' do apelante, ainda que guardada apenas em sua memória", pelo que, "nesse sentido, a senha está para um equipamento computacional assim como a chave para uma gaveta trancada", e que "o conteúdo da gaveta

[300] R v S(F) [2008] EWCA Crim 2177, [2009] 1 WLR 1489. § 18.

existe independentemente da vontade do suspeito, assim como a chave".[301] Portanto, considerou-se que o direito ao silêncio não é sequer engajado nos casos em que a informação exigida tem existência independente da vontade do acusado.

O problema dessa teoria é que ela iguala a pronta verificabilidade da informação à existência independente da vontade. O que ocorre no caso das senhas é que elas podem, desde logo, ser testadas, pelo que a inexatidão da informação não passa desapercebida. Mas qualquer fato comunicado pelo imputado tem existência independente da vontade. Se o imputado alega que esteve em outro local, isso pode ser verificado, mediante outros elementos que corroborarão ou infirmarão a afirmação – depoimentos, gravações, etc. Mas a informação em si tem tanta independência da vontade quanto a senha.

Assim, o que se pretende é afastar o direito ao silêncio, tratando como de autoincriminação em geral casos em que é possível verificar, de plano, a afirmação do imputado. Esse é um caminho para relativizar o direito ao silêncio.

Mudar a tradição e as normas em vigor para relativizar o direito ao silêncio, em hipóteses de pronta verificabilidade da informação comunicada, é uma possibilidade. O fornecimento de senhas não levanta a questão da falsa admissão de culpa, já que a senha pode ser checada.

Mas a via interpretativa não parece adequada para operar essa relativização. O que se está enfrentando é um caso em que o imputado é chamado a comunicar informações potencialmente autoincriminatórias. Trata-se, portanto, de um caso de aplicação do direito ao silêncio.

Tendo isso em vista, a tese da existência independente da vontade é, na verdade, uma distorção da interpretação dos pressupostos, a qual leva a uma relativização do direito ao silêncio. Oferece bons fundamentos para uma evolução do direito ao silêncio, no sentido da sua superação, em casos em que é possível a pronta verificabilidade da declaração. Ainda assim, dependeria de uma incorporação legislativa, restringindo o direito ao silêncio, tal qual hoje previsto nos tratados de direitos humanos e nas Constituições.

[301] R v S(F) [2008] EWCA Crim 2177, [2009] 1 WLR 1489. § 20.

1.1.5 Captação de processos de pensamento

Por fim, uma teoria estende o direito ao silêncio aos processos não naturais de comunicação do pensamento.

No processo comunicativo, o próprio sujeito traduz seu pensamento em linguagem para expressá-lo. A linguagem emprega os signos – palavras, escritas, gestos – que serão captados pelo interlocutor. A comunicação, por esse processo, é protegida pelo direito ao silêncio.

Questão que ganha cada vez mais concretude é a possibilidade ou não de se submeter o imputado a testes sobre seus conhecimentos, de forma independente ou paralela ao processo de comunicação.

As técnicas atualmente em desenvolvimento buscam a "detecção não verbal de mentiras". São ainda bastante incipientes.[302]

A confiabilidade dessas técnicas ainda é limitada, pelo que seu uso diretamente como prova não seria aceitável em um processo justo. Em teoria, essas técnicas podem evoluir e ganhar confiabilidade, a ponto de serem úteis às apurações. Assim, poderiam ser usadas para obter informações que a investigação ainda não dispõe, como a localização de um cadáver, por meio da captação de reações físicas involuntárias a mapas ou fotos de locais. O encontro do corpo baseado nas respostas fisiológicas seria um forte indicativo do conhecimento do imputado acerca de sua localização. Além disso, é teoricamente possível que o desenvolvimento técnico leve a tecnologias confiáveis de obtenção de respostas silenciosas.

Para este trabalho, interessa aferir se, desconsiderando obstáculos epistêmicos, essas técnicas entram no escopo do direito ao silêncio, merecendo uma proteção absoluta, ou se caem no direito à não autoincriminação em geral, representando uma proteção *prima facie*. Teoricamente, a exploração do conteúdo da mente pode ser tão relevante para a técnica forense quanto exames de sangue e de DNA se tornaram. Aliás, antes do desenvolvimento dos exames laboratoriais, os exames de tecidos corpóreos também eram irrelevantes e a submissão do imputado a exames para fins probatórios impensável. Se a técnica fosse infalível, seria ela passível de uso coercitivo?

---

[302] Ver infra, Parte II, 2.7.

A resposta não é simples. Sandra Oliveira e Silva defende que há uma proteção insuperável a todas as "demais formas de acesso aos conhecimentos probatórios do arguido contra a sua vontade".[303] Essa concepção põe ênfase na tutela da liberdade moral do arguido, sua escolha entre colaborar ou não. No entanto, a questão do desrespeito à liberdade moral do arguido parece ser a mesma, caso ele se negue a colaborar com um exame sobre o conteúdo da sua mente ou sobre o teor alcoólico do seu sangue – e, neste último caso, a coação à produção da amostra é viável em quase todos os países.

Poder-se-ia invocar a mesma lógica das provas materiais, para permitir a coação a colaborar com esse tipo de prova. Um dos aspectos principais do direito a não produzir provas contra si mesmo é a coação a colaborar com a própria condenação. Na medida em que, pelo uso dessas técnicas, a vontade do imputado em colaborar torna-se irrelevante, um dos principais aspectos do direito a não produzir provas contra si mesmo ficaria afastado.

Além disso, os fundamentos epistêmicos do direito ao silêncio ficariam superados, na medida em que a técnica seja confiável. Eliminada a racionalidade epistêmica em torno do silêncio, as provas que permitem avaliar o conteúdo da mente do imputado caem no escopo de proteção do direito à não autoincriminação em geral, não no escopo do direito ao silêncio.

Dessa forma, a proteção se deslocaria do absoluto (direito ao silêncio) para o *prima facie* (não autoincriminação). O antagonismo entre o direito a não produzir provas contra si mesmo e a exploração do conteúdo da mente deve ser resolvido no caso concreto, mediante técnica de ponderação. Não há, no entanto, uma prevalência necessária do direito a não produzir provas contra si.

Portanto, a tese de que seria absolutamente impossível perscrutar o conteúdo da mente não tem bom amparo.

1.1.6 Tomada de posição

A fronteira entre o direito silêncio e o direito geral à não autoincriminação não é de fácil identificação. O esforço para essa delimitação é relevante, visto que os regimes jurídicos de

[303] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 701.

ambos não são integralmente coincidentes, com uma proteção mais expressiva para o direito ao silêncio.

A equiparação do direito ao silêncio à autoincriminação em geral traz resultados inaceitáveis. Se tratarmos como de idênticas consequências todas as hipóteses em que a colaboração do imputado é posta em questão, podemos, de um lado, impedir a coação do imputado a colaborar, quando ela seria adequada e proporcional, ou, de outro, tornar débil a proteção, quando ela seria absoluta. Isso significaria a absolutização do direito a não produzir provas contra si mesmo em geral, que se tornaria em garantia absoluta, ou a fragilização do direito ao silêncio, que passa a ser aplicado em um processo de ponderação. Em qualquer caso, é uma alternativa inviável.

A distinção entre condutas ativas e passivas traz mais problemas do que soluções. Em primeiro lugar, trata-se de uma distinção artificial, sendo impossível destacar com clareza um e outro caso. Em segundo lugar, os resultados tampouco são aceitáveis. Casos de mera tolerância também deveriam receber algum tipo de proteção do direito a não produzir provas contra si mesmo e casos em que necessária a colaboração ativa poderiam, excepcionalmente, ter a proteção relativizada.

O critério das provas materiais é um critério seguro, a ser observado. Ele coloca ao abrigo do direito ao silêncio as provas comunicativas, deixando para outras formas de proteção as demais provas.

A variante da existência independente da vontade, em verdade, busca permitir a coação a produzir declarações que sejam de pronto verificáveis, como é o caso de senhas em dispositivos computacionais. Apesar de conveniente, é incompatível com os marcos do direito ao silêncio, tal e qual estabelecidos nas declarações de direitos.

Por fim, a equiparação da captação de processos mentais ao direito ao silêncio tampouco impressiona. Se a informação pode ser captada sem a participação do imputado, as preocupações levantadas não correspondem às levantadas quando da coação a declarar. Dessa forma, não há sentido em aplicar o mesmo regime jurídico.

Portanto, a distinção entre o direito ao silêncio e o direito a não produzir provas contra si mesmo deve empregar o critério das provas materiais.

1.2 NORMAS QUE COMPÕEM O DIREITO A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI

Independentemente de ter caráter geral, ou de ser aplicável apenas em relação a provas declarativas, o direito à não autoincriminação pode ser decomposto em quatro normas jurídicas, as quais, embora diferentes, podem ser reconduzidas à hipótese inicial, numa relação de gênero e espécie. São essas normas: (i) direito a não participar da produção de provas em uma investigação ou processo em curso; (ii) direito a não ser sancionado pela negativa em participar da produção da prova; (iii) direito à inadmissibilidade das provas obtidas mediante coação; (iv) direito a não fornecer elementos com potencial de dar notícia da própria responsabilidade criminal.

1.2.1 Direito a não participar da produção de provas em uma investigação ou processo em curso

O direito a não participar da produção de provas em uma investigação ou processo em curso é a hipótese mais corrente e sedimentada do privilégio.

Essa hipótese diz respeito à produção da prova ela mesma, mediante uso de meios que buscam substituir a vontade do imputado para cooperar – coação direta. Não se confunde com a adoção de sanções em razão da recusa em colaborar, a qual corresponde à próxima hipótese – direito a não ser sancionado pela recusa.

Em relação ao direito ao silêncio, este corresponde ao direito a não depor contra si mesmo, textualmente assegurado na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, 3, “g”), no Pacto de San José da Costa Rica (artigo 8, 2, “g”), e em várias outras declarações de direitos.

Para o direito ao silêncio, essa norma tem eficácia absoluta. Forçar alguém a declarar escala ao nível da tortura e é algo repugnado por todos os ordenamentos jurídicos comprometidos com a observância de direitos humanos.

Quanto às provas não declarativas, vários ordenamentos jurídicos preveem, expressamente, a possibilidade de obrigar o imputado a colaborar com algumas provas.

Mencionamos os casos de Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, França, Argentina, México, Chile, Colômbia, Peru e Brasil.[304] A coação a colaborar é baseada em um juízo de proporcionalidade, no qual são pesados a gravidade do delito, o caráter invasivo da prova e o potencial que ela tem de contribuir para as apurações.

Os limites do que vem a ser "não participar" da produção de provas não são de fácil definição. De um modo geral, percebe-se com claridade que estão fora do escopo do privilégio condutas que buscam impedir o curso da investigação, como destruir provas ou corromper testemunhas.

A aplicação dessa prerrogativa em fase pré-processual tampouco apresenta, hoje, maior controvérsia. Está bem assentado que o direito se aplica desde que a suspeita passa a recair sobre determinada pessoa.

Percebe-se que o direito a não participar da produção de provas em uma investigação ou processo é universalmente aceito em relação ao direito ao silêncio, mas recebe limitações em relação a provas não declarativas.

Pode-se afirmar que o direito a não participar da produção de provas comporta-se de duas formas diversas, conforme engajado o direito ao silêncio ou o direito geral à não autoincriminação. No direito ao silêncio, ele se comporta como uma regra, com pretensão de decidibilidade *a priori* e absoluta. No direito geral a não produzir provas contra si mesmo, ele se comporta como um princípio, com caráter axiológico e representando uma proteção meramente *prima facie.*

1.2.1.1 Engajamento

O direito a não participar da produção de provas em uma investigação ou processo em curso é engajado na presença de três elementos: referência à pessoa, persecução penal e coação.

[304] Ver supra, Parte I, 1,3.

1.2.1.1.1 Referência à pessoa

Só há engajamento do direito a não produzir provas contra si mesmo se a informação extraída é incriminatória à própria pessoa. Esse é um requisito para todo e qualquer caso em que a prerrogativa venha a ser engajada.

É característico do direito à não autoincriminação que a prova a ser produzida venha potencialmente a implicar a própria pessoa que participa da sua produção. Daí falar-se em *auto*incriminação ou direito a não produzir provas contra *si mesmo*. Como lembra Sandra Oliveira e Silva, "no círculo pessoal de proteção da norma estão apenas os indivíduos que enfrentam o perigo da *sua* responsabilidade criminal", pelo que não se pode recusar a colaborar sob o pretexto de "incriminar outra pessoa".[305]

Eventualmente, a legislação pode prever privilégio de não produzir provas desfavoráveis a pessoas próximas, especialmente familiares.

É o caso, por exemplo, da legislação processual civil brasileira, que limita o dever de depor ou apresentar documentos que incriminem parentes próximos. O CPC dispensa a parte de depor sobre fatos que possam incriminar cônjuge, companheiro ou parente em grau sucessível (art. 388) e afasta o dever de produzir documentos ou prestar testemunho incriminatório contra parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau (art. 404, III, e art. 448, I). Esse privilégio, no entanto, tem embasamento meramente legal, não decorrendo da proteção constitucional contra a autoincriminação. O legislador pode reduzir ou suprimir o privilégio, sem maiores preocupações em violar a Constituição.

Portanto, o privilégio contra a autoincriminação, como norma constitucional, só pode ser invocado em relação à própria pessoa que participa da produção da prova. A invocação em relação à incriminação de terceiros é possível apenas se houver previsão legal, a qual pode ser reduzida ou suprimida pelo legislador.

---

[305] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 253.

a) Pessoa jurídica

Há uma grande polêmica sobre a aplicabilidade do privilégio a pessoas jurídicas. A interpretação restritiva do privilégio, ligando-a à pessoa natural, está em conformidade com sua tradição e o texto das normas que o consagram.

Como leciona Jónatas Eduardo Mendes Machado, "saber-se em que medida é que o direito à não autoincriminação se aplica também às pessoas colectivas" é uma "questão controvertida, que não tem conhecido uma solução única nos vários ordenamentos jurídicos".[306]

Apenas alguns países reconhecem expressamente a aplicação do *nemo tenetur* às pessoas jurídicas. É o caso da Espanha (art. 786 bis da Ley de Enjuiciamiento Criminal).

A tradição estabelecida a partir da Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos aponta na direção oposta. Ao enunciar o privilégio, a Quinta Emenda fala que "nenhuma pessoa" será compelida a testemunhar contra si mesma em caso criminal. Com base nessa disposição, "há muito se sustenta que o privilégio da Quinta Emenda não se aplica a pessoas jurídicas".[307] De fato, no *leading case*, de 1906, a Suprema Corte afirmou que "a corporação é uma criatura do Estado. Seria uma estranha anomalia sustentar que o Estado, tendo incorporado uma entidade para usar algumas franquias, não poderia, no exercício da sua soberania", demandar a produção de livros e outros documentos.[308]

Seguindo a mesma tradição, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica também falam em "pessoa acusada de um delito" – artigo 14, 3, "g", e artigo 8, 2, "g", respectivamente.

Portanto, é possível partir de uma interpretação restritiva do privilégio, sem descurar da possibilidade de sua extensão à pessoa jurídica pela legislação interna. Nesse aspecto, os países têm liberdade para estabelecer um direito mais ou menos amplo, estendendo-o ou não a pessoas jurídicas.[309]

---

[306] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. O direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais. **Direitos Fundamentais e Justiça**, v. 3, n. 8, p. 13-47, jul./set. 2009.
[307] SALKY, Steven M.; HYNES JR., Paul B. **The privilege of silence**: Fifth Amendment protections against self-incrimination. 2. ed. Chicago: ABA, 2014. l. 939.
[308] Hale v. Henkel, 201 U.S. 43, 74–75 (1906).
[309] No direito alemão, a tendência é a não extensão do privilégio às pessoas jurídicas. Para um panorama, com a defesa da extensão, ver: QUECK, Nadine. **Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes, zugunsten von**

Um problema da restrição do privilégio é que, não raro, a incriminação da pessoa jurídica também acarreta a incriminação de seus agentes. Normalmente, a pessoa jurídica não é punida sozinha; o responsável por sua decisão também tem responsabilidade criminal. Logo, ao produzir provas incriminatórias à pessoa jurídica, o administrador pode estar incriminando a si mesmo.

A Suprema Corte dos Estados debruçou-se sobre o tema e, ainda assim, manteve o caráter restritivo do privilégio. Recusou a prerrogativa ao responsável por uma sociedade unipessoal, que sustentava que a produção de documentos da pessoa jurídica levaria a sua responsabilidade pessoal. A Corte considerou suficiente a separação jurídica entre a pessoa natural e a sociedade unipessoal. Assim, o privilégio pessoal não afastaria o dever de colaborar em nome da pessoa jurídica, ainda que o administrador estivesse, simultaneamente, se autoincriminando.[310]

No Brasil, não há disposição legal específica ou jurisprudência sobre a aplicação do privilégio contra a autoincriminação a pessoas jurídicas. A responsabilidade penal da pessoa jurídica ainda é relativamente nova e restrita a crimes ambientais. Portanto, a definição da aplicação ou não do privilégio ainda é incipiente.[311]

O que é peculiar ao direito brasileiro é a tendência a interpretar os direitos fundamentais como aplicáveis às pessoas jurídicas.[312] Vários direitos fundamentais materiais e procedimentais são aplicadas indistintamente a pessoas jurídicas – por vezes, mesmo a entes estatais. Logo, do ponto de vista do direito brasileiro, a aplicação da prerrogativa contra a autoincriminação às pessoas jurídicas seguiria a tendência. Portanto, o direito brasileiro tem boas razões para não limitar o privilégio às pessoas naturais.

Assim, tal qual alçada ao plano dos direitos humanos e fundamentais, a prerrogativa contra a autoincriminação não alcança a pessoa jurídica. Ainda assim, sua extensão a pessoas jurídicas pode ocorrer pela via da legislação ordinária, ou mesmo pela interpretação sistemática.

Unternehmen. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

[310] Braswell v. United States, 487 U.S. 99, 102-03 (1988).

[311] Sobre a defesa da aplicabilidade obrigatória como uma decorrência do *nemo tenetur*, ver: HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005. p. 110.

[312] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 175-176.

1.2.1.1.2 Persecução penal

O direito a não participar da produção de provas em uma investigação ou processo em curso só é engajado se há uma persecução criminal em curso. Em princípio, questões cíveis ou administrativos não levam à aplicação do privilégio.

A ligação do direito ao silêncio à persecução criminal está expressa nas declarações de direitos que a consagram. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica inserem-no como uma das garantias mínimas a serem oferecidas à "pessoa acusada de um delito" – artigo 14, 3, "g", e artigo 8, 2, "g", respectivamente. A Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos fala que, "em qualquer caso criminal", ninguém será obrigado a declarar contra si mesmo. Portanto, há uma associação clara entre o direito ao silêncio e a acusação em caso criminal.

Pode parecer contraditório ligar o privilégio a acusações criminais. Causa uma certa surpresa a impossibilidade de coagir o acusado de delitos graves, quando é possível semelhante coação em causas cíveis. A explicação para a aparentemente contradição reside na gravidade da reação punitiva. Por interferir de forma mais pungente em liberdades, a sanção penal impõe à acusação ônus especialmente gravosos. A legislação pode inverter o ônus da prova para um ilícito civil. Se o acusado do ilícito não provar sua inocência, a reparação pode ser validamente exigida. Se o mesmo fato for também um ilícito criminal, a condenação exigirá a demonstração, pela acusação, do fato e da autoria, para além da dúvida razoável. Trata-se de uma decorrência da presunção de inocência.

A racionalidade que liga o direito ao silêncio ao processo penal pode ser projetada para as demais provas. Portanto, o direito a não produzir provas contra si mesmo está ligado à persecução penal. Para a correta identificação do conteúdo normativo, é indispensável verificar o que vem a ser uma persecução penal, assim como o que vem a ser uma persecução em curso.

O detalhe é que há persecuções não nomeadamente penais que são equiparáveis à persecução penal para aplicação da prerrogativa. Há um sério problema de definição do que vem a ser uma acusação criminal, existindo uma tendência à expansão da garantia para fatos que não são classificados como penais, mas que podem levar à imposição de penas, ainda que não privativas de liberdade.

a) Acusação cível ou administrativa

Como afirmado, o direito a não produzir provas contra si mesmo é associado à persecução penal, seja pelos textos que expressamente o reconhecem, seja pela tradição do instituto. Nem sempre, entretanto, é fácil definir o que vem a ser um procedimento criminal.

Não há maiores dúvidas quanto à aplicação do direito a não produzir provas em relação a procedimentos legalmente nomeados como penais ou criminais. Todos os ordenamentos jurídicos contêm normas que são designadamente penais ou criminais. Essas normas preveem comportamentos ilícitos e estabelecem as sanções correspondentes.

As dúvidas surgem em razão da tendência de aplicar garantias que seriam próprias do direito e do processo penal a procedimentos que não são nomeadamente penais. Há uma propensão a estender as chamadas garantias judiciais a procedimentos que não são nomeadamente penais, mas que têm caráter punitivo.

Não se trata de estender o direito a não produzir provas contra si mesmo a todos os ramos do direito. Pelo contrário, não há maiores dúvidas de que o privilégio está associado ao direito e ao processo penal. A questão reside em interpretar ampliativamente o que vem a ser a esfera criminal, não a limitando àqueles procedimentos com o *nomen juris* de criminais ou penais.

Nesse sentido, a Corte Suprema dos Estados Unidos já afirmou que "procedimentos instituídos com o propósito de declarar o confisco da propriedade de um homem em razão de ilícitos cometidos por ele, apesar de serem civis na forma, são criminais na natureza", pelo que "estão incluídos na racionalidade" da "parcela da Quinta Emenda que declara que ninguém será obrigado, em casos criminais, a testemunhar contra si mesmo".[313]

A Corte Europeia de Direitos Humanos seguiu a mesma linha, ao aplicar as garantias do artigo 6, 2 e 3, da Convenção Europeia a procedimentos não nomeadamente penais. Considerou que as sanções administrativas costumam ser mais brandas do que as criminais, mas estas são acompanhadas de garantias mais abrangentes.[314] Assim, entendeu que o Estado

[313] Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886).
[314] Engel e Outros v. Países Baixos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72. Decisão de 8 de junho de 1976. § 80.

tinha discricionariedade para classificar um fato como criminal, mas a classificação como infração administrativa pode ser revisada pelo sistema de proteção aos direitos humanos, sob pena de servir como escape à aplicação das garantias judiciais.[315] A Corte seguiu critérios como a severidade da pena imposta, mas também outros, como a aplicabilidade da regra de ofício por agentes estatais, com caráter punitivo ou repressivo – ao invés de compensatório – e baseado em um juízo de culpabilidade, e a tipificação da infração como criminal em outras jurisdições.[316]

A doutrina não percebe os critérios propostos pela Corte Europeia de Direitos Humanos como suficientes, afirmando que "a distinção entre crimes, de um lado, e infrações disciplinares, regulatórias ou administrativas, de outro (...) nem sempre é clara". Além disso, a Corte nem sempre "aplicou o critério 'severidade' de forma consistente".[317]

A Corte Interamericana também aplicou garantias judiciais a casos de responsabilidade administrativa, especificamente a responsabilidade disciplinar de magistrados.[318] Afirmou que as garantias judiciais são aplicáveis quando uma autoridade não judicial toma decisões que afetam a determinação dos direitos das pessoas.[319]

Portanto, ambas as Cortes adotam as garantias judiciais penais para casos envolvendo a punição ou repressão a atos ilícitos, mas não em todos os casos. A fundamentação das decisões, no entanto, ressalva que as garantias procedimentais penais se aplicam a procedimentos não penais não necessariamente em sua integralidade, mas no que couber. Acerca das garantias judiciais, a Corte Interamericana foi expressa em afirmar que, "ainda que não lhe sejam exigíveis as próprias de um órgão judicial", a autoridade administrativa que aplica a lei "deve cumprir as destinadas a assegurar que sua decisão não seja arbitrária". [320]

---

[315] Engel e Outros v. Países Baixos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72. Decisão de 8 de junho de 1976. § 81.
[316] Feb 21, 1984 - Öztürk v. Alemanha, 8544/79. Decisão de 21 de fevereiro de 1984. § 52; Engel e Outros v. Países Baixos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72. Decisão de 8 de junho de 1976. § 80-82.
[317] GREER, Steven; GERARDS, Janneke; SLOWE, Rose. **Human Rights in the Council of Europe and the European Union**. Cambridge: University Press, 2018. p. 154-155.
[318] Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru, § 71; Caso Claude Reyes e Outros v. Chile. Decisão de 19 de setembro de 2006. Série C N. 151, §. 119; Caso Escher e Outros Vs. Brasil. Decisão de 6 de julho de 2009. § 208.
[319] Caso Lópes Lones e Outros v. Honduras. Decisão de 5 de outubro de 2015. § 207.
[320] Caso Lópes Lones e Outros v. Honduras. Decisão de 5 de outubro de 2015. § 207.

A Corte Constitucional da Itália percebeu essa perplexidade e submeteu questão prejudicial à Corte Europeia de Justiça, indagando se a interpretação a ser dada ao artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e de outras normas comunitárias é no sentido de impedir os Estados-membros de sancionar quem se recusa a declarar em processo administrativo punitivo.[321] O tema ainda não foi decidido.

Dado esse panorama, é preciso construir soluções sobre a aplicação ou não do direito ao silêncio em casos não criminais. A solução a ser dada passa pela avaliação da natureza do caso, associada a um juízo de ponderação que leva em conta a relevância da punição e o dever de dar explicações.

Quanto à natureza, casos puramente cíveis, que buscam reparação ou cumprimento de obrigações, legais ou contratuais, estão definitivamente fora. Assim, casos envolvendo responsabilidade civil, ou a apuração de tributo devido, não ensejam a aplicação do privilégio.

É necessário que exista uma natureza punitiva, no sentido de pena, como retribuição a ato ilícito, não de simples reparação. Quando se busca uma reparação, seja contratual ou extracontratual, a garantia não é engajada. Assim, numa ação civil *ex delicto*, por exemplo, não será possível invocar o direito a não produzir provas contra si mesmo.

Se a causa tem natureza punitiva, deve ser estabelecido um juízo de ponderação, que leve em conta a relevância da sanção aplicável e o dever de dar explicações.

Quanto à relevância, a sanção deve ser suficientemente grave. Um procedimento cível que tenha por consequência mais grave possível uma multa modesta ou outra sanção moderada, afasta a aplicação do privilégio.

Além de tudo, é preciso ver o quão compatível com o contexto é a chamada a dar explicações. Algumas atividades são especialmente sensíveis, pelo completo domínio que a pessoa tem das informações, aliada à relevância de apurar infrações. Será praticamente impossível provar que um piloto de avião não está fisicamente apto, ou está intoxicado, sem submetê-lo a exames. Será praticamente impossível controlar o fluxo de substâncias perigosas, sem aferir os registros e o estoque dos responsáveis.

---

[321] Ordinanza n. 117 de 2019.

No direito brasileiro, a própria Constituição da República estabelece um dever de prestar contas a qualquer pessoa ou entidade que, de alguma forma, disponha de recursos públicos (art. 70, Parágrafo único).

De tudo se pode retirar que, em alguns casos, seja pela relevância da atividade, seja pelo domínio que a pessoa exerce sobre ela, existe uma peculiar possibilidade de se exigir informações. Nesses casos, é possível estabelecer deveres de colaborar com provas, mesmo em procedimentos sancionatórios, afastando a invocação do direito à não autoincriminação.

Casos envolvendo responsabilidade disciplinar têm em comum com a responsabilidade criminal o fato de buscarem a imposição de penalidade como sanção a ilícito. Além disso, podem levar a penalidades bastante severas, como a retirada da função pública, o rompimento do vínculo com o empregador, ou inabilitação para o exercício de determinada profissão.

De outro lado, infrações que envolvem a responsabilidade profissional são de difícil apuração sem a colaboração do imputado. Muito em razão disso, a legislação é pródiga em exigir dos profissionais a manutenção de registros. É o caso, por exemplo, da legislação empresarial brasileira, que exige que os empresários sigam "um sistema de contabilidade" (art. 1.179 do Código Civil).

Percebe-se que o profissional pode ser chamado a prestar contas de sua atuação, o que é especialmente verdadeiro para o servidor público ou aquele que exerce profissão regulamentada. A legislação pode impor a inversão do ônus da prova ou exigir que o profissional apresente explicações para suspeitas. Logo, pensamos ser viável tirar inferências negativas da recusa do imputado em colaborar.

De resto, a responsabilização por infrações administrativas precisa ser avaliada caso a caso. Em princípio, no entanto, o direito ao silêncio não se aplica, mas, em caso de sanções severas, é possível que a prerrogativa possa ser validamente invocada.

No direito brasileiro, há um caso em que claramente se aplica o direito ao silêncio – o direito infracional do adolescente. A maior parte dos países insere a resposta à prática de delitos por adolescentes dentro do direito penal, não obstante reconheça peculiaridades na punição. O Brasil opta por não usar o rótulo de direito penal aos delitos praticados por adolescentes, afirmando a inimputabilidade penal dos que não atingiram a maioridade (art. 228 da CRFB) e

tratando as ocorrências como "ato infracional (art. 227, § 3º, IV, da CRFB, art. 103 e seguintes da Lei 8.069/1990). A legislação nomeia medidas socioeducativas (art. 112 e seguintes da Lei 8.069/1990) as sanções cominadas para esses delitos. Elas são potencialmente graves, podendo chegar à perda da liberdade, denominada internação (art. 121 e seguintes da Lei 8.069/1990). Esse contexto revela uma semelhança relevante com o direito penal, invocando a aplicação das garantias correspondentes, inclusive do direito ao silêncio.[322]

Ainda que o direito infracional de adolescentes não seja nomeadamente criminal, ele é semelhante ao direito penal, naquilo que relevante – responsabilização por um ato ilícito, chegando à aplicação de penas graves. Logo, não há maiores dúvidas de que se aplica o direito o silêncio.

A doutrina brasileira tende, no entanto, a defender uma aplicação indiscriminada do privilégio a todo o direito administrativo sancionador, sem que haja uma demonstração de fundamentos mais sólidos para tanto. A tendência é a invocação de preceitos gerais. Lúcia Valle Figueiredo afirma simplesmente que o direito a não se autoincriminar "é garantia constitucional, e ainda que não fosse expressa (art. 5º, LXIII, da CRFB), deveria ser diretamente deduzida da cláusula do devido processo".[323] Eduardo Muniz Machado Cavalcanti invoca o caráter principiológico do direito ao silêncio, o que recomendaria a sua maximização.[324] André de Carvalho Ramos sustenta que, por decorrer da dignidade humana e do devido processo legal, a garantia se aplica a qualquer processo administrativo.[325]

Esse linha de análise ignora a circunstância de que o direito a não produzir provas contra si mesmo é ligado à esfera criminal, seja nos textos normativos que o amparam, seja em sua racionalidade, seja em sua história.[326] Uma expansão do direito a outros campos do direito deve

---

[322] Nesse sentido: COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004, 2004. p. 259.
[323] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, n. 32, p. 15-27, out./dez 1997.
[324] CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. **Dever de colaboração dos contribuintes versus direito ao silêncio no âmbito tributário sancionador**. Porto Alegre: Safe, 2009.
[325] RAMOS, André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a auto-incriminação à luz do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; TAQUES, Pedro. **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 9-28.
[326] Ver supra, Parte I, Capítulo 1.

ser tratada como uma extensão, não como uma decorrência natural de seu reconhecimento no processo penal. Logo, precisa de embasamentos mais sólidos.

De um modo geral, as partes em processos judiciais cíveis e em processos administrativos têm o dever de expor os fatos conforme a verdade (art. 77, I, do CPC, art. 4º, I, da Lei do Processo Administrativo). No processo administrativo, o administrado tem o dever de prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos (art. 4º, IV, da Lei do Processo Administrativo).

Assim, a legislação brasileira não aplica aos processos administrativos e judiciais cíveis o direito a não produzir provas contra si mesmo.

É certo que parte tem a possibilidade de se negar a depor sobre fatos "criminosos ou torpes que lhe forem imputados" (art. 388, I, do CPC), mas isso não impede a aplicação das sanções correspondentes. Como lembra João Cláudio Couceiro, o réu em ação investigatória de paternidade pode se recusar a prestar depoimento pessoal sobre um relacionamento com menor de 14 anos, para não ter que se manifestar sobre o eventual crime de estupro.[327] Isso não impede que a negativa de depor produza os efeitos da confissão.[328]

Portanto, os critérios da natureza da causa, da relevância da sanção e do dever de dar explicações são perfeitamente aplicáveis ao direito brasileiro.

No caso do direito disciplinar de servidores públicos, pensamos que o direito não se aplica. Como afirmado, espera-se que os servidores públicos prestem contas dos atos praticados no exercício da função. A negativa pode ser interpretada em desfavor do servidor em processo disciplinar.

A maior parte da doutrina administrativista, no entanto, defende que a proteção contra a autoincriminação se aplica ao direito administrativo sancionador em geral. Nesse sentido, leciona Romeu Bacellar Filho que o direito ao silêncio deve "receber tratamento igualitário no processo administrativo e no processo penal, como processos sancionatórios".[329]

---

[327] Atualmente, estupro de vulnerário, art. 217-A do CP.
COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004. p. 267.
[329] BACCELAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Edição do Kindle. l. 9291.

Ocorre que o servidor público está em posição de especial confiança, tornando particularmente relevante exigir-se dele que dê contas de seu comportamento. A relação que o servidor entretém com a Administração Pública recomenda que, quanto mais alto o posto por ele ocupado, mais ele tenha um dever de prestar contas de sua conduta.

No processo administrativo disciplinar, dificilmente se chegará ao ponto da coação direta a colaborar. Mas é bem possível aplicar a coação indireta. De forma muito especial, não há problema em considerar a negativa de colaborar como um indicativo contrário ao servidor. O servidor deixa de atender seu dever de prestar contas e sofre com as consequências da falta de esclarecimento.

Portanto, o *nemo tenetur* é aplicável diante da ameaça de persecução penal. Os casos definidos por lei como penais se enquadram nesse requisito. Além deles, casos que não recebem o *nomen juris* de penais, mas que envolvem a resposta a ato ilícito, acompanhados de um juízo de proporcionalidade no qual são levadas em conta a gravidade da pena cominada e a presença de um dever de prestar contas, podem ser classificados como penais, para fins de invocação da garantia. No caso brasileiro, é o que claramente ocorre com o direito infracional dos adolescentes.

b) Fatos difamantes

O direito à não autoincriminação não se estende quando a prova produzida pode revelar fatos que não são criminais, formal ou materialmente, ainda que desonrosos, difamantes ou torpes.

A ligação do direito à não autoincriminação à persecução penal está clara nos textos normativos que consagram o direito ao silêncio. Não há dúvida de que fatos não criminais não são incluídos no preceito.

No entanto, a legislação pode excepcionar os deveres gerais de colaborar com a justiça e, em consequência, reconhecer o direito a não produzir prova de fatos infamantes. Em vários países, escusam-se partes e testemunhas a depor sobre fatos que lhe possam causar desonra.

No Brasil, o CPC escusa a parte a prestar depoimento pessoal sobre fatos torpes a ela imputados, ou que possam causar desonra, salvo em ações de estado e de família (art. 388, I, e

Parágrafo único). A parte e o terceiro podem se escusar de exibir documento ou coisa cuja "publicidade pode redundar em desonra" (art. 404, III). A testemunha é escusada de depor sobre fatos "que lhe acarretem grave dano" (art. 448, I). Todas essas situações, no entanto, têm fundamento apenas legal, podendo ser livremente suprimidas ou limitadas pelo legislador.

Assim, o direito a não produzir provas contra si mesmo não se aplica, por força constitucional, a fatos desonrosos que não constituem crime. No entanto, a legislação pode escusar a parte de produzir provas contra fatos ofensivos à honra. Tais disposições são de livre limitação ou revogação pela legislação superveniente.

c) Persecução atual

Como visto, a persecução penal é pressuposto para o engajamento do direito à não autoincriminação.

Vista no tempo, essa persecução pode ser atual ou em perspectiva. Conforme o caso, haverá o engajamento de uma norma diversa decorrente do direito à não autoincriminação. Se a persecução é atual, surgem as normas que vedam a coação a colaborar com o processo em curso, direta ou indiretamente, e o direito a não ter provas trasladadas de processos cíveis. A persecução em perspectiva leva ao engajamento da norma que protege contra dar notícia da própria responsabilidade.

A persecução atual diz com o próprio processo em andamento que busca a responsabilização. Ou seja, as autoridades responsáveis pela apuração já têm a notícia do delito, e paira, quanto ao sujeito, um grau de suspeita. Não é necessário que exista uma acusação formal estabelecida. A persecução pode ser considerada atual mesmo em fase de investigação, ou mesmo antes de qualquer formalização procedimental – durante uma abordagem em flagrante delito, por exemplo.

Assim, a persecução é tida por atual, independentemente da fase em que ela se encontre. Não há razão para maiores dúvidas de que, mesmo em fase tida por anterior ao processo – investigações policiais ou por qualquer órgão de persecução penal –, a garantia pode ser engajada.

Na investigação, por não haver uma acusação formalizada quanto a determinada pessoa e por determinado fato, pode haver dúvida se ela tem a qualidade de suspeito, ou de simples testemunha – eventualmente, mesmo de vítima.

Os ordenamentos jurídicos em geral consagram um momento processual no qual a pessoa passa a ostentar formalmente a qualidade de investigado – e a gozar das prerrogativas defensivas decorrentes. Isso é importante porque o imputado goza de prerrogativas que não assistem a outras pessoas com as quais a investigação se relaciona. Ao que nos interessa, vítimas e testemunhas podem ser compelidas a falar a verdade e a colaborar de outras formas, ao passo que o imputado goza do direito à não autoincriminação.

Nos casos em que há prisão em flagrante, esse momento inicial já marca a suspeita que recai sobre o indivíduo. A justificativa da restrição da liberdade no curso do processo está na associação de uma suspeita considerável da culpa penal com a necessidade imediata da captura. Dessa forma, a prisão deixa indubitável que a pessoa goza do privilégio contra a autoincriminação.

No direito brasileiro, a Constituição determina que o preso receba aviso quanto aos direitos inerentes a sua condição – art. 5º, LXIII. Na prisão em flagrante, a qualidade de suspeito é adquirida desde a restrição à liberdade. Assim, como observa Marta Saad, a voz de prisão deve ser sucedida da advertência quanto ao direito ao silêncio. Dessa forma, as "chamadas 'declarações informais' prestadas pelo preso em flagrante aos policiais, sem que seja alertado de seu direito ao silêncio", burlam a prerrogativa e seu conteúdo não é admissível como prova.

Não havendo prisão em flagrante, é necessário eleger outro momento para formalizar a suspeita. De um modo geral, existe um ato formal específico para que documentar essa passagem.

Em Portugal, a legislação regula a "constituição de arguido", momento e procedimento por meio do qual a pessoa passa a gozar dos direitos e das prerrogativas correspondentes à posição de alvo da investigação (arts. 58 e 59 do CPP).

No Brasil, existe um ato que, teoricamente, formaliza a suspeita contra o investigado, mas, na prática, não costuma ser valorizado como tal. A legislação prevê a figura do indiciamento, como ato privativo do delegado de polícia (art. 2º, § 6º, da Lei 12.830/2013). Não

raro, no entanto, o indiciamento só ocorre ao final das apurações, sendo que a suspeita já foi identificada sobre pessoa determinada anteriormente. Em nosso direito, a condição de investigado costuma ser reconhecida no curso das apurações, sem um ato formal para tanto.

Na falta de uma formalização da passagem à condição de suspeito, o marco inicial dos direitos correspondentes fica borrado. Mesmo na falta de um procedimento específico, a pessoa pode reclamar a sua posição de investigado e exercer as prerrogativas correspondentes. Há, por exemplo, inúmeros precedentes de pessoas que são chamadas a depor em Comissões Parlamentares de Inquérito como testemunhas que buscam a tutela jurisdicional para afirmar sua qualidade de suspeitos do delito em apuração.[330]

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra caso em que, no curso de depoimento, testemunha assumiu a autoria do delito. Entendeu-se que, a partir de então, o depoimento deveria ter sido interrompido, com a advertência quanto às garantias que a condição de investigado implica – direito ao silêncio, direito a advogado, etc. Com isso, o restante da confissão foi anulado.[331]

Portanto, ainda que, no direito brasileiro, a constituição formal na qualidade de investigado ocorra apenas com o indiciamento, é tranquilo que o suspeito, mesmo não indiciado, pode se valer do direito ao silêncio.

A prerrogativa vige apenas na presença da imputação. Enquanto houver investigação ou ação penal que possa levar à responsabilização do imputado, ela segue atual. O direito do imputado de se recusar a responder independe de considerações sobre a procedência da imputação. Ainda que a imputação seja injusta, ou prescrita, ou o fato seja atípico, o direito não desaparece, pois a possibilidade de imputação penal ainda persiste.

Uma vez reconhecida com definitividade a inocência, a prescrição ou qualquer outra forma de extinção da punibilidade, a acusação deixa de ser atual. A prerrogativa então [desaparece – salvo uma possibilidade concreta de revisão da decisão *in malam partem*, existente em alguns ordenamentos jurídicos, mas vedada no direito brasileiro.

---

[330] Por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 100.200**. (Tribunal Pleno). Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 8.4.10.
[331] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 122.279**. (Segunda Turma). Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12.8.14.

Casos de suspensão ou arquivamento de investigação, sem eficácia preclusiva, mantém a atualidade da imputação, ao menos até o decurso do prazo prescricional.

Portanto, a posição de imputado, ainda que em fase pré-processual, coloca a pessoa sob acusação formal atual, levando ao engajamento da não autoincriminação. Essa condição fica evidente com o ato formal que constitui o suspeito como investigado ou acusado, mas deve ser observada a contar do início da suspeita, mesmo antes do ato formal. A persecução é considerada atual até seu encerramento definitivo.

1.2.1.1.3 Coação

A coação para a obtenção da colaboração é o elemento central para o engajamento da autoincriminação. A prova que é obtida mediante colaboração voluntária do imputado, ou independentemente de sua contribuição, não é relevante para a proteção contra a autoincriminação.

A coação é um elemento do direito à não autoincriminação. Não há proteção contra a colaboração espontânea do imputado. O imputado tem o direito a colaborar com as apurações, ainda que para reconhecer a própria culpa.

É lapidar o entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, conforme o qual, "para se qualificar ao privilégio da Quinta Emenda, a comunicação deve ser declarativa, incriminatória e coagida".[332]

Observa Sandra Oliveira e Silva que "a utilização de *coação* sobre o arguido" para dele obter a cooperação "assinala o núcleo essencial do *nemo tenetur se ipsum accusare*",[333] na medida em que, sendo "*voluntári*o, um depoimento com conteúdo altamente incriminador pode, sem objeções constitucionais, ser valorado contra o seu autor".[334]

A coação deve ser voltada a obter, do imputado, determinado comportamento, destinado a produzir prova. Há várias outras formas de coação, ligadas ao processo, que nada têm a ver com o privilégio. Por exemplo, o imputado pode ser coagido a não destruir provas e a não

---

[332] Hiibel *v.* Sixth Judicial Dist. Court of Nev., 542 U.S. 177, 189 (2004).
SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 389.
[334] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 255.

ameaçar testemunhas. Essas formas de coação não são ligadas à autoincriminação, visto que se trata de uma reação a uma conduta ilícita, voluntariamente praticada pelo imputado. O direito pode, validamente, coibir iniciativas ilegais do imputado, ainda que voltadas ao campo probatório.

Dessa forma, sem coação, a autoincriminação é livre e admitida pelo direito. As provas obtidas com a colaboração do próprio imputado, de forma não coagida, são lícitas e eficazes.

A coação pode ser classificada em direta e indireta, conforme tente substituir a vontade do imputado, ou tente influenciar a vontade do imputado.[335]

O direito a não participar da produção de provas em uma investigação ou processo em curso é engajado diante da **coação direta**, que consiste no uso de meios para tentar suprimir a vontade do acusado em não colaborar, ou submetê-lo a despeito da indisposição. A coação indireta leva ao engajamento do direito a não ser sancionado pela negativa em colaborar. Normalmente, a coação direta ocorre com o uso da força, subjugando fisicamente o imputado. Eventualmente, pode ocorrer de outras formas, por exemplo, com o uso de meios como a hipnose ou outras meios de retirar o imputado do estado de consciência, levando-o a colaborar ou permitindo sua submissão.

No campo das provas declarativas, o uso da força ou de outros meios de coação direta é absolutamente proibido. O uso da coação direta para obtenção de provas declarativas é uma forma de tortura, proscrita na maior parte dos ordenamentos jurídicos democráticos. A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes define tortura, dentre outros elementos, como “qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de

[335] Adotamos essa nomenclatura porque a consideramos correspondente a uma classificação mais relevante e precisa. Há jurisprudência e doutrina usando as expressões “coação direta e “coação indireta” em outros sentidos, os quais não conseguimos compreender de forma completa. A Corte Europeia de Direitos Humanos e alguns autores, como Sandra Oliveira e Silva, parecem denominar direta a coação destinada a obter a colaboração, tenha ela o objetivo de substituir a vontade do imputado ou não; e qualificar como indireta uma coação que não é ligada de forma tão imediata à recusa, seja temporal ou logicamente. Nesse sentido, Sandra Oliveira e Silva define a coação indireta como “consequências desvantajosas que, sem estarem necessariamente previstas com esse desiderato, se associam de forma mediata à falta de colaboração do arguido na investigação dos fatos”. (SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 389). Não vemos o momento da aplicação da sanção como relevante. Se o direito prevê a possibilidade de serem retiradas inferências negativas da recusa, o imputado já sabe que isso pode ocorrer, no momento em que toma sua decisão. Logo, a sanção, ainda que aplicada em momento posterior, faz parte da equação desde o início.

obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões", na hipótese em que "tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência" (artigo 1, 1).

O Pacto de San José da Costa Rica afirma que a "confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza" (artigo 8, 3).

No Brasil, a Constituição veda a tortura (art. 5º, III) e manda que ela seja criminalizada (art. 5º, XLIII). O uso de violência ou grave ameaça para obtenção de "informação, declaração ou confissão" é penalmente tipificado como tortura (art. 1º, I, "a", da Lei 9.455/1997).

Portanto, a vedação ao uso da coação direta no campo das provas declarativas não deixa espaço para dúvidas.

No campo das provas não declarativas, a solução não é tão evidente. João Claudio Couceiro sustenta que a coação direta é proscrita – "em qualquer circunstância, não se poderá obrigar a pessoa a participar na produção de prova que poderá incriminá-la" –, admitindo-se apenas a coação indireta.[336]

No entanto, a possibilidade de usar a força para obter o cumprimento de decisões de autoridade é quase um pressuposto da existência da autoridade. O uso da força para obter provas é, em princípio, admissível, desde que observada a proporcionalidade e adotadas as devidas salvaguardas. Por exemplo, ao executar busca e apreensão, a autoridade pode usar a força necessária, contra a vontade de pessoa, invadindo sua casa – busca e apreensão domiciliar – ou mesmo manuseando seu corpo – busca pessoal. Se a medida é por demais invasiva, o sistema busca o equilíbrio mediante salvaguardas que limitem ou compensem o uso da força. Por exemplo, a busca e apreensão domiciliar só pode ser realizada de dia, como forma de preservar o repouso noturno, e sob o procedimento adequado. Se, mesmo com salvaguardas, a medida é desproporcional, descartar a execução forçada equivale a descartar a medida.

Vários países adotam a possibilidade de uso da força para a identificação do imputado e obtenção de amostras. As teorias que suportam esse tipo de intervenção afirmam a

[336] COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004. p. 147.

inaplicabilidade do *nemo tenetur*, seja porque as provas independem da vontade do imputado, seja porque não é necessária uma conduta colaborativa do imputado, mas sua mera tolerância.[337]

Ainda que não integralmente proscrito, o uso da coação direta deve ser visto como excepcional. A coação direta do imputado é medida que, nos mais das vezes, se afigura desproporcional, podendo ser substituída por medida menos gravosa de coação indireta – considerar a recusa como um indício desfavorável, por exemplo.

O importante é marcar que a coação, mesmo a direta, não está completamente descartada no campo das provas não declarativas.

a) Voluntariedade da colaboração

O direito a produzir provas contra si mesmo preconiza que a opção entre colaborar ou não cabe ao imputado. A colaboração é voluntária quando o próprio imputado opta por colaborar.

A voluntariedade não exclui algum grau de coação ao imputado. Pelo contrário, a própria condição de imputado é uma forma de coação, a qual pode ser decisiva para a opção por colaborar. A voluntariedade não se confunde com a espontaneidade da colaboração.

Nem sempre a colaboração precisa ser voluntária. Nos casos dos métodos ocultos ou enganosos de investigação, por exemplo, a ignorância ou o engano são essenciais para obter a postura do imputado que será documentada e servirá como prova.

Fora dessa possibilidade, a voluntariedade deve ser vista como um requisito para a admissibilidade da colaboração, quando o direito não prevê a coação direta a colaborar. A escolha entre colaborar ou sofrer as sanções indiretas deve ser feita pelo imputado.

Para que a colaboração seja vista como voluntária, é necessário que se ofereça ao imputado condições para compreender os riscos e eventuais benefícios que sua postura representa. Portanto, o relevante é que exista uma decisão informada de colaborar.

---

[337] Ver supra, Parte II, 1.1.

A informação recai sobre a inexistência de um dever de colaborar e sobre a possibilidade de a colaboração produzir elementos desfavoráveis à defesa.

Normalmente, é da defesa o ônus de obter as informações necessárias à decisão. O Estado, como regra, não tem o dever de, ativamente, informar ou esclarecer a defesa.

Nesse passo, o direito à assistência do advogado cumpre um papel fundamental. O advogado é o profissional habilitado a esclarecer o imputado dos riscos e vantagens da sua decisão.

O advogado tem deveres frente ao seu cliente, devendo esclarecê-lo ativamente da decisão e de suas possíveis consequências. Nesse sentido, o direito dos Estados Unidos afirma que a decisão entre prestar ou não depoimento é pessoal do réu, prevalecendo mesmo em casos em que o defensor aconselha contrariamente.

A falha do advogado em seu dever de informar seu patrocinado não parece ter efeitos dentro do processo. Não se exige que o Estado cheque, de ofício ou por provocação da acusação, se a decisão de colaborar é informada. Eventual falha pode gerar ao advogado responsabilidades perante o cliente, por falha na prestação do serviço contratado, e perante o órgão de fiscalização profissional, mas não permite a ineficácia da prova.

Nos casos em que não há assistência de advogado, o Estado deve assumir o ônus de informar ativamente o imputado. Nem sempre os ordenamentos jurídicos exigem a assistência jurídica como requisito para a validade da colaboração, em especial na fase de investigação. A colaboração sem assistência coloca em xeque a voluntariedade da decisão. Na falta de uma defesa técnica, o Estado deve assumir o ônus de informar ativamente o imputado quanto à inexistência de um dever de colaborar e quanto à possibilidade de a colaboração produzir consequências desfavoráveis.

Um caso especial é o direito ao silêncio. Vários ordenamentos jurídicos estabelecem um dever de a autoridade advertir o imputado do direito ao silêncio, em momentos como a prisão e o início de interrogatórios.

O direito à advertência ganhou certa autonomia em relação ao direito ao silêncio. Seu objetivo é esclarecer o imputado de que não há obrigação de falar ou de responder ao interrogatório.

Nos Estados Unidos, a Constituição enuncia o direito ao silêncio, mas não o direito à advertência. O entendimento da Suprema Corte, a partir do caso *Miranda v. Arizona*,[338] é de que o preso, por sua especial situação de fragilidade, deve ser expressamente advertido quanto ao direito ao silêncio. De um modo geral, não se exige que interrogados que não estejam presos sejam advertidos. No Brasil, o art. 5º, LXIII, da Constituição da República afirma que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado". A legislação estende essa prerrogativa não apenas ao preso, mas também a qualquer interrogatório policial ou em ação penal (art. 186, Parágrafo único, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 10.792/2003).

O dever de esclarecer o preso quanto ao direito ao silêncio pode avançar em direção a interações com terceiros, em especial veículos de imprensa. Vários ordenamentos jurídicos limitam a possibilidade de o preso conceder entrevistas. De forma muito semelhante com o que ocorre com o interrogatório policial, falar à imprensa pode ser tanto benéfico quanto prejudicial à imagem do imputado e a sua posição no processo. A situação é muito bem captada por Marta Saad:[339]

> É preciso salvaguardar a privacidade e a presunção de inocência dos suspeitos, postos em causa pelos meios de comunicação com força ou violência até pouco tempo desconhecida. A filmagem das detenções, as entrevistas-interrogatórios, a investigação que se pode dizer até mesmo paralela à estatal,74 necessitam de limites, postos pelos direitos e garantias constitucionais. No caso do acusado preso em flagrante, este é assediado pela imprensa, muitas vezes com a ajuda dos próprios policiais, para conceder entrevistas, antes mesmo até da lavratura do auto de prisão em flagrante delito. Estas reportagens, por si próprias, muitas vezes ferem os direitos à privacidade, intimidade e imagem. Depois, acabam por servir de meio de obtenção de prova em juízo, pela juntada do áudio, que é depois degravado e exibido, ou lida a matéria jornalística no plenário do júri, ou ainda com o testemunho do repórter que realizou a entrevista. Diante de tais práticas abusivas,76 reforça-se a idéia de que o acusado preso em flagrante delito deva ser informado pelos policiais do seu direito ao silêncio desde o momento da sua captura. Este dever de informação expressa visa evitar a autoincriminação involuntária em razão do desconhecimento da lei e que pode, sem dúvida, ser feita pelo preso no momento em que é entrevistado pela imprensa, a qual, por diversas vezes, faz perguntas capciosas para tirar do sujeito a admissão de culpa, que é então gravada.

---

[338] 384 U.S. 436 (1966).

[339] SAAD, Marta. Direito ao silêncio na prisão em flagrante. In PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 423-453.

O Estado deve assumir o comprometido com a preservação dos direitos da personalidade da pessoa sob sua custódia. Dessa forma, se a entrevista é admissível, compete ao Estado tomar providências para assegurar que o preso está informado de que não é obrigado a falar e do risco de autoincriminação. Com isso, busca-se assegurar a qualidade do consentimento na interação com o terceiro.

A despeito de a advertência quanto ao direito ao silêncio ser empregada em vários países, não é comum a previsão de semelhante alerta para outras hipóteses.

Portanto, a opção por colaborar deve ser voluntária, adotada de maneira informada.

b) Meios ocultos ou enganosos de investigação

Por tradição, o privilégio protege contra a coação do imputado a declarar. Mais recentemente, ganhou força o debate sobre o engajamento do *nemo tenetur* em face da utilização de meios enganosos ou ocultos de interrogatório e de investigação.

A jurisprudência tem invocado a proteção contra a autoincriminação como base para impedir o interrogatório disfarçado, conduzido sem que o investigado tenha conhecimento de que está interagindo com agentes do Estado – ou pessoas sob sua orientação – e que a comunicação está sendo registrada para fins probatórios.

No direito comparado, percebe-se a tendência da jurisprudência a avaliar a validade das declarações em teste em dois passos. Não se trata de uso da técnica da ponderação, no sentido de técnica de solução de conflitos de interesses ou de princípios, com verificação de adequação, necessidade e proporcionalidade. Esse teste conduz a respostas absolutas, no sentido positivo ou negativo.

Inicialmente formulado pela Suprema Corte do Canadá,[340] o teste persuadiu a Corte Europeia de Direitos Humanos[341] e foi internalizado na jurisprudência dos países-membros.[342]

[340] R. *v.* Broyles, [1991] 3 S.C.R. 595.
[341] Allan *v.* Reino Unido. Decisão de 5.11.2002. §§ 50-51.
[342] BGH 3 StR 104/07, decisão de 26.7.2007.

De acordo com a Suprema Corte do Canadá, o "direito ao silêncio só será infringido se o informante agia como um agente do Estado no momento em que o acusado fez a declaração e se foi o informante que levou o acusado a fazer a declaração":

> Se o informante que alegadamente agiu para subverter o direito ao silêncio do acusado não é obviamente um agente do Estado, a análise deve focar tanto na relação entre o informante e o Estado quanto na relação entre o informante e o acusado. O direito ao silêncio só será infringido se o informante agia como um agente do Estado no momento em que o acusado fez a declaração e se foi o informante que levou o acusado a fazer a declaração. Consequentemente, duas perguntas são requeridas. Primeira, como uma pergunta preliminar, a prova foi obtida por um agente do Estado? Segunda, a prova foi extraída (*elicit*)? O direito ao silêncio [...] será violado somente se ambas as questões são respondidas afirmativamente. [343]

A Corte Europeia de Direitos Humanos seguiu, com expressa menção, o entendimento da Corte canadense no Caso *Allan v. Reino Unido*, de 2002.

O Tribunal Federal Alemão – *Bundesgerichtshof* (BGH) – seguiu a compreensão da Corte Europeia no chamado *Caso Maiorca* (*Mallorca-Fall*).[344] Antes dele, o BGH tinha se debruçado sobre a relação entre o direito ao silêncio e a captação ambiental numa sequência de precedentes conhecidos por *Hörfalle*. Após decisões divergentes do 2º[345] e 5º[346] Senados, o Grande Senado concluíra não haver violação ao *nemo tenetur* em face da utilização de homem de confiança para interrogar o investigado sobre a suspeita.[347]

Há dois grandes vetores na avaliação do interrogatório disfarçado: a participação de agente de investigação – funcionário do Estado envolvido na investigação (agente estatal) ou terceiro sob sua influência (homem de confiança) – e a extração da informação (*elicitation*).

Analisamos em separado cada um desses vetores.

---

[343] R. v. Broyles, [1991] 3 S.C.R. 595.
[344] BGH 3 StR 104/07, decisão de 26.7.2007.
[345] BGHSt 39, 335, decisão de 8.10.1993.
[346] BGH, 5 StR 680/94, decisão de 20.12.1995.
[347] BGHSt 42, 139, decisão de 13.5.1996.

b.1) Agente estatal ou homem de confiança

A participação de agente estatal ou homem de confiança na comunicação é o primeiro critério-teste para o engajamento do direito ao silêncio.

Se um terceiro, agindo por conta própria, interroga o imputado, ter-se-á uma conversa entre privados, não obrigados a respeitar reciprocamente a prerrogativa de não se autoincriminar. Não haverá engajamento do direito ao silêncio. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência no sentido da ampla admissibilidade do uso, como prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores.[348]

O envolvimento do direito ao silêncio surge quando toma parte da comunicação agente estatal ou homem de confiança. Por agente estatal, deve-se entender um funcionário público que está participando da investigação, não apenas os policiais. Assim, servidores da receita, fiscais, membros do Ministério Público, entre outros, devem ser considerados agentes estatais. Por óbvio, não é o caso do funcionário público que está sendo investigado, ou que não toma parte na comunicação por conta de sua condição de funcionário público, mas por interesse próprio.

Normalmente, os agentes do Estado envolvidos na investigação não podem dirigir perguntas potencialmente incriminatórias ao suspeito, sem antes adverti-lo de que suas declarações podem ser usadas como prova e de que existe a faculdade de não responder. Do contrário, o investigado é posto em situação em que está produzindo prova contra si, em interação com o agente público, sem ser advertido do direito ao silêncio. Mesmo que não exista

[348] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 583.937 QO-RG**. Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 19.11.2009. A ementa afirma, sem ressalvas, a validade das gravações ambientais realizadas por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. Há uma certa dúvida sobre a *ratio decidendi* desse julgado e sobre a correção da tese assentada pelo relator. O caso tratava da gravação feita por um dos interlocutores, usada como meio de defesa contra acusação de crime contra a honra, o que poderia configurar o "estado de necessidade probatório". Não fica claro, da fundamentação ou do debate, se a validade da gravação era para qualquer caso, ou se requeria a presença de excludente de ilicitude. O próprio STF reconheceu a repercussão geral de caso que pode levá-lo a revisitar o tema – RE 1.040.515 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 30.11.2017. No processo eleitoral e penal eleitoral, a jurisprudência consolidada era no sentido da invalidade do uso das gravações ambientais, tendo em vista as peculiaridades da disputa – com algumas concessões às gravações em ambientes públicos. O recurso foi interposto pelo Ministério Público contra decisão do TSE que afirmara a invalidade da prova de interesse da acusação. Muito embora a jurisprudência da jurisdição eleitoral esteja calcada nas peculiaridades da disputa pelos votos, é possível que o STF aproveite o ensejo para aprofundar o tema da validade probatória da captação ambiental produzida sem a presença de excludentes de ilicitude.

um dever de advertir formalmente quanto ao direito ao silêncio, o interrogatório disfarçado é uma perigosa subversão ao rito. Trata-se de forma de obter confissão, mediante engano.[349]

No Brasil, o direito a permanecer calado e o direito a ser advertido desta prerrogativa são claramente reconhecidos no interrogatório, tanto na investigação quanto em juízo (art. 6º, V, combinado com art. 186 do CPP). Por tudo, em uma situação semelhante, a prova produzida deve ser reputada, *a priori,* inválida.

Nesse sentido, a Suprema Corte do Canadá, interpretando o direito a não depor contra si mesmo (art. 11, *c*, da Canadian Charter of Rights and Freedoms), concluiu que a confissão obtida por policial disfarçado, introduzido na cela do investigado que optara por ficar em silêncio, era ilícita.[350]

A questão é um pouco mais complexa quando não há agente estatal envolvido na investigação participando da conversa.

Como já afirmado, a atuação autônoma do particular não atrai o engajamento do direito ao silêncio. No entanto, terceiros que atuam sob influência dos investigadores podem ser considerados, para essa finalidade, agentes da investigação. Denominam-se "homens de confiança" os particulares que agem sob a influência de agentes da investigação, em tradução das expressões alemãs "*Vertrauen-Männer*", ou "*Vertrauen-Leute*", ou, por abreviação, "*V-Männer*" ou "*V-Leute*".[351]

Como regra, terceiros podem questionar o suspeito de um crime sobre o fato, sem realizar qualquer advertência. Dessa forma, um comparsa ou um amigo do perpetrador, um familiar da vítima ou a imprensa poderiam realizar questionamentos que levem a uma confissão, em princípio, válida.

No entanto, se o particular age como homem de confiança, a proteção contra a autoincriminação pode estar sendo indevidamente contornada. De acordo com a jurisprudência

[349]A interpretação é bem diversa nos Estados Unidos, tendo em vista as restritas hipóteses nas quais os agentes do Estado precisam dar a conhecer sua condição aos suspeitos. Lá, o direito a ser advertido quanto ao direito ao silêncio é limitado ao interrogatório de imputados em custódia. Dado esse contexto, admite-se, *a priori*, que os agentes estatais ocultem sua condição para extrair confissões de investigados, especialmente se esses não optaram pelo direito ao silêncio – Illinois *v.* Perkins, 496 U.S. at 296-97.
[350] R. *v.* Hebert, [1990] 2 S.C.R. 151.
[351] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 562.

mencionada, o questionamento por agente de confiança também é causa do engajamento do direito ao silêncio.

O teste para avaliação da qualidade de homem de confiança é bastante inclusivo. Nas palavras da Suprema Corte do Canadá, o "teste para determinação se o informante é agente do estado para os propósitos do direito ao silêncio é simples: teria a conversa entre investigado e informando ocorrido, na forma e maneira em que ocorrida, não fora pela intervenção do estado ou de seus agentes?".[352]

Portanto, se o particular é instigado ou induzido a comunicar-se com o investigado, com intuito de produzir prova, estará na qualidade de homem de confiança.

A instigação ou o induzimento devem ser concretos, decorrentes de contato do homem de confiança com agentes da investigação. O particular que age perseguindo interesse próprio não será considerado homem de confiança.

Assim, se um dos comparsas na empreitada criminosa resolve, por iniciativa própria, gravar conversa com os demais, no interesse de obter os benefícios da delação premiada (art. 4º da Lei 12.850/2013), não haverá engajamento do *nemo tenetur*. Se, entretanto, sua ação for direcionada pelos agentes da investigação, que o incentivarem a comunicar-se com o delatado, o engajamento da garantia surge.

Esse tema ganha especial relevância nas gravações realizadas por membros de organizações criminosas convencidos pelos investigadores a colaborar com investigações.

No Brasil, a lei contra o crime organizado prevê a infiltração de agentes de polícia como meio de obtenção de prova – art. 3º, VII, da Lei 12.850/2013. Não há previsão legal da atuação de homens de confiança. No entanto, a legislação beneficia o membro da investigação criminosa que colabora com as apurações, delatando os comparsas – art. 4º da Lei 12.850/2013. Trata-se de incentivo para que membros arrependidos da organização criminosa providenciem a produção de prova contra os demais.

[352] R. *v.* Broyles, [1991] 3 S.C.R. 595.

Surge a questão de se o agente ou homem de confiança poderia ser convencido a atuar como "agente duplo", infiltrado na organização criminosa para produzir provas dos delitos, inclusive mediante captação ambiental.

A legislação não fornece resposta clara para essa indagação. De um lado, não se prevê o uso de membro da organização como "agente duplo". De outro, existe a previsão da captação ambiental como meio de obtenção de prova (art. 3º, II, da Lei 12.850/2013), e a jurisprudência admite, de forma geral, a gravação de conversa por um dos interlocutores e a subsequente utilização do registro como fonte de prova em processo.[353]

Diante desse quadro, os limites jurídicos do interrogatório executado por colaborador infiltrado residem na proteção contra a autoincriminação. Portanto, o primeiro teste quanto ao engajamento do direito ao silêncio na gravação ambiental será respondido positivamente se participar da comunicação funcionário público envolvido na investigação ou particular induzido ou instigado pelos funcionários públicos envolvidos na investigação.

b.2) Extração da informação (*elicitation*)

O segundo teste refere-se à extração da informação (*elicitation*). Se o investigado tomar a iniciativa de comunicar sua própria culpa, não haverá engajamento do *nemo tenetur*. A comunicação incriminatória deve ocorrer em resposta a uma indagação por parte do agente estatal ou homem de confiança. Assim, a declaração deve ser provocada, a informação deve ser extraída.

Sobre o ponto, o Supremo Tribunal do Canadá afirmou que "a informação deve ser ativamente extraída pelo agente estatal", visto que "não haverá violação ao direito ao silêncio se o suspeito espontaneamente decide fornecer a informação". Asseverou ainda que, na avaliação, dois conjuntos de fatores devem ser considerados.

O primeiro conjunto de fatores diz respeito à "natureza do diálogo". Observando "a conversa como um todo, o informante conduziu sua parte da conversa como o acusado iria esperar, ou foi a conversa o equivalente formal a um interrogatório?".

---

[353] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 583.937 QO-RG**. Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 19.11.2009.

Aqui, o relevante é a iniciativa das declarações incriminatórias. Se o agente estatal ou homem de confiança não dirige a conversa para o fato investigado, sendo do suspeito a iniciativa de falar sobre sua culpa, não haverá engajamento do direito à não autoincriminação. A informação terá sido espontaneamente oferecida.

O segundo conjunto de fatores diz respeito à "natureza da relação entre o agente do Estado e o acusado". Indaga-se se o "agente estatal explora alguma característica especial da relação para extrair a declaração".

Nesse ponto, importam quaisquer condições que coloquem o investigado em especial sujeição às perguntas do interlocutor. As relações de parentesco e de afeto, ou a posição de liderança ou de autoridade devem ser especialmente consideradas. As razões epistêmicas do direito à não autoincriminação são relevantes neste ponto: a relação de sujeição torna especialmente propícia a extração de confissões falsas.

No mencionado caso *Broyles*, a Corte canadense aplicou esse conjunto de princípios e julgou inválida gravação na qual amigo do investigado o visitou na prisão e, sob orientação dos investigadores, fez perguntas sobre os fatos. Essa mesma interpretação pode ser aplicada ao direito brasileiro.

Por tudo, a prova produzida será, em regra, ilícita, se realizada por um agente do Estado envolvido na investigação. Caso seja realizada por um terceiro, será, em princípio, válida. Poderá, no entanto, ser inválida se o terceiro atua como homem de confiança dos agentes da investigação e se, cumulativamente, a confissão foi extraída do investigado em resposta a perguntas do homem de confiança. Na avaliação da extração da informação, deve ser considerado se o agente fez indagações que levaram às respostas e se havia relação que coloca o investigado em especial posição de sujeição no tocante ao investigador.

Em qualquer caso, no entanto, podem concorrer circunstâncias excepcionais, aptas a afastar a invalidade da prova. Essas circunstâncias serão avaliadas no próximo capítulo.

b.3) Exceções à invalidade da prova

Afirmamos que, em consideração ao direito ao silêncio, serão, em regra, inválidas as provas obtidas mediante interrogatório oculto com a participação de agente estatal envolvido nas investigações ou de homem de confiança. No caso do direito brasileiro, a consequência é a aplicação das normas que determinam a inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVI, da CRFB, combinado com o art. 157 do CPP). No entanto, há casos em que, a despeito da violação ao direito ao silêncio, não haverá ilicitude da prova.

Esses dois casos são a excludente da ilicitude e a investigação preventiva. Em ambas as hipóteses, há o engajamento do direito ao silêncio. A despeito disso, outros fundamentos podem afastar a ilicitude da prova.

No Brasil, é já tradicional a jurisprudência que afirma a validade de gravações realizadas nas hipóteses do art. 23 do Código Penal – excludentes da ilicitude.[354]

De um modo geral, a doutrina estrangeira aponta a possibilidade de utilização de meios, em princípio, ilícitos de obtenção de prova, diante da configuração de "estado de necessidade probatório".[355]

Assim, se a prova é produzida em legítima defesa ou estado de necessidade, não haverá ilicitude da prova, ainda que um dos interlocutores seja agente público envolvido nas investigações ou homem de confiança.

A segunda hipótese – e mais complexa – é a investigação preventiva.

A prerrogativa de não se autoincriminar é engajada como proteção ao sujeito a "não ser juridicamente exigido ou compelido a prover informação que razoavelmente levaria a, ou aumentaria o risco de, persecução do sujeito por um delito".[356]

A informação deve ser quanto a delito com execução iniciada. Não há possibilidade de incriminação quanto a delito que ainda não aconteceu. Por mais que o sujeito tenha a intenção

---

[354] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 74.678**. (Primeira Turma). Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 10.6.1997; **RE 212.081**. (Primeira Turma). Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 5.12.1997.
[355] ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 239.
[356] CHOO, Andrew L-T. **The privilege against self-incrimination and criminal justice**. London: Bloomsbury Publishing. (Criminal Law Library). Edição do Kindle.

de praticar um delito, enquanto estiver em fase de preparação, não poderá ser punido – e, portanto, não pode invocar o direito ao silêncio.

Uma pessoa que passa de campana, registrando a movimentação em banco, e vem a ser questionada pela polícia não está obrigada a responder perguntas, na medida em que não há ilícito a ser investigado. Mas tampouco precisa ser advertida do direito ao silêncio, pois, mesmo que confesse que está planejando um assalto, não poderá ser punida.

Não há direito ao silêncio quanto a delitos cuja execução não foi iniciada. Em princípio, é viável a utilização da gravação ambiental em investigações **preventivas**, em contraposição às repressivas, as quais são empreendidas "com vista à recolha de informações/provas atinentes a crimes *já consumados* e a suspeitos já identificados".[357]

Esse tema ganha especial relevância nas gravações realizadas por policiais e homens de confiança infiltrados em organizações criminosas.

No Brasil, a lei contra o crime organizado prevê a infiltração de agentes de polícia como meio de prova – art. 3º, VII, da Lei 12.850/2013. A produção de provas pelo agente infiltrado não é claramente regulamentada. A legislação fala em elaboração de relatórios, mas não resta claro se pelo próprio agente infiltrado ou pelo delegado – art. 10, §§ 4º e 5º, da Lei 12.850/2013.

Imagine-se que o agente infiltrado grava uma conversa com membro da associação criminosa, na qual se gabam de um delito que acabaram de praticar e planejam os detalhes de sua reiteração. O direito ao silêncio não impede o uso da gravação para a prova de delitos que, no momento da gravação, ainda não tiveram a execução iniciada. Logo, o direito ao silêncio não impede o uso da gravação como prova do delito que está sendo planejado – caso a execução venha a ser iniciada.

No entanto, o interrogatório disfarçado impede o uso da gravação como prova do delito já perpetrado. A validade constitucional de semelhante medida investigatória pressuporia encarar o direito ao silêncio como um direito apto a ser, ao menos nessa hipótese, ponderado com os interesses da segurança pública.[358]

---

[357] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 578-579.

[358] Não negamos que haveria bons fundamentos para ponderar o direito ao silêncio em casos semelhantes. A infiltração de agente policial pressupõe a apuração de delitos graves – no caso brasileiro, de delitos praticados por

A mesma lógica vale para homens de confiança. Do ponto de vista do direito lusitano, Sandra Oliveira e Silva defende a validade da utilização de homens de confiança em investigações preventivas, muito embora a condene em investigações repressivas.[359] Manuel da Costa Andrade, por sua vez, vai além, para admitir a utilização de agentes de confiança para obtenção de provas para "finalidades exclusiva ou prevalentemente preventivas". Um detalhe interessante é que o autor adota uma interpretação bem ampla de investigação preventiva: sustenta a validade do uso de prova não apenas para comprovar delitos ainda não consumados, mas também para reprimir e desmantelar grupos criminosos, como meio de combate "do terrorismo, da criminalidade violenta ou altamente organizada".[360]

Por tudo, temos que, em princípio, é viável a utilização da gravação ambiental por agentes estatais ou homens de confiança em investigações preventivas.

Um problema correlato à captação ambiental em investigações preventivas é a doutrina do flagrante preparado. Sob esse aspecto, há alguma confusão entre a invalidade da prova, em virtude da violação ao direito à não autoincriminação, e a impossibilidade de perpetração do delito, em razão da preparação da cena pela polícia.

A Súmula 145 do STF tem a seguinte redação: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". De acordo com o entendimento sumulado, se impossível causar o dano, não haverá delito. O problema aqui não está na invalidade da prova, mas na impossibilidade da incidência da norma incriminadora.

Ainda que haja preparação ou induzimento por agentes da investigação, se o bem jurídico pode ser atingido, haverá delito. Nesse sentido, em caso envolvendo homem de confiança, o Min. Gilmar Mendes afirmou que, "se a preparação não impedir a consumação do

---

organizações criminosas. A radical intervenção na privacidade do investigado busca privilegiar a segurança pública. O direito ao silêncio não funciona da mesma forma nas fases de investigação e de julgamento. Na fase de investigação, busca-se obter provas do comportamento do investigado. Sob o aspecto epistêmico, a gravação desavisada do investigado costuma ser uma prova de mais qualidade do que outras formas de reprodução do seu comportamento – o relato de testemunhas, por exemplo. Na fase de julgamento, o acusado sempre terá a escolha informada entre falar ou não. A resposta, contudo, não nos satisfaz. O direito ao silêncio pressupõe o direito a não ter o interrogatório informal usado em desfavor do imputado – em relação aos delitos com execução já iniciada no momento da conversa.

[359] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 578-579.

[360] ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 232.

delito, o agente público que determina, instiga ou auxilia o agente será penalmente responsável, a título de participação ou, em casos extremos, de autoria mediata (art. 29 do CP)".[361]

Portanto, o induzimento à prática do delito por agentes do Estado ou homens de confiança pode levar à impossibilidade de consumação do delito, se não for viável atingir o bem jurídico protegido. Caso contrário, se a consumação do delito for viável, a gravação dos atos de induzimento e de consumação terá, em princípio, valor probatório, sem ofensa ao direito ao silêncio. Poderá, entretanto, dar causa à responsabilidade penal dos agentes de investigação ou homens de confiança.

De tudo concluímos que, ainda que engajado o direito ao silêncio, não haverá ilicitude da prova, se produzida sob o manto de excludente de ilicitude, ou se realizada no interesse de investigação preventiva.

1.2.1.2 Limitação

Na persecução penal, o direito a não produzir provas contra si mesmo é engajado diante da coação direta à produção de prova que possa ser usada em desfavor do imputado. Surge, então, a questão de se e como esse direito pode ser limitado. O direito à não autoincriminação opera de forma consideravelmente diferente se envolvido o direito ao silêncio, ou outra prova qualquer. O direito ao silêncio é intransponível, e o direito geral à não autoincriminação representa uma proteção que pode ser afastada.

O direito a não produzir provas contra si mesmo no curso da ação penal pode ser desdobrado em duas diferentes normas jurídicas: uma regra, que representa uma proteção absoluta contra a coação direta quando envolvidas provas comunicativas, e um princípio, que representa uma proteção inicial contra a coação direta quando envolvidas provas não comunicativas.

O direito ao silêncio no curso da persecução penal é uma hipótese particular do direito à não autoincriminação, e se apresenta como uma regra. As declarações de direitos decidem desde logo pela impossibilidade de forçar o imputado a declarar, estabelecendo uma norma com

[361] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq 4.483**. (Pleno). Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 21.9.2017.

a pretensão de decidir os casos concretos, eliminando a possibilidade de afastar o direito mediante processo de ponderação.

Como leciona Humberto Ávila, a diferenciação entre regra e princípio é de grau: as regras são mais descritivas, retrospectivas, têm maior pretensão de decidibilidade e abrangência, e aplicam-se prioritariamente por subsunção. Já os princípios são mais finalísticos, prospectivos, têm maior pretensão de complementariedade e parcialidade, e aplicam-se prioritariamente por ponderação.[362] A norma que consagra o direito ao silêncio tem forte pretensão de decidibilidade, pelo que fica bem classificada como uma regra.

Nas demais hipóteses, o direito a não colaborar com a produção de provas em um processo em curso tem um caráter principiológico. Conquanto represente uma proteção inicial (*prima facie*) do imputado, ele pode ser afastado, com base em um juízo de proporcionalidade, o qual pode ser estabelecido em abstrato, pelo legislador, ou ser relegado ao aplicador.

Seguindo a mesma classificação, o direito geral a não produzir provas no curso da persecução penal pode ser apontado como um princípio, na medida em que preserva as finalidades de assegurar a liberdade moral do imputado e de impor o ônus probatório à acusação, estabelecendo balizas para uma decisão que respeita o dissenso do imputado, mas que pode ceder no caso concreto, mediante um juízo de ponderação.

A proporcionalidade é um requisito geral de validade das leis, de acordo com o que se aceita, de modo geral, nos sistemas de proteção a direitos humanos e no direito constitucional.

De um modo geral, admitem-se limitações proporcionais aos direitos fundamentais. No direito alemão, a partir de jurisprudência do Tribunal Constitucional,[363] desenvolveu-se a doutrina do princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*).[364] Na mesma linha, a Corte Europeia de Direitos Humanos costuma exigir que a lei que restringe direitos individuais seja "compatível com o Estado de Direito". [365] Essa exigência corresponde ao que se entende, no direito constitucional, por proporcionalidade da lei.

---

[362] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 70.
[363] BverfGE, 88, 203, 1993.
[364] MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 518.
[365] Rotaru v. Romania [GC], no. 28341/95, § 52, ECHR 2000-V; Liberty and Others v. the United Kingdom, no. 58243/00, § 59, 1 July 2008; and Kennedy v. the United Kingdom, no. 26839/05, § 151., ECHR 2010; Heino v. Finlândia, caso n. 56720/09, decisão de 15.2.2011; Smirnov v. Rússia, caso 71362/01, decisão de 7.6.2007.

No Brasil, não é diferente. A Constituição enuncia a inviolabilidade de vários direitos (art. 5º), os quais são limitados por leis, em atenção a diversos interesses. A inviolabilidade da privacidade e da intimidade (art. 5º, X) está em permanente conflito com os interesses da investigação criminal e, não raro, cede.

Não é incontroverso o emprego da proporcionalidade como limite ao direito à não autoincriminação.

Alguns autores defendem que o direito à não autoincriminação é um direito fundamental como outro qualquer, encontrando na proporcionalidade seu limite.[366]

Sandra Oliveira e Silva define o *nemo tenetur* "como garantia constitucional merecedora de proteção absoluta, que não comporta relativização mesmo perante os mais relevantes e eminentes valores comunitários".[367] A autora vê como contraditória ou, mais precisamente, "metodologicamente inconsequente", a aplicação da ponderação aos casos envolvendo o *nemo tenetur*, já que os motivos que animam a proteção seriam os mesmos que levariam a sua superação. Transcrevo:

> A aplicação da chamada "lei da ponderação" à resolução dos conflitos entre o *nemo tenetur* e o interesse da perseguição criminal é, além disso, metodologicamente inconsequente, conduzindo a uma verdadeira aporia: dado que os critérios legitimadores da restrição do *nemo tenetur* no interesse da eficácia da perseguição criminal (a saber: a gravidade do crime investigado, a indispensabilidade da prova, a fidedignidade da informação que se espera obter...) são precisamente os que tornam mais intensa a necessidade de tutela do arguido contra a autoincriminação (é mais grave a pena esperada, maior o efeito incriminatório da diligência a realizar, etc.), nunca pode afirmar-se que a um grau mais elevado de afetação do direito sacrificado (a prerrogativa contra a autoincriminação), corresponde uma maior medida de realização dos interesses contrários (os da investigação criminal). Noutros termos: se o interesse do Estado em obter provas autoincriminatórias cresce numa relação de proporcionalidade direta à pretensão individual do arguido em negar-lhas, nunca será possível atingir o ponto ótimo de equilíbrio – a chamada "otimidade de pareto" (1593) – que se espera da ponderação como critério de delimitação do âmbito concreto de operatividade de direitos fundamentais.

A lição não merece ressalva quanto ao direito ao silêncio. No curso da persecução penal, o direito ao silêncio não cede. A reduzida confiabilidade das declarações do imputado e, em

---

[366] MARQUES, Daniela de Freitas. O acusado como conteúdo do processo penal. **Revista da Faculdade de Direito da** Universidade Federal Minas Gerais, n. 47, p. 143-161, 2005; ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **A interceptação de comunicação entre presentes**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 132.
[367] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 688.

especial, a relevância de o Estado não contribuir para condenações injustas justificam a proteção absoluta do silêncio. O mesmo raciocínio não se aplica às provas em geral. Pelo contrário.

No caso do *nemo tenetur* em geral, os elementos que estão de um lado da equação não anulam necessariamente os demais. É certo que a gravidade da sanção correspondente ao crime é justamente o que justifica algumas prerrogativas da defesa, como a presunção de inocência e o *nemo tenetur.* Mas isso não é um impeditivo absoluto para um juízo de ponderação.

A gravidade da imputação recomenda a adoção de medidas investigatórias confiáveis, ainda que diante da opção do imputado em não colaborar voluntariamente. As razões epistêmicas para respeitar a opção por não declarar não se aplicam ao direito geral a não produzir provas contra si mesmo. Ademais, a crueldade em submeter-se a condenação pela própria boca tampouco se aplica, na medida em que essa lógica não se transporta à prova não declaratória. Logo, a ponderação envolvendo o direito à não autoincriminação em geral é viável.[368]

É perfeitamente possível usar a confiabilidade e a indispensabilidade da prova, o grau de intromissão que sua produção representará para o imputado e a gravidade do delito, em um juízo de ponderação que pode fazer ceder a escolha moral do imputado em não colaborar com a acusação.

Em um juízo de ponderação, é possível que o direito a não produzir provas contra si mesmo venha a ceder. No entanto, isso não anula a garantia ou sua importância. Para que ela ceda, é necessário que exista um juízo que conclua pela preponderância, em dada hipótese, dos interesses da investigação.

Portanto, a ponderação pode ser empregada como meio para resolver conflitos envolvendo o direito à não autoincriminação, salvo aqueles envolvendo o direito ao silêncio.

---

[368] Em verdade, nossa divergência com a posição de Sandra Oliveira e Silva é de fundamento, não necessariamente de conclusão. A autora adota o entendimento de que apenas o conteúdo da mente do imputado é protegido pelo *nemo tenetur*. Ou seja, de acordo com sua concepção, o direito à não autoincriminação e o direito ao silêncio são sobrepostos, tendo os mesmos contornos. Logo, todas as provas que não perscrutam o conteúdo da mente do imputado acabam apreciadas em juízos de proporcionalidade. Com isso, ainda que por outros fundamentos, chegamos a resultado bastante semelhante ao da autora.

Estabelecido que, *a priori*, o imputado tem o direito a não produzir provas contra si mesmo, e que esse direito pode ser limitado em um juízo de proporcionalidade, resta averiguar como se estabelecem e quais são os parâmetros que entram nessa ponderação.

O processo de decisão deve ser estruturado pelo direito, reduzindo o espaço de discricionariedade. Incumbe à lei a possibilidade de traçar parâmetros e estabelecer situações abstratas em que um ou outro interesse prevalecerá.

A legislação deverá reger o procedimento decisório, e determinará a quem competirá a decisão. A figura do decisor tem grande relevo. A imparcialidade da pessoa que toma a decisão limitadora do direito fundamental também representa uma garantia. A opção por um terceiro imparcial, com poderes jurisdicionais, qualifica o procedimento de restrição de direitos fundamentais. No entanto, não é impossível que situações recomendem outro formato de procedimento.

Quanto aos aspectos a serem levados em conta, juízos de ponderação são embasados em todas as circunstâncias do caso concreto. Portanto, é impossível esgotar o debate sobre quais elementos devem ser levados em consideração. No entanto, há alguns elementos que tendem a figurar.

1.2.1.2.1 Papel da lei

As limitações ao direito a não produzir provas contra si mesmo devem ter amparo em lei.

A lei é o meio adequado para arbitrar, em abstrato, conflitos entre direitos fundamentais, estabelecendo hipóteses em que o direito resta limitado. Também é o meio adequado para estabelecer o procedimento a ser observado nos casos em que a decisão sobre a limitação é relegada ao aplicador e para traçar critérios gerais de decisão.

A importância da lei no estabelecimento, de forma geral e abstrata, de critérios para resolução de conflitos de direitos fundamentais é bem conhecida. A Convenção Europeia de Direitos Humanos reconhece esse papel de modo explícito em vários de seus artigos,

mencionando a possibilidade de a lei estabelecer limites aos direitos nela catalogados.[369] Por exemplo, a interferência na vida privada é tolerada quando "estiver prevista na lei" e ainda se "constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária" para assegurar uma finalidade aceitável – segurança nacional, segurança pública, bem-estar econômico do país, defesa da ordem e prevenção das infracções penais, proteção da saúde ou da moral, ou proteção dos direitos e das liberdades de terceiros (artigo 8º, 2).

O entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos é de que a expressão "previstas em lei" requer que (i) a medida tenha embasamento na lei doméstica; (ii) a lei doméstica seja pública e cognoscível ao interessado; (iii) o interessado esteja apto, ainda que com aconselhamento jurídico, a prever as consequências da lei sobre si; e (iv) a lei local seja compatível com o Estado de Direito.[370]

Os três primeiros requisitos dizem com a legalidade da medida propriamente dita. O último, com a proporcionalidade da lei. Os dois primeiros requisitos quanto à legalidade não são especialmente problemáticos – dizem com a existência e a publicidade da lei. O terceiro nos interessa mais proximamente.

De acordo com ele, a lei deve ser clara e previsível. O recomendável é que a lei enuncie quais as hipóteses em que a restrição ao direito fundamental é admissível, estabelecendo-as, de forma, tanto quanto possível, exauriente.

No direito probatório, isso se traduz na previsão de meios típicos de obtenção de prova. Os meios típicos de obtenção de prova reduzem consideravelmente o espaço de decisão do aplicador, na medida em que traçam um regime jurídico específico, enumerando os limites e a forma de obtenção da prova. Na lição de "a prova típica é aquela prevista e dotada de procedimento próprio para a sua efetivação; a prova atípica, por conseguinte, é aquela que, prevista ou não, é destituída de procedimento para a sua produção".[371]

---

[369] Nesse sentido, são os artigos 8º (vida privada e familiar), 9º (liberdade de convicção e religião), 10º (liberdade de expressão), 11 (liberdade de reunião e associação), Protocolo 1º (propriedade), Protocolo 4º (liberdade de circulação).

[370] Rotaru v. Romania [GC], no. 28341/95, § 52, ECHR 2000-V; Liberty and Others v. the United Kingdom, no. 58243/00, § 59, 1 July 2008; and Kennedy v. the United Kingdom, no. 26839/05, § 151., ECHR 2010; Heino v. Finlândia, caso n. 56720/09, decisão de 15.2.2011; Smirnov v. Rússia, caso 71362/01, decisão de 7.6.2007.

[371] FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal**: estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011. Edição do Kindle. p. 20.

Portanto, no caso do direito a não produzir provas contra si mesmo, a limitação ocorre conferindo ao aplicador meios típicos de obtenção de prova, os quais estabelecem um dever de colaboração e enunciam sanções para a negativa em colaborar.[372]

a) Meios de prova atípicos

No âmbito do processo penal, surge a questão da possibilidade ou não de limitar o direito a não produzir provas contra si mesmo com base em mandados gerais de admissão de provas não proibidas.

As leis sobre meios de obtenção de prova podem ser mais ou menos específicas. Ou seja, a lei pode conferir um mandato genérico para a autoridade decidir sobre o cabimento de provas – como, no caso brasileiro, a disposição no sentido de que são admissíveis todos os meios de prova "moralmente legítimos, ainda que não especificados" (art. 369 do CPC) –, ou pode mencionar um meio de obtenção de prova e descrever suas hipóteses de cabimento e rito de execução.

A atipicidade do meio de obtenção de prova ocorre quanto ele "está previsto, não está regulado e não há remissão a nenhum procedimento a ser seguido"; "é apenas referido nominalmente, sem qualquer regulamentação ou remissão ao procedimento a ser seguido" ou "não é sequer referido".[373]

Os meios atípicos de obtenção de prova confiam à autoridade um mandato genérico para determinar a produção probatória. Com isso, o poder da autoridade é consideravelmente maior.

Em vários países democráticos, as medidas processuais que reduzem a liberdade são regidas pelo princípio da tipicidade, pelo que, se a produção da prova comprime direitos fundamentais, apenas os meios típicos de obtenção de prova são aceitáveis.

No Brasil, a tradição é a atipicidade dos meios de obtenção de prova. A evolução da legislação processual é bastante lenta, em especial quanto aos meios mais recentes de se obter

---

[372] Em semelhante sentido: BUZAGLO, Samuel Auday. Considerações sobre a lei seca: alcoolemia; substâncias psicoativas e autoincriminação. **Carta Mensal**, n. 676, p. 30-52, jul. 2011.
[373] FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal**: estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011. Edição do Kindle. p. 16.

provas. De um modo geral, vige a liberdade probatória. O CPP afasta inclusive as restrições probatórias estabelecidas na lei civil (art. 155, Parágrafo único).

Em verdade, a tipicidade dos meios de prova é, entre nós, mais a exceção do que a regra. O Código de Processo Penal, de 1941, trata apenas de meios muito tradicionais, como a busca e apreensão. A Lei 12.850/2013, de combate ao crime organizado, trata de alguns meios de obtenção de provas mais recentes. Ainda assim, é pouco descritiva quanto ao regime jurídico de vários deles.

O direito a não produzir provas contra si mesmo prevalece contra os meios atípicos de obtenção de prova.[374]

Como afirmado, existe, *a priori*, o direito do imputado a não produzir provas contra si mesmo. Esse direito não é absoluto, mas sua restrição não pode ser arbitrária.

A limitação ao direito fundamental precisa conservar seu núcleo fundamental.

Permitir a restrição ao direito a não produzir provas contra si mesmo por meios atípicos equivale a suprimir a garantia. Muito embora seja um direito individual, há um tanto de sistêmico no direito a não produzir provas contra si mesmo. Preserva-se a prerrogativa de não colaborar em sacrifício ao caso concreto.

O uso do mandato de meios atípicos de obtenção de provas parte justamente da perspectiva oposta. Busca descobrir a verdade do caso concreto, ainda que sem amparo sistêmico. Por isso, do ponto de vista do conflito individual, a tendência é que o direito a não produzir provas contra si mesmo sempre pareça menos importante do que a descoberta da verdade. O julgador estaria em posição de invocar critérios como a necessidade da prova para a descoberta da verdade e a gravidade do delito para aplicar a coação.

Dadas essas características, o direito a não produzir provas contra si mesmo não cede frente a meios atípicos de produção de prova.

É necessária a previsão legal da hipótese em que é possível constranger o imputado, por meio de coação direta ou indireta.

---

[374] No mesmo sentido, AFONSO, Marcelo Santiago de Morais. **O direito à não autoincriminação e a obrigação de sujeição a exames**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 109.

b) Aplicador

As limitações ao direito a não produzir provas contra si mesmo devem ter amparo em lei, mas a lei sempre deixa ao aplicador algum espaço para decisão no caso concreto.

O desejável é que intervenções em direitos fundamentais sejam sempre arbitradas, *a priori*, por um terceiro imparcial, com poderes jurisdicionais. Ou seja, a intervenção só ocorra com ordem judicial.

Não é incomum, no entanto, que a legislação encarregue autoridades administrativas ou membros do Ministério Público de atuar como aplicadores, especialmente em casos em que a intervenção no direito fundamental é branda, urgente, ou em que os custos de submeter todos os casos à autorização judicial seriam muito altos.

No caso brasileiro, a própria Constituição trata de alguns casos em que a intervenção em direitos fundamentais é possível, sem o concurso de ordem judicial, como o ingresso em domicílio em caso de flagrante delito e a própria prisão em flagrante delito (art. 5º, XI e LXI). Ambos são informados pela urgência da decisão.

A tolerância com medidas adotadas sem arbitramento jurisdicional passa por um juízo de proporcionalidade, no qual são relevantes alguns fatores:

(i) urgência: a necessidade de agir desde logo para afastar uma situação de perigo (perturbação da ordem pública, risco de perda probatória, etc.) recomenda maior tolerância com a decisão por autoridade administrativa;

(ii) praticabilidade: o elevado custo da submissão à jurisdição torna impraticável submeter alguns casos à deliberação jurisdicional, recomendando tolerância com a decisão administrativa, especialmente em situações multitudinárias;

(iii) evidência: a desnecessidade de maior cogitação ou de aprofundamento de juízo de proporcionalidade fala pela admissibilidade da intervenção administrativa.

Nesses casos, o controle jurisdicional não fica excluído de todo, mas poderá ocorrer *a posteriori.*

O aplicador é o responsável por avaliar a justa causa, pesar as escusas e realizar o juízo de ponderação que poderá levar à produção coativa da prova.

1.2.1.2.2 Justa causa

A justa causa pode ser compreendida com um mínimo probatório que autoriza a adoção de uma medida investigativa invasiva.

A presença de justa causa tem efeitos contraditórios em relação à produção compulsória de provas: pode ser um pressuposto da autorização da medida, mas também pode ser um impeditivo.

No curso da investigação ou da ação penal, a presença de requisitos mínimos quanto à ocorrência do delito e a autoria são pressupostos para a adoção de medidas que vulnerem direitos fundamentais.

No direito do Brasil, por exemplo, a busca e apreensão domiciliar exige "fundadas razões que a autorizem" (art. 240, § 1º, do CPP). Ou seja, é necessário um mínimo de prova de que o delito ocorreu e de que a pessoa que sofrerá a busca é responsável por sua ocorrência, ou ao menos que mantém provas relevantes.

Assim, no curso da investigação ou da ação penal, a justa causa surge como um pressuposto para superar o direito a não produzir provas si mesmo.

Como se verá com vagar, o mesmo raciocínio não se aplica às provas com potencial de dar notícia da responsabilidade criminal. Essas são impostas tendo por pressuposto a inexistência de justa causa.[375]

Portanto, a existência de justa causa é um pressuposto da autorização da medida no curso de investigações ou de ações penais. No entanto, não é necessária naqueles casos em que a declaração pode levar à notícia inicial do delito ou de sua autoria às autoridades.

1.2.1.2.3 Escusas

Por escusas, devem ser compreendidas as alegações defensivas admissíveis para obstar a produção da prova ou a coação correspondente.

---

[375] Ver infra, Parte II, 1.2.4.

O imputado deve poder se defender especificamente contra a ordem à produção da prova, podendo alegar todos os temas envolvidos, atacando desde a presença da justa causa até a proporcionalidade da medida. Em especial, deve ter a oportunidade de alegar a impossibilidade de colaborar com a produção da prova.

A Corte Europeia de Direitos Humanos considerou, no caso *O'Halloran e Francis v. Reino Unido*,[376] a existência de escusa como uma salvaguarda relevante para fazer ceder o direito à não autoincriminação. O caso envolvia a notificação do proprietário do veículo para identificar o condutor do seu automóvel, envolvido em delito de trânsito. O proprietário não sofreria nenhuma sanção se demonstrasse que "não sabia e adotando as cautelas razoáveis não poderia saber que era o motorista infrator".[377]

No Brasil, o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de deixar de colaborar com a exibição de documento ou coisa por "justo motivo" (art. 403). As hipóteses estão previstas no art. 404 e tratam do caráter exclusivamente pessoal do documento (I), do dever de honra de manter sigilo (II), do sigilo profissional (III) e de "outros motivos graves", a serem avaliados pelo magistrado (IV).

Portanto, o imputado deve estar em posição de apresentar escusas razoáveis, que impeçam sua submissão à colaboração forçada.

1.2.1.2.4 Crueldade da coação

A crueldade da coação é um dos mais significativos elementos a se considerar na ponderação.

A coação direta consiste em superar a vontade do imputado em não colaborar, submetendo-o fisicamente à produção da prova ou, de outra forma, superando sua manifestação consciente.

Um dos fundamentos do direito a não produzir provas contra si mesmo é a crueldade de coagir alguém a se revelar, a tomar parte na própria condenação. A liberdade de escolha – colaborar ou não colaborar – é relevante e defendida pelo direito a não produzir provas contra

[376] O'Halloran e Francis v. Reino Unido, 15809/02 25624/02. Decisão de 29.6.2007.
[377] § 59.

si mesmo. Argumentos como o "trilema cruel" e o "argumento da velha" giram em torno dessa percepção.

A gravidade da coação é um fator de reforço, não de afastamento do direito a não se autoincriminar. Para Gerald Grünwald, o direito à não autoincriminação protege a liberdade de formação da vontade (*Willensbildungsfreiheit*).[378] Logo, se a colaboração pode ser obtida à força, o direito à não autoincriminação não está envolvido. A tese é elegante, mas não de todo correta.

De fato, o direito à não autoincriminação tutela a liberdade moral do imputado, sua escolha entre colaborar ou não. Mas essa escolha é tutelada contra qualquer tipo de coação a colaborar – direta ou indireta. A possibilidade física de coagir o imputado a cooperar conduz a um segundo nível de indagação: essa coação está de acordo com o direito? Para que esteja, é necessário que o uso da força esteja de acordo com os direitos fundamentais do imputado, dentre eles, o direito à não autoincriminação – além de, muito provavelmente, intimidade e integridade física. Ou seja, o direito à não autoincriminação não é suprimido pela possibilidade física da coação. Pelo contrário, a escolha do imputado deve ser especialmente protegida contra sua superação violenta.

A coação direta costuma interagir com direitos fundamentais básicos, além do direito a não produzir provas contra si mesmo, o que torna seu uso bastante restrito. A coação direta pode exigir uma intervenção que cause risco físico ou sofrimento intenso. Usar esse tipo de intervenção pode constituir um tratamento cruel, o qual não poderia ser validamente administrado pelo Estado.

Normalmente, a coação direta acaba restrita a casos em que é necessária a mera tolerância do imputado e em que é possível forçar a colaboração sem maiores riscos a sua integridade.

No caso das provas que usam o corpo do imputado, no direito alemão, faz-se uma diferença entre inspeções corporais (*körperliche Untersuchung*) e intervenções corporais

[378] GRÜNWALD, Gerald. Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung. **Mohr Siebeck JuristenZeitung**. 36. Jahrg., Nr. 13 (3. Juli 1981), p. 423-429.

(*körperliche Untersuchung*).[379] As primeiras seriam menos invasivas, pois a prova poderia ser obtida mediante mera observação, o que tornaria a coação direta mais tolerável.[380]

De fato, uma prova que produza mero desconforto, ou dor suportável, ou risco moderado, será mais facilmente admitida em um juízo de proporcionalidade. Será necessário verificar, no caso concreto, o potencial que a coação direta tem de colocar em risco os direitos fundamentais básicos do imputado. Assim, a coação direta tem um uso bem restrito, mas não é, desde logo, excluída do direito.

1.2.1.2.5 Subsidiariedade

A coação a produzir prova contra si mesmo deve ser subsidiária. Havendo outro meio menos gravoso de obter a informação, não é possível coagir o imputado a colaborar.

Trata-se de fator ligado à necessidade da restrição ao direito a não produzir provas contra si mesmo. Se houver outro meio menos gravoso para o sujeito, ele deve ter preferência. Há aqui, também, um concurso com a presunção de inocência. Em regra, a acusação deve buscar meios que não dependam do imputado para provar o delito e sua autoria.

Só é admissível coagir o imputado a colaborar se a comprovação do fato for, de outra forma, impossível, ou excessivamente onerosa.

1.2.1.2.6 Potencial valor da prova

O valor que se espera obter com a prova produzida deve ser considerado na avaliação da proporcionalidade.

A determinação da produção de qualquer prova potencialmente ofensiva a direitos fundamentais deve levar em conta o que se espera obter de valor probatório com a diligência. No momento da admissão da prova, esse juízo é de mera expectativa. Quando se determina a

[379] § 81a do StPO.
[380] Ver infra, Parte II, 2.1.

produção de uma prova, não se tem certeza quanto ao seu resultado. A prova pode confirmar ou infirmar a hipótese de trabalho, ou mesmo não demonstrar relevância.

A indeterminação não prejudica a realização de um juízo de probabilidade. Nem sempre se pode afirmar com certeza, *a prori*, se determinado meio de obtenção de prova contribuirá para a elucidação dos casos concretos. No entanto, pode-se realizar uma projeção dessa utilidade. Essa projeção é feita, pelo legislador, para um conjunto de hipóteses abstratas, e pelo magistrado, para o caso concreto.

O potencial elucidativo é um juízo relevante a ser feito antes da utilização de qualquer meio de obtenção de prova que limita direitos fundamentais.

1.2.1.2.7 Possibilidade de atingir outros direitos fundamentais

O mais comum é que o direito a não produzir provas contra si mesmo seja engajado em situações em que outros direitos fundamentais são igualmente relevantes e devem entrar no juízo de ponderação.

Há uma relação muito próxima entre o uso da coação para a obtenção de provas e uma série de direitos fundamentais. De forma muito particular, os direitos à privacidade ou à intimidade costumam estar envolvidos nos casos em que a autoincriminação é relevante.

Tendo isso em vista, a ponderação também precisa levar em consideração a potencial lesão a outros direitos fundamentais relevantes para o caso.

1.2.2 Direito a não ser sancionado pela negativa em participar da produção da prova

A segunda hipótese é o direito a não ser sancionado pela negativa em participar da produção da prova.

Esta segunda hipótese complementa a primeira. A primeira trata da coação direta a colaborar, no curso da ação penal, mediante meio que substitua a vontade do imputado, ou seja,

mediante a subjugação física ou moral da pessoa. A segunda consagra o direito a não sofrer outros tipos de sanção, que neste trabalho chamamos de coação indireta.

A sanção pode ser de qualquer tipo, interna ao processo ou externa. Sanção interna ao processo é considerar a omissão em desfavor do imputado – como confissão, indício de culpa, matéria passível de ser comentada com os jurados, ou causa para aplicação de penas mais severas – ou puni-lo de outra forma, dentro da relação processual – multa processual ou prisão por desrespeito à Corte. Sanção externa ao processo é adotar qualquer outra forma de punição, não ligada ao processo, como a criminalização da omissão (por desobediência à ordem de colaborar ou de forma autônoma) ou a previsão de multa, sanção administrativa, ou outra forma de tratamento desfavorável àquele que não colabora.

A coação indireta também se comporta de forma diversa em relação ao direito ao silêncio e ao direito geral a não se autoincriminar. Para o direito ao silêncio, temos um direito praticamente absoluto – as exceções são bastante pontuais. Para o direito a não se autoincriminar, admite-se que a proteção é meramente *prima facie*, podendo ser flexibilizada.

A maior parte dos países reconhece a impossibilidade de se agravar a situação do imputado que exerce o direito ao silêncio. Alguns casos excepcionais, como as chamadas defesas por emboscada – demora para a introdução da tese defensiva, gerando dificuldade de a acusação checar sua veracidade – ou o silêncio parcial – seleção das perguntas que serão respondidas pelo imputado –, são tratados negativamente por vários ordenamentos jurídicos.

Quanto a provas não declarativas, é bem mais comum a possibilidade de considerar a recusa em desfavor do imputado, ou mesmo de adotar sanções mais graves, como a desobediência.

Assim, o direito a não ser sancionado pela negativa em participar da produção da prova é visto como um impedimento à adoção de sanções ao silêncio, ainda que se admitam algumas exceções. Para outras provas, não são raras as hipóteses em que se admite que o imputado seja sancionado por não colaborar.

A interação dessa hipótese com incentivos positivos é bastante complexa. Um benefício ao imputado que colabora pode equivaler uma sanção àquele que se recusa.

É fato, entretanto, que vários ordenamentos jurídicos adotam benefícios ao colaborador – como a atenuação da pena pela confissão, prevista no art. 65, "d', do Código Penal do Brasil –, mas têm pejo em adotar sanções que prejudicam o imputado.

Pode-se afirmar que o direito a não ser sancionado pela negativa em colaborar comporta-se de duas formas diversas, conforme engajado o direito ao silêncio ou o direito geral à não autoincriminação. No direito ao silêncio, ele se comporta como uma regra, com pretensão de decidibilidade *a priori* e (praticamente) absoluta. No direito geral a não produzir provas contra si mesmo, ele se comporta como um princípio, com caráter axiológico e representando uma proteção meramente *prima facie.*

1.2.2.1 Engajamento

O direito a não ser sancionado pela negativa em participar da produção da prova é engajado na presença dos mesmos três elementos que o direito a não participar da produção da prova: referência à pessoa, persecução penal e coação. Como afirmado, trata-se de direitos que se complementam.

Os primeiros dois requisitos para o engajamento (referência à pessoa e persecução penal) são idênticos aos já descritos, pelo que remetemos à leitura.

A coação, no entanto, se apresenta aqui de forma diferente. O direito a não participar pode ser traduzido como um direito a não ser forçado à produção da prova ela mesma. No direito a não ser sancionado pela recusa, estamos falando da coação indireta, de um direito a não sofrer consequências negativas pela recusa em colaborar.

1.2.2.1.1 Coação indireta

A coação indireta consiste na imposição de sanções pela colaboração, ou mesmo no oferecimento de vantagens ao colaborador.

A coação indireta não substitui a vontade do imputado. Diante da negativa, são empregadas sanções que, piorando a situação do imputado, buscam obter sua concordância em

colaborar. Se ainda assim o sujeito se recusar a colaborar, a prova não será produzida. No entanto, o imputado sofre uma medida que piora a sua situação.

A coação indireta não deve ser vista como uma forma menos relevante de pressão. Há um leque de sanções possíveis, podendo chegar ao ponto de considerar o fato admitido, para fins processuais, e a impor diversas sanções autônomas, inclusive criminais. Ainda assim, haverá uma escolha entre produzir ou não a prova.

A coação indireta pode ter variadas formas, dentro e fora do processo.

Dentro do processo, a coação indireta pode assumir inúmeras formas. Na fase de valoração da prova, consiste em retirar inferências negativas da recusa em colaborar. A valoração negativa pode, teoricamente, ter graus distintos, indo desde considerar provada a acusação até a consideração como um simples indício desfavorável. Em verdade, a valoração negativa do silêncio pode ocorrer sem sequer figurar de forma clara na decisão. O simples dar a conhecer aos julgadores a omissão em colaborar pode ser visto como coação indireta, em especial em julgamentos por colegiados de leigos.[381]

Outra forma de coação indireta endoprocessual é a consideração da negativa como um motivo para o agravamento da sanção – tomada da recusa como um fator para aplicação de penas mais severas.[382]

Há inúmeras outras formas de sanção dentro do processo teoricamente possíveis, como a multa processual ou a prisão por desrespeito à Corte.

Fora do processo, a recusa pode ser criminalizada ou punida administrativamente pelas mais variadas formas.

Por especialmente problemáticas, são analisadas a criminalização da desobediência, a valoração negativa ou a possibilidade de fazer referências à recusa aos julgadores e a oferta de incentivos em troca da colaboração.

---

[381] No Brasil, é vedado à acusação fazer referência à negativa do imputado em declarar em frente aos jurados (art. 478, II, do CPP).
[382] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 389.

a) Desobediência

Uma forma de coação indireta é a criminalização da desobediência à ordem de colaborar com a produção das provas.

A criminalização do silêncio seria absolutamente incompatível com o reconhecimento que esse direito tem. No entanto, para outras provas, a criminalização pode, em teoria, ser empregada pelo legislador.

Do ponto de vista do direito penal, o uso da criminalização como forma de forçar a colaboração significa usar o "mais do mesmo" (*more of the same*). Trata-se de usar o direito penal para reforçar sanções penais, o que faz com que o direito penal perca seu caráter fragmentário.[383] Além disso, a defesa da adequação da medida não é simples, visto que a criminalização da desobediência para forçar a colaboração significa impor uma ameaça penal em face da potencial tentativa de escapar de uma ameaça penal anterior.

No Brasil, existe o crime de desobediência (art. 330 do CP), mas não costuma ser aplicado com tal finalidade.

b) Inferências negativas e referências à recusa

Uma forma de coação indireta é extrair inferências negativas da recusa em colaborar, ou permitir que a recusa seja levada ao conhecimento dos julgadores.

O grau de relevância das inferências negativas pode ser extremo, considerando provada a acusação, ou moderado, limitando-se à possibilidade de considerar a recusa como um dos elementos para a decisão.

Muito semelhante às inferências negativas é a possibilidade de comentar a recusa perante os julgadores, em especial jurados.

Alguns ordenamentos permitem que o silêncio parcial e a defesa por emboscada sejam considerados em desfavor do imputado, tomando esse tipo de comportamento processual como um abuso de direito. O Reino Unido parece ser o único a aceitar com certa naturalidade o uso

[383] Sobre o uso do mais do mesmo, ver infra, Parte II, 2.8.

do silêncio como indicativo de culpa, ainda assim só podendo levar à condenação se corroborado por outras provas.[384]

No Brasil, é relativamente tranquila a impossibilidade de extrair inferências negativas do silêncio.[385]

Extrair inferências negativas da recusa em colaborar significa admitir a demonstração da culpa por meios indiretos. A negativa de colaboração não demonstra diretamente a responsabilidade criminal. Pode-se imaginar que a negativa decorre do temor do imputado de que o resultado da produção da prova lhe seria desfavorável. No entanto, não se pode descartar que a negativa decorra de outras e diversas razões.

A recusa em colaborar não pode, sozinha, comprovar a responsabilidade criminal. É indispensável que outros elementos sejam agregados. Na pior das hipóteses, a negativa em colaborar pode ser considerada como um elemento adicional, exigindo corroboração por outros elementos além da postura negativa.

c) Incentivos

Há uma categoria de sanções que não ameaça o imputado com tratamento desfavorável, mas ainda assim tem um resultado semelhante à coação. Trata-se de mecanismos para incentivar a opção por colaborar, mediante o oferecimento de tratamento menos gravoso do que resultaria em caso de condenação pura e simples. A oferta de prêmios como forma de incentivar a colaboração pode ser vista como um meio de coação, em especial quando o benefício oferecido em troca da colaboração é expressivo.

Por uma série de razões, talvez as mais relevantes a administração da massa de processos e a dificuldade de apurar determinados delitos, dificilmente o direito de um país adota a ação penal plenária como a única solução frente a constatação de um delito, e a aplicação da pena mediante sentença que ignora o comportamento processual do imputado como única saída em

---

[384] Ver supra, Parte I, 1.3.4.

[385] Na doutrina brasileira atual, João Claudio Couceiro é uma voz isolada defendendo a possibilidade de a lei autorizar que o silêncio seja empregado como indicativo de culpa. Ver: COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004. p. 179.

caso de condenação. Cada país adota seus próprios instrumentos que importam em certo grau de incentivo à colaboração do acusado.

Nos incentivos à colaboração, não se cogita de crueldade da coação, na medida em que a situação do imputado não é agravada. O pressuposto das medidas de incentivo é que elas sejam apresentadas como uma mera opção. O sujeito não recebe uma sanção por não aderir a elas, tendo o direito ao prosseguimento a apuração da responsabilidade em seus ulteriores trâmites. A utilização da recusa a aderir em desfavor do sujeito a descaracteriza como incentivo.

O imputado não perde a liberdade de escolha, mas o incentivo atua sobre sua vontade, induzindo-o a colaborar com a própria condenação. Assim, a escolha cruel se desloca para a comparação entre a possível consequência do processo, conforme o imputado opta por aceitar ou rejeitar o incentivo.

O que de fato aumenta não é a crueldade da colaboração, mas a crueldade da escolha em não colaborar. Isso é problemático, mas não para o direito a não produzir provas contra si mesmo.

O incentivo à colaboração produz riscos epistêmicos, os quais são maiores, quanto maior a vantagem oferecida. Há uma ligação direta aos fundamentos epistêmicos do *nemo tenetur*. Ou seja, o relevante é evitar que o Estado contribua para condenações falsas.

A colaboração incentivada, mas que não incremente o risco de uma responsabilização injusta, é perfeitamente possível.

Dado esse contexto, os incentivos só são potencialmente conflitantes com o direito à não autoincriminação quando envolvem provas declarativas. Nas provas não declarativas, como a vontade da pessoa não tem o potencial de influir no resultado probatório, o incentivo à colaboração não é decisivo para conduzir a condenações falsas. Por exemplo, a legislação poderia contemplar o condutor condenado por embriaguez ao volante com uma atenuante, caso tenha se submetido ao teste do bafômetro, poupando com isso o Estado do emprego de procedimentos mais custosos para avaliação da alcoolemia – exame de sangue ou clínico, ou a necessidade de conjugar o depoimento dos policiais com uma investigação abrangente.

Há um espectro grande de medidas de incentivo. Algumas dizem com a notícia inicial da responsabilidade e serão estudadas no item correspondente.[386] Nos interessam, neste momento, aqueles incentivos ligados ao comportamento do imputado em face da persecução penal.

Não são conflitantes com o *nemo tenetur* os acordos sobre o destino do processo que não levem ao reconhecimento da culpa. Os negócios que não importam no reconhecimento da culpa costumam constituir na dispensa do processo, mediante determinadas condições. O imputado submete-se a elas, evitando o risco de uma condenação e de penas mais severas. Em troca, o Estado abre mão de demonstrar a culpa e de perseguir a condenação criminal. Pode ser estabelecido um período de prova ou uma prestação alternativa que, cumpridos, levarão à extinção da punibilidade. Não há envolvimento do direito a não produzir provas contra si mesmo nesses casos. Não há propriamente a produção de provas, ou mesmo a admissão de culpa, visto que o foco está na dispensa do processo.

No direito brasileiro, tem esse escopo a composição civil dos danos (art. 74 da Lei 9.055/1995), a transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995) e a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995).

O engajamento do *nemo tenetur* ocorre em relação a incentivos à confissão ou ao reconhecimento da responsabilidade criminal. Não é relevante se o resultado é decorrente de uma postura unilateral do réu – como a confissão espontânea – ou de uma negociação entre acusação e defesa – como os acordos processuais.

Em ambos os casos, para o imputado, o efeito final do incentivo é muito semelhante àquele da coação. A pessoa culpada do delito é colocada no dilema de colaborar – aumentando as chances de condenação, mas com uma pena mais branda – ou não colaborar – podendo escapar de todo à responsabilidade, mas arriscando receber uma pena mais severa. Por isso, não estamos completamente de acordo com a opinião de João Claudio Couceiro, que não reconhece o incentivo como forma de coação, pois "não se pode entender que a concessão de uma vantagem equipara-se à extorsão, pura e simples, de uma declaração",[387] ou de Maria Elisabeth Queijo, para quem os benefícios legais que estimulam a colaboração não violam o *nemo tenetur*

[386] Ver infra, Parte II, 1.2.4.1.3.
[387] COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004. p. 17.

desde que o acusado seja instruído quanto ao direito ao silêncio.[388] Sob pena de vulnerar o *nemo tenetur*, os incentivos à confissão também precisam de limites.

A redução da pena em troca da confissão é adotada por alguns países e refutada por outros. Portugal, por exemplo, não prevê semelhante benefício. Já a Inglaterra oferece uma redução maior, quanto mais cedo a confissão é apresentada. No Brasil, a confissão é tratada como atenuante (art. 65, "d", do CP).

A oferta de incentivos à confissão produz riscos epistêmicos, que se incrementam de forma proporcional ao benefício ofertado. Benefícios exagerados incentivam confissões e provas falsas, num ciclo de corrupção do imputado.[389]

Essa possibilidade é ainda mais grave em casos em que a admissão da culpa pode levar não apenas à exoneração do imputado, mas também à condenação de terceiros. É o caso da delação premiada, na qual o imputado pode admitir a própria culpa e falsificar provas contra terceiros e obter o perdão.

Duas figuras particularmente complicadas no direito brasileiro são o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP, com redação dada pela Lei 13.964/2019) e a colaboração premiada (art. 4º da Lei 12.850/2013).

O acordo de colaboração premiada exige uma confissão "formal e circunstanciada" do crime (art. 28-A do CPP), embora sua homologação não equivalha a uma condenação. O processo é dispensado e o imputado cumpre sanções não privativas de liberdade. Os benefícios para o imputado são substanciais – não há o risco de prisão, não são impostas as consequências de uma condenação criminal, e as prestações alternativas são menores do que as cominadas legalmente.

Não resta claro se a confissão pode ser usada como prova contra o imputado. A rescisão do acordo tem como consequência o prosseguimento da persecução penal. Ocorre que a

---

[388] QUEIJO, Maria Elisabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 258.

[389] Uma boa descrição do círculo vicioso de corrupção dos imputados que um sistema que permite uma negociação exagerada de incentivos produz pode ser encontrada em: HUSAK, Douglas. **Overcriminalization**. New York: Oxford University Press, 2008. Edição do Kindle.

legislação não especifica qual será o destinado da confissão exigida como condição da avença. Há alguma dúvida se ela é admissível como prova no curso da ação penal.[390]

A conclusão é que a confissão é inadmissível como prova, por violação ao *nemo tenetur*. As razões epistêmicas para o direito ao silêncio são claramente invocáveis. Trata-se de declaração oferecida pelo imputado em troca de vantagem substancial. É bastante relevante a chance teórica de, ao usar a confissão, o Estado estar contribuindo para uma condenação injusta.

O fato de que a confissão não é admissível na ação penal não lhe retira por completo o valor probatório. A partir dos detalhes revelados na confissão, é possível pesquisar outras provas que possam melhor esclarecer os fatos. Assim, a confissão poderia ser usada como justa causa para uma outra medida probatória. Essa pesquisa não precisa se limitar a meios de prova que independem de justa causa para admissão. Seria possível, por exemplo, usar a confissão como prova da justa causa para uma quebra de sigilo ou uma busca e apreensão, por exemplo.

Portanto, a confissão instrumental ao acordo de não persecução penal não é admissível como prova no curso da ação penal e acaba tendo funções bastante reduzidas. Em primeiro lugar, ela serve como meio para impedir que os órgãos da persecução penal forcem inocentes a aceitar o acordo. Em segundo lugar, ela serve como ponto de partida para ulteriores investigações, que poderão levar ao melhor esclarecimento dos fatos.

Mesmo que a confissão seja considerada admissível, surge a possibilidade de sua retratação. As bases para tanto são dadas pelo próprio contexto: trata-se de depoimento prestado fora da audiência de instrução e julgamento e sob a promessa de um benefício despenalizador.

De qualquer forma, a lei prevê o acordo de não persecução como envolvendo apenas um sujeito. Ainda mais complicado é oferecer vantagens para delatar terceiros. É o que ocorre na delação premiada.

Na delação premiada, a corrupção do sistema de responsabilidade impõe o risco a terceiros. O imputado é incentivado não apenas a confessar, mas também a delatar.[391] Exige-se

---

[390] O problema gira em torno, em primeiro lugar, da interpretação a ser dada ao texto legal, atualmente com eficácia suspensa por ação direta de inconstitucionalidade. O art. 3º-C limita as provas produzidas em fase de investigação que serão levadas a juízo. Há doutrina sustentando a impossibilidade de trasladar a confissão para a ação penal, o que afasta o conflito com a autoincriminação. (BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Dialética, 2020. Edição do Kindle. p. 124.)

[391] A delação de terceiros é apenas um dos possíveis objetos da colaboração premiada. A legislação afirma que a colaboração premiada envolve a produção de provas aptas a propiciar "a identificação dos demais coautores e

uma colaboração completa e substancial com a acusação, não apenas pelo depoimento, mas também pela produção de provas que possam resultar em uma condenação de outros envolvidos. Em troca, promete-se o perdão ou a redução substancial da pena.

Paradoxalmente, a colaboração premiada pode afastar o risco de autoincriminação, justamente ao oferecer um benefício desmedido. Uma dentre as premiais possíveis é o perdão. Como delator não estará contribuindo para a própria punição – com o perdão, não haverá punição –, a vulneração ao direito a não produzir provas contra si mesmo fica remediada. Mas os efeitos deletérios ao sistema, ainda que não ligados ao *nemo tenetur*, seguem preocupantes.

O que se percebe é que os incentivos desproporcionais geram risco não apenas ao direito à não autoincriminação, mas à justiça do sistema como um todo. São instrumentos indispensáveis à justiça criminal em tempos atuais, mas sua administração precisa empregar salvaguardas para garantir a lisura dos resultados.

Portanto, a oferta de incentivos à colaboração não é de todo vedada, mas deve ser empregada de forma proporcional, tendo em vista os riscos criados ao direito a não produzir provas contra si mesmo e a outros direitos fundamentais.

1.2.2.2 Limitação

O direito a não ser sancionado pela negativa em colaborar com a persecução penal tem dois tratamentos muito diversos, conforme o caso envolva ou não o direito ao silêncio.

No direito ao silêncio, o direito a não ser sancionado pela negativa em declarar é amplo, admitindo limitações apenas pontuais. Considerar o silêncio como indicativo de culpa é, de acordo com a interpretação estabelecida na maior parte dos ordenamentos jurídicos, inviável – ainda que o silêncio parcial e a defesa por emboscada sejam repelidos por sanções moderadas em vários ordenamentos jurídicos.

---

partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada" (art. 4º da Lei 12.850/2013). A prática mostra, no entanto, que a implicação de comparsas é o foco das avenças.

A possibilidade de limitação ao direito à não autoincriminação em geral, nos casos em que não há envolvimento de provas declarativas, é bem mais ampla. Em suas grandes linhas, a ponderação leva em conta os mesmos elementos descritos acima, quando se analisou o direito a não ser coagido a participar da produção da prova. A diferença, aqui, é que a ponderação leva em conta a coação indireta.

1.2.2.2.1 Silêncio parcial

Uma potencial limitação ao direito ao silêncio é a conferência de tratamento menos favorável ao imputado que opta pelo silêncio parcial. O silêncio parcial consiste na opção de, no curso do interrogatório, negar-se a responder a algumas das perguntas.

Nos países da *commom law*, a opção por declarar é ou tudo ou nada. Se o imputado resolve se submeter ao interrogatório, mas cala em seu curso, sofre as penas pelo perjúrio.

Os países de tradição romano-germânica não aplicam as penas do falso testemunho ao interrogado. A depender do local, a negativa em responder a determinadas perguntas pode ser vista como parte do direito ao silêncio, ou sancionada como um indicativo desfavorável.

O direito português tem uma regra expressa sobre o tema, assegurando que o "arguido pode, espontaneamente ou a recomendação do defensor, recusar a resposta a algumas ou a todas as perguntas, sem que isso o possa desfavorecer" (artigo 345º, n. 1, do Código de Processo Penal).

Na Alemanha, na falta de norma expressa, a jurisprudência admite que o silêncio parcial pode ser interpretado desfavoravelmente ao réu (*Teilschweigen*).[392]

Admitir algum grau de sanção ao silêncio parcial parece ser uma faculdade de cada ordenamento jurídico. O direito ao silêncio pode receber limitações normativas que retirem do controle do imputado a decisão sobre continuar colaborando, uma vez adotada uma decisão informada de declarar. Com isso, a seriedade da opção por declarar sai robustecida. Possivelmente, o próprio valor da declaração do imputado ganha força, na medida em que ele se submete ao exame pela parte contrária.

[392] NJW, 1966, 209.

1.2.2.2.2 Defesa por emboscada

Vários países permitem a retirada de indicativos desfavoráveis do silêncio temporário. As defesas por emboscada (*ambush defenses*), ou seja, a introdução de uma versão fática, pelo imputado, em uma fase avançada da persecução penal, na qual é difícil à acusação verificar sua veracidade e, se for o caso, refutá-la, podem ser vistas com desconfiança pelos julgadores, sem que isso represente violação ao direito ao silêncio.

Via de regra, os ordenamentos jurídicos cominam penalidades para quando a defesa apresenta suas teses ou provas em um momento avançado do julgamento.

A introdução das teses e provas defensivas em tempo adequado é importante para que a acusação possa checar e se contrapor à defesa. Se, por exemplo, o réu alegar um álibi como última manifestação, exibindo um elemento de corroboração que exigiria um esforço grande de verificação, e essa alegação fosse valorada da mesma forma que se introduzida ainda em investigação, o processo estaria criando um ciclo de incentivos para a má-fé, que nada contribuiria para um julgamento justo.

O estabelecimento de marcos processuais para o exercício da defesa serve como limite ao direito a não produzir provas contra si mesmo, de modo muito particular como um limite ao direito ao silêncio.

A forma como o silêncio temporário deve ser interpretado e as consequências de sua retratação são de difícil delimitação.

A corrente que considera a defesa por emboscada ilegítima parte do pressuposto de que a mudança de posição é um abuso de direito. Ao defender, no direito Canadense, a observância de marcos para que a defesa informe a acusação sobre as provas que pretende produzir (*discovery*), Goran Tomljanovic sustenta que "o direito ao silêncio não é absoluto", e que "não há direito constitucional à defesa por emboscada", visto que assiste ao acusado direito a um "procedimento justo, não procedimento o mais favorável o possível".[393]

[393] TOMLJANOVIC, Goran. Defence disclosure: is the right to full answer the right to ambush. **Alberta Law Review**, v. 40, n. 3, p. 689-700, dez. 2002.

A outra corrente defende que a emboscada em si não é ilícita. Nesse sentido, falando sobre o direito português, Sandra Oliveira e Silva defende que "da proteção normativa da liberdade de declaração decorre a proibição (normativa) de considerar a decisão do arguido sobre o momento (*Wann*) das suas declarações como indício probatório desfavorável".[394]

Ainda que partindo de pontos de vista bastante diversos, as duas correntes acabam convergindo em suas conclusões.

De um lado, está além de disputa que a introdução de provas e versões em momento posterior, no qual sua verificação é difícil ou impossível, faz com que elas não sejam aceitas com o mesmo valor. Nesse sentido, Sandra Oliveira e Silva esclarece que o juízo não está "vinculado a atribuir a mesma eficácia probatória às declarações prestadas no final da produção de toda a prova e as proferidas no início das investigações". A rigor, o direito não pune o exercício do direito ao silêncio, estabelecendo uma sanção para a introdução tardia da prova – ou da versão.

De outro lado, a introdução tardia não pode ser vista como uma impossibilidade absoluta de introdução da versão ou da prova. Do interesse público de não condenar inocentes decorre a impossibilidade de adoção de marcos preclusivos absolutos em desfavor da defesa. Espaço para a demonstração tardia da inocência deve existir, ainda que restrito. Mesmo após o trânsito em julgado, sempre há a possibilidade de rever a sentença em favor da defesa, se a sua injustiça resta comprovada.

Logo, se a defesa pode introduzir provas mesmo após o trânsito em julgado, deve existir algum espaço para que as introduza tardiamente no curso do processo.

Portanto, o uso da defesa por emboscada pode ser reprimido, estabelecendo-se menor confiança na versão ou prova introduzida tardiamente. Entretanto, não se pode fechar, de todo, a porta para a mudança de estratégia defensiva.

---

[394] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 433.

1.2.2.2.3 Crueldade da coação

A coação é um dos principais aspectos a serem considerados na ponderação em torno do direito a não produzir provas contra si mesmo.

Em uma simplificação, podemos afirmar que a crueldade da coação em si é grande na coação direta, média na coação indireta e pequena nos incentivos à colaboração.[395]

Na coação indireta, o tipo e a intensidade da sanção aplicada são de grande importância para essa avaliação.

Como afirmado, há um leque muito grande de meios de coação indireta. Essa avaliação deve ser feita no caso concreto, levando em conta o impacto da coação para a hipótese específica.

1.2.3 Direito à inadmissibilidade, em processo criminal, das provas obtidas mediante coação em processo não criminal

A terceira hipótese diz com o direito à inadmissibilidade, em processo criminal, das provas obtidas mediante coação em processo não criminal.

O direito à não autoincriminação é específico do processo penal. A prerrogativa não protege diretamente contra a coação para a produção de provas em processos cíveis ou administrativos em geral.[396]

Pode ocorrer que um processo cível decorra de um fato que também é considerado crime, ou que a prova em um processo cível possa levar à descoberta de delitos. No processo administrativo fiscal, essas situações são corriqueiras. O fisco tem a possibilidade de exigir a comprovação de várias situações de interesse da arrecadação, sob pena de sanções administrativas e mesmo criminais, sem que a pessoa possa resistir alegando o *nemo tenetur*.

---

[395] Como discutido, nos incentivos, o que se leva em conta não é propriamente a crueldade, mas a leniência. Quanto mais expressivo o incentivo, mais ele se aproxima da coação indireta e, em consequência, maior a potencial ofensa ao *nemo tenetur*.

[396] Como explanado, existe uma importante controvérsia sobre o conceito de direito penal para fins de aplicação das garantias judiciais – ver supra, Parte II, 1.2.1.2.1.

Um traficante de drogas, por exemplo, pode ser intimado para demonstrar de onde tirou recursos para adquirir uma mansão aparentemente incompatível com sua renda declarada. Se não colaborar, pode sofrer sanções autônomas, como multas e mesmo responsabilidade criminal pela falsidade da declaração. Se colaborar, contribuirá para revelar que a renda omitida vem de proventos de um crime. O fisco pode exigir informações sobre a procedência de ativos que o juiz criminal não poderia constranger o réu a fornecer, em razão do direito à não autoincriminação. O traslado desses documentos ao processo penal seria uma forma indireta de violar o direito a não ser coagido a produzir a provar.

Manoel da Costa Andrade esclarece que o direito administrativo faz "impender sobre o contribuinte *deveres de colaboração e de verdade*, que podem coenvolver a prestação de declarações ou a entrega de documentos de conteúdo autoincriminatório; enquantoisso, o direito processual penal arma o arguido de um consistente *nemo tenetur se ipsum accusare*".[397]

A legislação fiscal alemã soluciona o tema de uma maneira sofisticada (§ 393 AO). De um lado, proíbe o uso de para forçar o contribuinte a declarar condutas que podem ser crimes fiscais. De outro, veda o uso das declarações e outras colaborações coagidas no processo fiscal para instruir a persecução penal por crimes não fiscais.

Também a Corte Europeia de Justiça consolidou a compreensão da existência de um direito a não ter trasladadas para o processo penal provas produzidas mediante coação em um processo não penal.[398]

Para compatibilizar deveres de colaboração e de verdade admitidos em outros ramos do ordenamento jurídico, mas vedados no processo penal, a solução está em impedir que provas produzidas coativamente em procedimentos não criminais sejam trasladadas para o processo penal. Aplica-se vinculação à finalidade (*Zweckbindung*), um dos aspectos da autodeterminação

---

[397] ANDRADE, Manuel da Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n. 340/2013) do Tribunal Constitucional. **Boletim de Ciências Económicas**, v. LVII, t. I, p. 385-451, 2014. Em semelhante sentido: ASSIS, Lucas Calafiori Catharino de; CECCATO JUNIOR, José Antonio. O dever de colaboração no procedimento administrativo fiscal e o princípio nemo tenetur se detegere. **Repertório IOB de jurisprudência**: tributário, constitucional e administrativo, n. 3, p. 119-109, 1. quinz. fev. 2019.

[398] Orkem v Commission [1989] ECR 3283. § 35.

informativa (*informationelle Selbstbestimmung*).[399] "Por meio da vinculação à finalidade, assegura-se que os dados só serão tratados para a finalidade para a qual foram coletados".[400]

Não há relevância se a prova é declarativa ou não para engajamento e aplicação do direito à inadmissibilidade das provas. Ao contrário da coação direta ou indireta interna ao processo criminal, deste direito se origina uma única norma, a qual se projeta como uma proteção absoluta.

Portanto, o direito à inadmissibilidade, em processo criminal, das provas obtidas mediante coação em processo não criminal é uma proteção absoluta, que impede o traslado ao processo criminal de provas obtidas mediante coação em processo não criminal, se semelhante coação não era admissível no processo criminal. Trata-se de evitar que o *nemo tenetur* seja contornado pela sobreposição de sanções cíveis e criminais.

1.2.3.1 Engajamento

O direito à inadmissibilidade, em processo criminal, das provas obtidas mediante coação em processo não criminal é engajado quando há uma assimetria de admissibilidade do uso da coação entre os processos criminais e não criminais.

Assim, sempre que a legislação impõe um dever de colaboração em processos não criminais, sem correspondência nos processos não criminais, essa norma é engajada. Ou seja, se a pessoa atende a dever de colaboração, sob ameaça de sanção, em processo não criminal, essa prova não poderá ser trasladada ao processo criminal.

A colaboração deve ocorrer no curso de um processo não criminal. A imposição de obrigações que possam levar à notícia inicial de um delito corresponde ao regime jurídico diverso, descrito abaixo.[401]

Também deve ser uma colaboração coagida. Provas entregues espontaneamente, ou obtidas sem a colaboração do imputado, podem ser trasladadas sem engajar o *nemo tenetur*.

---

[399] Esse aspecto da autodeterminação informativa ganhou notoriedade a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão no Caso do Censo (Volkszählungsurteil – 1 BvR 209/83, de 15.02.1983).
[400] SHAFERS, Tim Philipp. Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGBO) - Eine Neue Zeitrechnung im Bereich des Datenschutzes. **Freilaw - Freiburg Law Students Jounal**, 1/2018, p. 16-23.
[401] Ver infra, Parte II, 1.2.4.

Portanto, são dois requisitos que levam ao engajamento da norma: (i) a imposição de dever de colaboração, em processo não criminal e (ii) a inexistência de semelhante dever na legislação processual penal.

Juntos esses dois requisitos, a consequência é o engajamento da norma, vedando-se o traslado das provas a um processo criminal contra a pessoa que colaborou sob coação.

1.2.3.2 Limitação

Esse direito opera como uma regra, não sendo passível de limitação mediante processo de ponderação.

1.2.4 Direito a não fornecer elementos que deem notícia da própria responsabilidade criminal

A quarta hipótese estabelece que ninguém pode ser obrigado a colaborar com elementos com potencial de dar notícia da própria responsabilidade criminal. Esse é o aspecto menos protetivo decorrente do direito a não produzir provas contra si mesmo. A falta de percepção dessa singularidade é uma das grandes dificuldades em sistematizar o privilégio.

Por notícia da responsabilidade, deve ser entendida a notícia da existência de um delito, antes que qualquer procedimento apuratório tenha sido deflagrado, ou, ainda que na pendência de um procedimento apuratório, antes que a suspeita recaia sobre o noticiante.

A máxima *nemo tenetur seipsum prodere*, "ninguém é obrigado a se descobrir", tinha, inicialmente, esse escopo – afastar o fiel do dever de admitir às autoridades suas faltas.[402]

Apesar de estar na raiz histórica do direito à não autoincriminação, nenhuma declaração de direitos prevê de forma expressa a prerrogativa de não dar notícia da própria responsabilidade criminal. Mesmo assim, em alguma medida, os ordenamentos jurídicos respeitam essa prerrogativa, não impondo um dever de dar conhecimento dos próprios delitos.

[402] Ver supra, Parte I, 1.1.

A hipótese mais bem consolidada em que essa norma é respeitada é a prerrogativa de a testemunha não responder a perguntas que possam lhe trazer responsabilidade criminal.

A falta de sistematização entre as hipóteses da notícia da responsabilidade inicial e da colaboração no curso da ação penal é um dos principais entraves para uma compreensão do direito a não produzir provas contra si mesmo. A percepção de que as duas hipóteses operam de forma muito diversa é essencial para a compreensão do engajamento e da limitação de uma e de outra.

Uma primeira diferença é qualitativa. Pouco importa, quanto à notícia da responsabilidade inicial, se estamos diante de uma prova que tem ou não caráter comunicativo. Direito ao silêncio e direito geral a não produzir provas contra si são equiparados.

Outra diferença essencial é quanto à relevância da prova. O juízo de ponderação que pode levar o direito a não dar a notícia inicial a ceder é informado por elementos que indicam que a notícia é superficial. Quanto menos próximo de uma efetiva condenação criminal a prova deixar a pessoa, mais a exigência da notícia inicial será tolerável.

Curiosamente, é justamente o contrário do que ocorre com a prova no curso da ação penal. Lá, é indispensável a presença de uma justa causa prévia e a prova deve se apresentar como relevante para uma elucidação dos fatos. Aqui, informações tendencialmente neutras são mais bem aceitas.

Nenhum país parece respeitar completamente e em toda e qualquer hipótese a prerrogativa de não dar notícia inicial da própria responsabilidade. Pelo contrário. Cada vez mais e em vários aspectos da vida, as informações e provas fornecidas pelas pessoas ao Estado tornam-se essenciais. O cidadão declara tributos, dá seu nome e informações pessoais em diversos formulários, exibe o número de licença em veículos, etc. Em vários desses casos, a prestação das informações pode levar à descoberta de delitos praticados pelo declarante. Como observa Manuel da Costa Andrade, "soa hoje aproblemática no contexto do Estado de Direito" a imposição, ao administrado, de "deveres de colaboração e de verdade, que podem coenvolver a prestação de declarações ou a entrega de documentos de conteúdo autoincriminatório".[403]

[403] ANDRADE, Manuel da Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n. 340/2013) do Tribunal Constitucional. **Boletim de Ciências Económicas**, v. LVII, t. I, p. 385-451, 2014.

Além disso, ganham relevância as informações com potencial autoincriminatório, mas que não se constituem em declarações. É o caso dos bancos de dados e de cadastramentos de padrões biométricos, que permitem, pelo cruzamento de informações de vestígios extraídos de cenas de delitos, ligar pessoas até então não suspeitas a fatos pretéritos ou futuros. Essas informações são exigidas das pessoas, por vezes compulsoriamente (como costuma ser o caso da extração de padrões biométricos de condenados por delitos graves), e por vezes como requisito ao exercício de direitos básicos (como o fornecimento de informações biométricas para compor cadastros civis).

Para esse direito, não há uma relevância especial do caráter comunicativo da colaboração. Provas declarativas e não declarativas são convergentes para o mesmo resultado: uma proteção *prima facie* contra o dever de dar notícia da própria responsabilidade, que, não raro, cede frente a um juízo de ponderação.

No direito a não dar notícia da própria responsabilidade, a coação ocorre mediante a criação de uma obrigação de colaborar com a Administração, prestando informações ou produzindo ou permitindo que se produza determinada prova, sob penas legais. Essas obrigações têm caráter administrativo, e podem ser reforçadas com qualquer sanção que se possa imaginar. No caso do direito tributário, são comuns multas isoladas, pelo simples descumprimento da obrigação, adoção de presunções e formas de cálculo da base tributável desfavorável ao contribuinte e a imposição de multas de mora. No caso do direito viário, são comuns multas, anotações de pontos negativos no prontuário do motorista e a apreensão do veículo.

Essas sanções podem escalar para uma responsabilidade penal. A falta de colaboração pode ser prevista como um delito autônomo, ou como uma qualificadora, majorante ou agravante de um delito existente.

A aplicação do direito a não dar notícia da própria responsabilidade também depende de um requisito negativo: a possibilidade de a informação circular para um processo penal. Se a informação se esgota no âmbito administrativo, ou se importa a extinção da punibilidade pelo delito, não há engajamento do direito à não autoincriminação.

Portanto, uma das normas que compõem o direito a não produzir provas contra si mesmo é o direito a não ser obrigado a colaborar com elementos com potencial de dar notícia da própria responsabilidade criminal. Esse direito comporta-se como uma proteção *prima facie*, pouco importando se estamos diante de uma prova comunicativa ou não.

1.2.4.1 Engajamento

O direito a não dar notícia inicial da própria responsabilidade criminal tem os mesmos requisitos de engajamento do direito a não participar da produção de provas em uma investigação ou processo em curso: referência à pessoa, persecução penal e coação.

Há peculiaridades a serem anotadas quanto à persecução e quanto à coação. A persecução, aqui, é uma persecução em perspectiva, ainda não iniciada. A coação ocorrerá sempre fora de um processo.

1.2.4.1.1 Persecução em perspectiva

A persecução em perspectiva atrai o engajamento do direito a não produzir provas contra si mesmo especificamente enquanto proteção contra o dever de dar notícia da própria responsabilidade criminal.

O direito à não autoincriminação é relevante em casos em que a pessoa não é acusada, ou mesmo suspeita, da prática de um delito, mas é chamada a produzir prova que pode direcionar a suspeita em seu desfavor.

A produção da prova pode ocorrer em um processo judicial ou administrativo em curso que apure suspeita quanto a outra pessoa, mas o mais comum é que ocorra em atenção a uma obrigação administrativa.

Num processo em curso, a própria parte (num processo cível) ou terceiro podem ser chamados a depor, a apresentar documentos ou a colaborar com a produção de alguma outra prova. Para afastar o dever de colaborar com a justiça, a pessoa pode invocar o direito à não autoincriminação, esclarecendo à autoridade que conduz o feito a possibilidade de a prova levar a sua própria responsabilização criminal. A autoridade, então, deverá avaliar as razões e, se

verificar que o risco é real, escusar a produção da prova. Como lembra Sandra Oliveira e Silva, o pedido de escusa exige a iniciativa da pessoa e deve se limitar àquilo que lhe é potencialmente danoso. Assim, as testemunhas só podem se recusar a responder "a perguntas particulares se delas resultar o perigo da sua responsabilização criminal", competindo à autoridade que preside o feito "determinar se a invocação do privilégio é justificada". Além disso, as testemunhas não dispõem do "direito de não comparecer ou não prestar juramento, nem podem negar-se a responder antes de prestar juramento".[404]

O direito da testemunha à não autoincriminação é largamente aceito e legalmente consagrado na maior parte dos países. O *witness privilege* está, para alguns, na raiz do desenvolvimento contemporâneo do direito à não autoincriminação. Como lembra Smith, o âmago do *witness privilege* é que "nenhuma testemunha pode ser coagida a responder uma pergunta que iria incriminá-la, ou mesmo que tendesse a incriminá-la".[405]

A despeito da conexão histórica com o testemunho, o direito a não dar notícia da própria responsabilidade pode ser ligado a qualquer meio de prova. A entrega de documentos ou o fornecimento de amostras podem igualmente levar ao conhecimento das autoridades fatos com relevância penal.

O mais comum, contudo, é que o direito seja engajado em resposta a obrigações administrativas que podem levar à autoincriminação. São inúmeros os exemplos de demandas da Administração que podem implicar criminalmente o cidadão. A exigência da entrega de documentos é muito comum em apurações fiscais. O fornecimento de amostras de hálito em fiscalizações de rotina pode levar à descoberta da embriaguez do motorista, a qual é um delito na maior parte dos ordenamentos jurídicos. O fornecimento de amostras pode permitir às autoridades comparar dados biométricos – impressões digitais e perfis de DNA, por exemplo – com vestígios encontrados em cenas de crime.

Um delito é, para essa finalidade, um fato culpável e punível, de acordo com a lei do país. Não se aplica o privilégio a fatos desonrosos, mas sem repercussão penal, ou a delitos prescritos, ou perdoados, ou em relação aos quais já houve julgamento definitivo, sendo

---

[404] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 254.
[405] SMITH, Henry H. The modern privilegie: its nineteenth-century origins. *In*: HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 156-157.

impossível reabrir a persecução penal. Fatos punidos de acordo com o direito estrangeiro podem ou não ser abrangidos pelo privilégio, de acordo com a extensão dada pelo direito local.

No Reino Unido, em processos cíveis, o privilégio protege contra a autoincriminação por fatos delituosos de acordo com a lei de qualquer parte do Reino Unido (Section 14(1)(a) do Civil Evidence Act 1968). De fato, a jurisprudência vem negando a aplicação ao privilégio em caso de possível notícia de delito passível de persecução apenas no estrangeiro.[406] Em processos criminais, inexiste semelhante restrição (Section 3 do Evidence Act 1851).

No Brasil, a legislação é vaga. O Código de Processo Civil estabelece um dever geral de colaborar com a produção de provas – o art. 378 do Código de Processo Civil ("Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade") –, mas reserva à parte o "direito de não produzir prova contra si própria" (art. 379). Lida ao pé da letra, esta regra estabeleceria às partes um privilégio geral de não colaborar com a produção de provas em demandas cíveis, colidindo com o dever das partes de "expor os fatos em juízo conforme a verdade" (art. 77, I, do CPC). A doutrina vem limitando esse direito aos fatos com repercussão penal. Nesse sentido, é o Enunciado 31 da I Jornada de Processo Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

> A compatibilização do disposto nos arts. 378 e 379 do CPC com o art. 5º, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si quando houver reflexos no ambiente penal.

A disposição do art. 379 deve ser lida em conjunto com o art. 379, I, do CPC, que escusa a parte de depor sobre fatos "criminosos ou torpes que lhe forem imputados".

Quanto aos terceiros, o CPC traz dispositivos sobre testemunho e exibição de documentos, que podem servir de guia para outros meios de prova.

Quanto ao testemunho, o art. 448, I, do CPC, escusa o depoimento sobre fatos "que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau".

Na mesma linha, quanto à exibição de documentos, o art. 404, III, escusa a parte e o terceiro de exibir documentos quando "sua publicidade redundar em desonra à parte ou ao

[406] Ver King ot the Two Sicilies v. Willcox (1851) 1 Sim N S 301; Branningan v. Davison, [1997] AC 307.

terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal" (art. 404, III, do CPC).[407]

Esses mesmos parâmetros podem ser transportados a outros meios de prova, servindo como um guia geral de proteção contra a autoincriminação em processos cíveis e administrativos.

Além disso, percebe-se que, no plano legal, a legislação brasileira não restringe o direito a não colaborar aos casos envolvendo diretamente responsabilidade criminal de acordo com as leis de nosso país. Dado esse contexto, a melhor interpretação é de que a escusa pode ser invocada mesmo sob o risco de persecução penal no exterior.

1.2.4.1.2 Obrigações administrativas e criminalização

O engajamento do direito à não incriminação, em relação à notícia inicial de delitos, ocorre quando o direito estabelece um dever de produzir provas que podem levar à revelação da responsabilidade da pessoa, sobre a qual não recaia suspeita.

Trata-se de obrigações abstratas, que impõem à generalidade das pessoas ou a pessoas em determinadas situações a obrigação de fornecer informações ou de colaborar com a produção de outras provas normalmente neutras, mas que, potencialmente, podem servir como um elemento inicial para a apuração de infração.

A forma mais comum dessa obrigação é o estabelecimento de obrigações administrativas, as quais impõem um dever de colaboração. Esse dever normalmente consiste na obrigação de prestar informações à Administração, mas pode tratar de outros tipos de prova.

A lei pode conferir à Administração a prerrogativa de exigir informações ou de demandar a produção de provas aos administrados. O resultado poderá ser autoincriminatório para o administrado compelido – levando à descoberta de delito ou à suspeita quanto a sua autoria.

---

[407] A legislação processual cível brasileira admite a escusa não apenas quanto a fatos criminosos, mas também "torpes" (parte), ou cuja descoberta possa "acarretar grave dano" (testemunha), ou cuja "publicidade redundar em desonra". Ver supra, Parte II, 1.2.1.1.2, b).

Deveres de colaboração com autoridades administrativas são muito comuns, em especial em relações de massa. Relações com o fisco são cada vez mais frequentemente marcadas pela transferência ao administrado do dever de informar a Administração sobre a ocorrência do fato gerador e de se colocar à disposição para verificações. Fenômenos semelhantes ocorrem em vários outros ramos da vida, como o direito dos veículos e o trânsito internacional de pessoas. Também os entes que atuam em mercados regulados – financeiro, telecomunicações, energia, etc. – experimentam obrigações semelhantes.

Por vezes, a obrigação pode ter conteúdo não declarativo. É o caso, por exemplo, da obrigação de fornecer padrões biométricos. A captura de imagens e de impressões digitais é imposta a todos como requisito para o exercício de direitos civis – como o voto, a condução de veículos e o trânsito internacional e interno. O fornecimento de material para extração de perfil genético vem sendo cada vez imposto como efeito de condenação criminal – por vezes, mesmo da suspeita.

Não é relevante se a prova é ou não declarativa – muitas vezes, o objeto a ser produzido é uma declaração que dá conta da conduta do declarante. Ou seja, o direito ao silêncio é, nesse momento, equiparado ao direito à não autoincriminação em geral.

Não é impossível que as obrigações administrativas sejam reforçadas pela criminalização da conduta subjacente. Essa criminalização pode ser tanto autônoma quanto representar um especial agravamento de uma punição penal já prevista. Assim, vários ordenamentos jurídicos tipificam a omissão de declarações fiscais, ou a sua prestação com informações falsas, como crimes autônomos. A condução de veículo automotor não licenciado pode ser prevista como um fator de aumento das penas em delitos de trânsito. Inúmeros são os casos em que a falta de colaboração com autoridades administrativas é criminalmente prevista como uma qualificadora, causa de aumento de pena ou agravante.

A compatibilidade da notícia inicial com o direito à não autoincriminação não é avaliada com base na crueldade da coação. Na notícia inicial, a produção da prova ocorre em decorrência de uma obrigação administrativa. Essa obrigação administrativa será reforçada por uma consequência jurídica – coação.

Essa coação ocorre fora de um procedimento de natureza penal e não tem por objeto forçar a produção de uma prova para um processo penal. O que ela faz é reforçar a obrigação

administrativa. Portanto, ao contrário do que ocorre no curso da persecução penal, a forma e a intensidade da coação não são diretamente ligadas ao tema do direito à não autoincriminação.

Isso não quer dizer que a gravidade da coação não interesse ao direito. Pelo contrário, a proporcionalidade da medida coativa sempre será relevante e controlável. No entanto, ela dirá com os interesses potencialmente afetados – não com o direito à não autoincriminação.

Portanto, o engajamento do direito à não incriminação, em relação à notícia inicial de delitos, pode ocorrer quanto a obrigações abstratas, impostas à generalidade das pessoas ou a pessoas em determinadas situações, e à obrigação de fornecer informações ou de colaborar com a produção de outras provas normalmente neutras, mas, que potencialmente, podem servir como um elemento inicial para a apuração de infração.

1.2.4.1.3 Incentivos

Não apenas obrigações, mas também incentivos, podem ser usados para induzir o sujeito a dar notícia inicial da própria responsabilidade criminal. Como visto, os incentivos podem servir como meio de coação à colaboração.[408] Nos interessam, neste tópico, medidas que premiam o reconhecimento espontâneo de responsabilidade, antes mesmo que as autoridades tenham conhecimento de seu envolvimento em delitos. Nesses casos, a pessoa dá notícia de um fato que pode gerar responsabilidade criminal.

Não há caráter negocial nesses incentivos. A contribuição do Estado limitar-se-á à previsão abstrata da possibilidade de colaborar. Como ainda não há uma investigação, não há participação concreta dos investigadores na decisão de adotar a atitude autoincriminatória.

Tampouco há maiores riscos epistêmicos. A pessoa que não está sendo responsabilizada dificilmente teria razões para admitir falsamente sua responsabilidade.

Nesse contexto, o legislador tem grande liberdade para moldar um sistema de incentivos à apresentação espontânea, podendo, sem maiores problemas com a autoincriminação, chegar a ofertas como a extinção da punibilidade.[409]

---

[408] Ver supra, Parte II, 1.2.2.1.1, c).

[409] Ofertas que envolvam a delação de terceiros podem suscitar conflitos com outros direitos, como o direito à presunção de inocência do delatado. No entanto, o direito à não autoincriminação não sai afetado.

No Brasil, são exemplos dessa categoria a extinção da punibilidade pela denúncia espontânea, o pagamento nos crimes contra a ordem tributária (art. 168, § 2º, e art. 337-A, § 1º, do CP), e o acordo de leniência nos crimes contra a concorrência (art. 86, § 4º, I, e art. 87, Parágrafo único, da Lei 12.529/2011).

1.2.4.1.4 Requisito negativo – potencial trânsito da prova

O direito a não se autoincriminar somente será engajado se a prova tiver potencial de transitar para um procedimento criminal.

Como observa Manuel da Costa Andrade, do ponto de vista criminal, o grande problema não está na imposição da obrigação de colaborar com dados autoincriminatórios, mas na "admissibilidade constitucional da utilização daqueles dados autoincriminatórios (que chegaram legitimamente à administração tributária) em processo criminal".[410]

De fato, se o direito impõe uma barreira, vedando a circulação da prova a um processo criminal, não haverá problemas do ponto de vista da autoincriminação. Na medida em que o ordenamento estabeleça uma vinculação à finalidade (*Zweckbindung*), vedando a circulação ao processo criminal, estará valorizando a autodeterminação informativa (*informationelle Selbstbestimmung*)[411] e evitando o engajamento do direito à não autoincriminação.

Não necessariamente, essa vinculação à finalidade terá por foco uma política de direito criminal. Seu objetivo principal pode ser estimular a colaboração com as autoridades administrativas, liberando a pessoa de qualquer risco de represália. É o caso, por exemplo, das informações fornecidas ao censo, as quais não se costuma dar tratamento estranho à formação de políticas públicas de atendimento à população. Percebe-se que há um interesse em contar as pessoas, mesmo que eventualmente em situação irregular – um imigrante não autorizado ou um foragido, por exemplo.

---

[410] ANDRADE, Manuel da Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n. 340/2013) do Tribunal Constitucional. **Boletim de Ciências Económicas**, v. LVII, t. I, p. 385-451, 2014.

[411] Esse aspecto da autodeterminação informativa ganhou notoriedade a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão no Caso do Censo (Volkszählungsurteil – 1 BvR 209/83, de 15.02.1983).

Independentemente do objetivo buscado, o que releva é que a barreira serve como incentivo à colaboração. Ao mesmo tempo em que impõe uma coação administrativa para a negativa em colaborar, o direito oferece como contrapartida à colaboração o não uso da prova.

Um tema relevante é a possibilidade de que essa prova seja empregada como uma notícia de delito, habilitando a confirmação por outros elementos de prova, ainda que não possa ser admitida e valorada numa investigação criminal. O direito alemão caminha nessa direção, em relação aos delitos tributários, conforme § 393 do Abgabenordnung, alínea 2.1:

> 2. 1. Se no processo penal chegarem ao conhecimento do Ministério Público ou do Tribunal factos ou meios de prova provenientes do procedimento tributário que, antes da instauração do processo penal ou do conhecimento da sua instauração, o contribuinte revelou às autoridades tributárias, no cumprimento dos seus deveres tributários, tais documentos não podem ser utilizados contra ele para a prova de um crime não fiscal.

A possibilidade de usar a notícia não como prova, mas como ponto de partida para uma investigação, não produz conflitos com o direito à não autoincriminação, todavia serve como um incentivo para a não cooperação. A pessoa enfrenta o dilema de, ao colaborar, se desincumbindo das obrigações administrativas, se ver responsabilizada criminalmente, ainda que por meios indiretos.

O requisito negativo também pode se apresentar com roupagem de direito material, ao prever a extinção da punibilidade como prêmio à colaboração. Trata-se, em verdade, de outro meio para atingir o mesmo resultado: não usar a colaboração em desfavor da pessoa.

Essa opção é bastante comum em crimes tributários. Ao prever a denúncia espontânea, anterior ao início de ação fiscal, como forma de extinção da punibilidade, a legislação incentiva o contribuinte a colaborar com a apuração de seus tributos, e oferece como contrapartida o "perdão" das penas criminais.

Também é comum a possibilidade de acordos penais permitirem a extinção da punibilidade àquele que revela a própria responsabilidade e permite a reparação do dano e a responsabilização de comparsas.

Portanto, a impossibilidade de circulação da prova ao processo criminal elimina o potencial engajamento do direito à não autoincriminação. Isso não impede, entretanto, que a notícia seja utilizada para a instauração de uma investigação, buscando a confirmação da prova por outros elementos.

1.2.4.2 Limitação

Nos casos em que é engajado, o direito a não dar notícia da própria responsabilidade representa uma proteção *prima facie*.

Pouco importa para esse direito se estamos diante de uma prova que tem ou não caráter comunicativo. Direito ao silêncio e direito geral a não produzir provas contra si são equiparados.

O juízo de ponderação que pode levar o direito a ceder é informado por elementos que indicam que a notícia é superficial. Quanto menos próxima de uma efetiva condenação criminal a prova deixar a pessoa, mais a exigência da notícia inicial será tolerável. É justamente o contrário do que ocorre com a prova no curso da ação penal. Lá, é indispensável a presença de uma justa causa prévia e a prova deve se apresentar como relevante para uma elucidação dos fatos – e, possivelmente, para uma condenação. Aqui, informações tendencialmente neutras são mais bem aceitas.

A Corte Europeia de Direitos Humanos parece ter percebido a peculiaridade do direito a não dar notícia inicial no caso *O'Halloran e Francis v. Reino Unido*.[412] Considerou que o privilégio cede frente a um juízo de ponderação, tendo em vista "a natureza e o grau da coação usado para obter a prova, a existência de salvaguardas procedimentais relevantes e o uso dado ao material obtido". Quanto a este último requisito, a Corte considerou que a coação era válida, justamente porque o resultado a ser obtido era apenas uma demonstração inicial desfavorável ao suspeito. Precisaria ser reforçada por outros elementos de prova para levar à condenação.

A limitação do direito a não dar notícia da própria responsabilidade é feita com base em um juízo de proporcionalidade, que deve levar em conta elementos que indiquem que a prova tem caráter meramente inicial – como a generalidade da exigência, a neutralidade da informação

[412] O'Halloran e Francis v. Reino Unido, 15809/02 25624/02. Decisão de 29.6.2007. É duvidoso que esse fosse um caso de notícia inicial – ver infra, Parte II, 2.4.

obtida, o uso meramente inicial da prova e a existência de salvaguardas para impedir a colaboração ou contrapor o resultado desfavorável.

1.2.4.2.1 Neutralidade da informação

A neutralidade da prova, assim compreendida como seu caráter normalmente não autoincriminatório, é um fator relevante.

A ideia de neutralidade está ligada ao que se espera obter de informação com a produção da prova. Não há como ter, *a priori*, certeza sobre o caráter autoincriminatório ou não da informação a ser obtida. Todavia, algumas provas têm por destino normal demonstrar a ocorrência de um ilícito. Outras não.

A administração exige uma série de informações e de provas dos administrados, os quais, de um modo geral, não buscam retratar situações delituosas. Retomando o exemplo da administração fiscal, as declarações ao fisco normalmente refletem operações tributáveis lícitas. Só excepcionalmente algum cruzamento com o ilícito penal advém do cumprimento da exigência administrativa. O contribuinte não é diretamente indagado sobre práticas ilícitas.

Há situações, no entanto, em que a prova tem um potencial autoincriminatório direto. Pense-se na submissão de condutores escolhidos aleatoriamente a exames de alcoolemia. O objetivo dessa prova é provar se o condutor está (ou não) cometendo uma infração penal e de trânsito. Provavelmente, a maior parte deles comprovará que não estava embriagado. Mas o objetivo da prova é justamente avaliar a embriaguez.

Assim como com a generalidade da exigência, o que se tem é uma questão de grau: quanto mais neutra a prova, mais problemática sua exigência será em relação ao *nemo tenetur*.

1.2.4.2.2 Sujeitos passivos

A obrigação que pode levar ao conhecimento da infração deve ser imposta em caráter geral, ou ao menos para pessoas que se encontram em determinada situação. A generalidade ou especificidade da exigência, em relação aos sujeitos passivos, é um fator relevante para sua interação com o direito à não autoincriminação.

Exigências formuladas para a totalidade das pessoas são pouco ou nada relevantes para o *nemo tenetur*. Assim, a obrigação de se submeter à identificação civil e a obrigação de prestar declarações sobre atividades econômicas ao fisco são impostas a todas as pessoas, bastando ter ligação com o país ou com alguma atividade econômica.

Por sua vez, exigências direcionadas a pessoas em situações específicas costumam estar ligadas a situações que, ainda que de forma embrionária, indicam a prática de ilícitos, possivelmente de crimes. Assim, a obrigação do condutor que se envolve em acidente de se submeter a exame de alcoolemia[413] e a obrigação do condenado a se submeter ao sequenciamento de DNA.

Portanto, na avaliação da proporcionalidade da imposição, quanto mais geral a exigência, menor a interação com o *nemo tenetur*, e vice-versa.

1.2.4.2.3 Salvaguardas

As salvaguardas dizem com as alternativas oferecidas para evitar a produção da prova, ou para impedir sua eficácia.

A Corte Europeia de Direitos Humanos sustentou que a existência de salvaguardas é um fator a considerar para autorizar a produção de provas potencialmente incriminatórias. No caso, a legislação previa que o proprietário do veículo era dispensado de identificar o condutor no momento da infração, desde que demonstrasse que não sabia e não teria condições de, com razoáveis esforços, apurar quem era o condutor.

As salvaguardas podem ser de diversas ordens. Um grupo diz com situações em que não seria proporcional impor a produção da prova. Assim, no caso do proprietário, vai haver hipóteses em que não seria proporcional exigir que ele preste contas do condutor – no caso de o veículo ter sido furtado, por exemplo.

Outro diz com o descarte da informação obtida. Um exemplo comum é o da inclusão de perfil genético em bancos de dados. A previsão de hipóteses em que a informação é descartada

[413] No Brasil, essa obrigação consta do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro.

fortalece a proporcionalidade da exigência – por exemplo, pela absolvição do imputado ou pelo decurso de largo tempo desde a condenação.

O tema da temporalidade é um ponto de interseção entre o direito a não produzir provas contra si mesmo e os direitos à privacidade e à intimidade. A temporalidade vigente de acordo com o direito em voga no momento da produção da prova diz mais diretamente com o *nemo tenetur* – com base nela, se verifica a existência de uma salvaguarda, a qual poderá ser relevante para a avaliação da proporcionalidade da obrigação. Uma vez produzida a prova, a contestação da guarda da informação se desloca em direção à privacidade e à intimidade. Nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que a manutenção de padrões biométricos colhidos de indivíduos suspeitos de delitos, mas que não chegam a ser condenados, e de condenados por delitos leves pode ser ofensiva à privacidade.[414]

O tema das salvaguardas é bastante aberto e depende de uma avaliação de proporcionalidade, a ser realizada em relação a cada tipo de prova e também nos casos concretos. É possível que, em determinadas situações, nenhuma salvaguarda seja admitida. Para cada situação e tipo de prova, salvaguardas diversas podem ser admissíveis.

1.2.4.2.4 Uso da prova

O uso da prova diz com a possibilidade de usar a prova em investigação ou processo criminal e com o potencial valor incriminatório por ela representado.

Como visto, a produção compulsória da prova não levará ao engajamento do direito à não autoincriminação, se ela não for admissível em processo penal.

Caso admissível, sua produção será tanto mais palatável, do ponto de vista do *nemo tenetur*, quanto menor for sua relevância e maior for a necessidade de corroboração por outros elementos.

Assim, a prova meramente indiciária ou que possa ser contraposta eficazmente no curso de uma persecução penal é mais tolerável do que aquela que demonstra de forma direta ou plena

[414] Respectivamente, S. e Marper v. Reunido Unido, 30562/04 e 30566/04. Decisão de 4.12.2008; Gaughran v. Reino Unido. 45245/15. Decisão de 13.2.2020.

a responsabilidade criminal. A prova indiciária não demonstra diretamente o fato a ser comprovado, exigindo normalmente corroboração por outros elementos.

É também pressuposto da produção de qualquer prova que ela possa ser contestada. O processo penal não se compatibiliza com provas incontestáveis. Mesmo a confissão pode ser retratada e contraposta a outros elementos. Assim, não importa qual a prova envolvida: sempre restará ao imputado a possibilidade de oferecer contraprova, demonstrando a sua inocência. Mas, no caso, a contestação deve ser entendida como uma possibilidade real de demonstrar a irresponsabilidade por outros meios.

1.3 CONCLUSÕES PARCIAIS

O direito a não produzir provas contra si mesmo é um problema exclusivo da persecução penal, não obstante outras formas de responsabilização possam ser interpretadas como penais para essa finalidade. A colaboração deve ser coagida – a colaboração espontânea não está no escopo do direito à não autoincriminação.

Há dois grandes regimes de limitação ao direito a não produzir provas contra si mesmo: um favorece o imputado em relação à instrução criminal; outro assiste qualquer pessoa que possa ser chamada a dar notícia da própria responsabilidade criminal.

No curso da ação penal, não é possível coagir à proteção de provas comunicativas – o direito ao silêncio é absoluto. Há um direito a não colaborar com outras provas, mas é um direito *prima facie,* que pode ceder em um juízo de proporcionalidade no qual são levados em conta a justa causa e a relevância potencial da prova.

Na notícia inicial da própria responsabilidade, a proteção atua de forma idêntica em relação a provas comunicativas e não comunicativas. Qualquer pessoa que, não sendo suspeita, é chamada a prestar informações potencialmente autoincriminatórias – em razão de obrigações administrativas, ou para a instrução de processos criminais, cíveis ou administrativos – tem o direito *prima facie* a não colaborar. Com base em lei, esse direito pode ceder, em situações em que isso seja proporcional. Jogam em favor de impor a obrigação potencialmente autoincriminatória a generalidade da obrigação, a neutralidade da prova e o caráter inicial da

eventual descoberta, além de outros elementos, como a existência de uma relação de particular sujeição, que leve a um dever de dar explicações ou de prestar contas.

O direito ao silêncio se comporta, na maior parte dos casos, como uma garantia absoluta, ao passo que o direito geral a não produzir provas contra si mesmo é uma garantia apenas *prima facie.*

2 CASOS ESPECÍFICOS

No capítulo anterior, foram estabelecidas as bases para projetar o direito a não produzir provas contra si mesmo a casos concretos.

Como visto, há dois grandes regimes de limitação ao direito a não produzir provas contra si mesmo: um favorece o imputado em relação à instrução criminal; outro assiste qualquer pessoa que possa ser chamada a dar notícia da própria responsabilidade criminal.

No curso da ação penal, não é possível coagir à produção de provas comunicativas – o direito ao silêncio é absoluto. Há um direito a não colaborar com outras provas, mas é um direito *prima facie*, que pode ceder, em um juízo de proporcionalidade, no qual são levadas em conta a justa causa e a relevância potencial da prova.

Na notícia inicial da própria responsabilidade, a proteção atua de forma idêntica em relação a provas comunicativas e não comunicativas. Qualquer pessoa que, não sendo suspeita, é chamada a prestar informações potencialmente autoincriminatórias – em razão de obrigações administrativas, ou para a instrução de processos criminais, cíveis ou administrativos – tem o direito *prima facie* a não colaborar. Com base em lei, esse direito pode ceder, em situações em que isso seja proporcional. Jogam em favor de impor a obrigação potencialmente autoincriminatória a generalidade da obrigação, a neutralidade da prova e o caráter inicial da eventual descoberta, além de outros elementos, como a existência de uma relação de particular sujeição, que leve a um dever de dar explicações ou de prestar contas.

Neste último capítulo, projetaremos essas bases teóricas a algumas hipóteses que vêm causando polêmica em diversos ordenamentos jurídicos.

2.1 INTERVENÇÕES E EXAMES CORPORAIS

Há uma infinidade de provas que podem ser obtidas pela análise ou manipulação do corpo do acusado. O físico guarda e libera vestígios que podem servir à elucidação dos fatos. Para ficar em alguns exemplos, por meio de pesquisas no corpo pode-se identificar a pessoa (fotografias, impressões digitais, DNA e outras impressões biométricas), ligá-la a vestígios (a

imagem corporal pode despertar a memória de testemunhas, impressões digitais e material biológico encontrado em locais de crime podem ser ligados a pessoas), demonstrar seu envolvimento em determinada situação (ferimentos podem indicar o envolvimento em confronto; sinais de pólvora nas mãos, o disparo de arma de fogo), ou estado (exames de alcoolemia ou toxicológicos para a embriaguez), ou mesmo servir à recuperação de corpos estranhos (cirurgias podem servir à recuperação de drogas escondidas no trato digestivo ou de projéteis alojados nos músculos).

Nenhum país excluí por completo o uso do corpo como prova. Isso não impede que, motivado pelo direito a não produzir provas contra si mesmo e por outros direitos, esse uso sofra limitações.[415]

No direito alemão, faz-se uma diferença entre inspeções corporais (*körperliche Untersuchung*) e intervenções corporais (*körperliche Untersuchung*).[416]

No direito brasileiro existe lei regulando o uso de fotografia, parâmetros biométricos e material biológico para fins de identificação criminal – art. 3º, IV, e art. 5º, da Lei 12.037/2009. Para a investigação criminal, muito pouco existe de regulamentação. No mais das vezes, a admissibilidade das análises e das inspeções corporais é relegada ao exame judicial de proporcionalidade, sem parâmetros legais que reduzam a discricionariedade.

Alguns casos se repetem e merecem um estudo mais profundo. Neste trabalho, investigamos a análise de perfil de DNA e os exames de alcoolemia.

2.1.1 Perfil de DNA

O uso do DNA ligado à segurança pública e à investigação criminal tornou-se onipresente nos países desenvolvidos nas últimas décadas.

O sequenciamento do DNA é usado para três grandes funções: identificação, investigação e prevenção.

---

[415] Para uma análise de direito comparado sobre as intervenções corporais, ver: ASSIS, Éder Pereira de. **Do conflito entre o direito à produção de provas e o direito à não autoincriminação – *nemo tenetur se detegere* – no tocante às intervenções corporais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
[416] § 81a do StPO.

Na identificação, é possível saber a identidade de suspeitos e vítimas, mediante comparação com amostras próprias ou de parentes.

Na investigação, é possível comparar o perfil de DNA extraído de vestígios biológicos encontrados em cenas de crimes com outras amostras. Essa comparação pode ocorrer tanto com o perfil de um suspeito, obtido para aquela investigação específica, quanto com uma gama de perfis de DNA armazenados em um banco de dados.

Os diversos ordenamentos jurídicos regulam a alimentação dos bancos de dados de perfis de DNA de diversas formas. De um modo geral, condenados – por vezes, mesmo suspeitos – por crimes violentos ou com alguma gravidade têm seu perfil compulsoriamente extraído e inserido no banco de dados.

Uma pessoa inserida em um banco de dados de perfis de DNA pode ser implicada não apenas em um delito específico sobre o qual já é investigada, mas em qualquer outro delito já ocorrido ou que venha a ocorrer. Os perfis inseridos nos bancos de dados podem ser comparados com vestígios de todos os delitos não resolvidos. Da mesma forma, novos vestígios podem ser comparados com os perfis pessoais.

Assim, os bancos de dados acabam servindo não apenas à persecução, mas também à prevenção de delitos. Uma pessoa que teve seu DNA sequenciado saberá que, se deixar vestígios biológicos em um local de crime, será facilmente ligada ao fato. Esse efeito inibitório poderia, por exemplo, levar um estuprador a se abster de cometer um novo delito, ou ao menos a usar preservativo.

Portanto, a aplicabilidade forense do DNA é maiúscula, perpassando os campos da identificação, investigação e prevenção.

Como demonstra Denise Hammerschmidt, o objetivo das análises forenses ou periciais do DNA (*DNA analysis*) é meramente comparativo, não tendo nenhuma pretensão diagnóstica ou de controle. Assim, a finalidade do uso forense do DNA resume-se a encontrar e determinar "uma coincidência entre duas ou mais amostras de DNA, sem pretender realizar diagnóstico nenhum sobre o objeto da prova, nem revelar informação de tipo algum a partir da qual se possa identificar a constituição genética da pessoa".[417]

[417] HAMMERSCHMIDT, Denise. **Identificación genética, discriminación y criminalidad**. Curitiba: Juruá,

Para realizar a comparação, amostras biológicas são submetidas a testes genéticos para obter dados genéticos. Os dados genéticos, por sua vez, são comparados entre si.

O processo de comparação do DNA parte de amostras biológicas, ou seja amostras de tecidos corpóreos.[418] O usual é a comparação de "amostra-problema", "por regra um vestígio biológico encontrado na cena do crime, no corpo da vítima ou noutros objetos: sangue, sémen, saliva, pelos, tecidos, caspa ou outros restos epidérmicos, etc.", com "amostra de referência", obtida a partir de um doador identificado.[419] Portanto, o uso do DNA na investigação pressupõe a obtenção de amostra biológica de pessoa identificada – suspeito ou condenado – para a comparação com os vestígios.

Em tese, a amostra de referência pode ser obtida mediante diversas técnicas, várias delas prescindindo da colaboração do imputado. Objetos de uso pessoal – escovas de dentes ou cabelo, travesseiro, roupas, etc. – podem bastar para obter o material biológico necessário. Entretanto, para ter convicção de que o material examinado é mesmo daquela pessoa e está livre de contaminações, o ideal é que a coleta seja feita por um técnico diretamente do corpo do sujeito.

Atualmente, a técnica de coleta mais usada é indolor e não invasiva.[420] Usam-se células da mucosa bucal, obtidas mediante a fricção de uma haste com um algodão na ponta (zaragatoa ou *swab*) contra a parte interna da bochecha.

As amostras biológicas são submetidas a testes genéticos, os quais consistem em análises laboratoriais [421] e cujo objetivo é obter dados genéticos.

2012. p. 111.

[418] A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco, de 2003, define amostra biológica como "qualquer amostra de material biológico (por exemplo células do sangue, da pele e dos ossos ou plasma sanguíneo) em que estejam presentes ácidos nucleicos e que contenha a constituição genética característica de um indivíduo" (artigo 2º, iv).

[419] BRAVO, Jorge dos Reis; LEAL, Celso. **Prova genética**: implicações em processo penal. Lisboa: Universidade Católica, 2018. p. 43. Em verdade, existem outras comparações possíveis. A comparação entre amostras-problema pode indicar que o mesmo autor, ainda não identificado, praticou diversos delitos. A comparação entre amostras de referência pode indicar relações de parentesco entre sujeitos.

[420] A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco, de 2003, define método invasivo como "obtenção de uma amostra biológica por um método que implica uma intrusão no corpo humano, por exemplo a extracção de uma amostra de sangue com a ajuda de uma agulha e de uma seringa; e método não invasivo como "obtenção de uma amostra biológica por um método que não implica intrusão no corpo humano, por exemplo por zaragatoa bucal" (artigo 2º, vii e viii).

[421] A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco, de 2003, define teste genético como "método que permite detectar a presença, ausência ou modificação de um determinado gene ou cromossoma,

Dados genéticos são as informações sobre o genoma constante da amostra.[422] Os testes genéticos empregados para fins forenses destinam-se à identificação e ao armazenamento de apenas uma pequena parte dos dados genéticos da amostra, o perfil genético. Identificam-se padrões em trecho do genoma, os quais são expressos em uma série de números e letras. Essa sequência alfanumérica é suficiente para identificar o indivíduo, uma vez que a repetição da combinação é quase impossível. A sequência alfanumérica é denominada perfil genético.

Fora o gênero, o perfil genético diz sobre as características do indivíduo tanto ou menos que suas impressões digitais. O que o direito determina não é a manutenção do material biológico, mas apenas a realização do sequenciamento de uma pequena parte do genoma, a qual não corresponde a características físicas ou comportamentais do sujeito – o DNA não codificante.

O uso do DNA não codificante é um fator importante na proteção da privacidade. É o DNA codificante o responsável pelo "armazenamento do programa de informação genética sobre características (externamente visíveis, como a estatura, a cor da pele, dos olhos, do cabelo), doenças e patologias (passadas, atuais e futuras) e, eventualmente, predisposição para a adoção de certos comportamentos".[423] Os testes genéticos de uso forense são destinados a identificar o DNA não codificante. O DNA não codificante é incapaz de determinar características do indivíduo, as chamadas características fenotípicas.

Além de não expressar características físicas ou comportamentais, o DNA não codificante é mais interessante para a identificação. Ele representa a maior parte do genoma (cerca de 97%) e é "altamente individualizador, dada a sua hipervariabilidade e polimoformismo".[424]

Note-se que o material biológico não é retido nesse procedimento. As amostras de referência são destinadas à realização dos testes e, caso não consumidas, devem ser descartadas.

---

incluindo um teste indirecto para um produto genético ou outro metabolito específico essencialmente indicativo de uma modificação genética específica" (artigo 2º, xii).

[422] A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco, de 2003, define dados genético como "informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas".

[423] BRAVO, Jorge dos Reis; LEAL, Celso. **Prova genética**: implicações em processo penal. Lisboa: Universidade Católica, 2018. p. 42.

[424] BRAVO, Jorge dos Reis; LEAL, Celso. **Prova genética**: implicações em processo penal. Lisboa: Universidade Católica, 2018. p. 42.

A retenção do material biológico identificado poderia possibilitar a contaminação de cenas de crimes e a incriminação falsa de inocentes. Portanto, por razões de segurança, a pequena quantidade de material biológico colhida é consumida no exame, ou descartada. As amostras do corpo do suspeito não ficam custodiadas.

O que se guarda é apenas a sequência alfanumérica obtida, a qual constitui o perfil genético. A partir do perfil genético, não se consegue formar ou contaminar vestígios. Não se consegue percorrer o caminho inverso, transformando a sequência de números correspondente ao perfil genético em material biológico. Sob esse aspecto, o perfil genético é mais seguro do que as impressões digitais. Em teoria, uma impressão digital poderia ser usada como base para um molde, que permita "carimbar" a digital da pessoa em uma cena de crime. Mas, do perfil de DNA, não se consegue formar material biológico, pelo que não existe a possibilidade teórica de contaminar propositalmente uma cena de crime a partir de um perfil de DNA.

O sequenciamento do DNA entrecruza o direito a não produzir provas contra si mesmo em dois campos: o da persecução penal e o da notícia inicial de delitos.

No campo da persecução penal, o cruzamento ocorre quando uma pessoa, identificada como suspeita de um delito, é chamada a contribuir, fornecendo seu material genético. Essa amostra de referência pode servir à identificação criminal – identificação de uma pessoa não civilmente identificada ou com dúvidas quanto a sua identificação civil – ou à investigação do delito – ligando ou não o perfil genético do suspeito ao do vestígio.

No campo da notícia inicial do delito, a obtenção e a guarda do perfil de DNA ocorrem em razão da condenação – em alguns ordenamentos jurídicos, mesmo da suspeita – pela prática de determinados delitos.[425] Trata-se de consequência automática da situação base.

Ambas as situações não costumam ser tratadas como estanques. Ao que se conhece do direito comparado, nenhum dos países exclui a possibilidade de o perfil de DNA obtido em razão de uma determinada persecução penal ser comparado a todo o banco de perfis genéticos

[425] Situações não ligadas a uma suspeita também podem levar à inclusão no banco de dados. Por exemplo, os investigadores costumam ter seu perfil inserido no sistema. A finalidade dessa providência é identificar contaminações acidentais – ao trabalhar as amostras, os investigadores e os peritos podem contaminá-las com o próprio material biológico. O ordenamento jurídico poderia permitir que o perfil do *staff* fosse usado para apurar delitos cometidos pelos próprios. Esse uso suscita problemas de privacidade e de autodeterminação informacional, mas não parece que o direito à não autoincriminação entre em jogo.

até o momento existente, podendo gerar a notícia até então insuspeita do envolvimento do sujeito em outros delitos. Da mesma forma, o perfil de DNA extraído como consequência automática de uma condenação pode levar à identificação do sujeito como um condenado foragido, que assumiu uma nova identidade.

As preocupações com o uso forense da análise de DNA giram em torno de invasão à privacidade representada pela posse da informação e quanto ao uso indevido da informação.

A invasão à privacidade representada pela posse da informação pode ser administrada a níveis toleráveis, com o emprego de limitações legislativas e técnicas que limitem a informação genética capturada e retida ao mínimo indispensável para a comparação. Como visto, os dados genéticos que a legislação dos países democráticos permite recolher não possibilitam reproduzir características das pessoas (DNA não codificante). Assim, preocupações com uma invasão de tal natureza que vai "âmago do ser", representando "um mergulho, profundo, na individualidade do investigado", chegando ao ponto de violar a proporcionalidade,[426] são neutralizadas. O DNA não codificante está mais abaixo da superfície da individualidade da pessoa que as impressões digitais porque se encontra dentro de todas as suas células, mas não porque diz mais sobre ela.[427]

Restam preocupações com o "uso indevido"[428] da informação genética. Essas preocupações giram em torno do uso da informação genética para fins de perseguição ao indivíduo.

---

[426] MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 98, p. 339-358, 2012. Em sentido semelhante: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FURTADO, Valtan Timbó Martins Mendes Furtado. Investigação criminal genética: banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 2, p. 809-842, 2018.

[427] Duas observações são importantes neste ponto. A primeira é que o perfil de DNA também diz sobre a relação de uma pessoa com outras, desvelando as relações de parentesco a partir dos perfis genéticos. A segunda é que existem estudos, até o momento incipientes, na direção de, a partir de testes de DNA, obter informações sobre o fenótipo, o que é conhecido como "*genetic intelligence*". A aplicação dessa técnica às amostras-problema poderia, em tese, indicar as características físicas de um suspeito. A identificação de algumas características fenotípicas, como, por exemplo, a cor ruiva do cabelo, já é tecnicamente viável. Isso levanta uma série de preocupações éticas, mas pode permitir direcionar a investigação. O uso da técnica sobre amostras de referência, no entanto, parece de pouco ou nenhum interesse para a investigação, na medida em que o doador já está identificado. Ver: BRAVO, Jorge dos Reis; LEAL, Celso. **Prova genética**: implicações em processo penal. Lisboa: Universidade Católica, 2018.

[428] SCHIOCCHET, Taysa. O humano entre o direito e a genética: pressupostos para o debate legislativo acerca das implicações jurídicas concernentes à criação de bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal. *In*: SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2015. p. 29-59. p. 51.

Usar informações genéticas para devassas ou perseguições não seria exequível. A comparação de DNA apresenta limitações semelhantes às comparações de impressões digitais. Exige a obtenção de vestígios em um local em que a pessoa possa ter passado, o que é um processo difícil e demorado. Além disso, exige a submissão do material a testes.

Outras tecnologias, como o reconhecimento facial ou o georreferenciamento de aparelhos móveis, permitem acompanhar pessoas em tempo real, com muito menos custo. O uso dessas novas tecnologias para vigilância em massa ou para realização de devassas é uma ameaça muito maior à privacidade.

Feitas essas considerações, resta avaliar o uso da coação para a coleta de amostra biológica diretamente do corpo do imputado. Essa avaliação deve ser feita de acordo com a ocasião que levou a sua adoção: persecução penal ou inserção automática em banco de dados.

Na persecução penal, a obtenção compulsória de amostra de DNA pode ser possível, fazendo ceder o direito à não autoincriminação.

O uso da coação direta não é especialmente cruel. Com a colaboração do imputado, a medida não impõe grandes riscos, pois o método empregado para a coleta da amostra é não invasivo. Mesmo com a resistência, em tese, a amostra poderia ser obtida, mediante imobilização.

A obtenção da amostra apresenta potencial epistêmico elevado, pelo que a substituição da produção da prova pela coação indireta não seria adequada. Eventualmente, contudo, pode-se cogitar substituir a coação direta pela coleta de amostras em objetos de uso pessoal do imputado, obtidos mediante busca e apreensão. Essa substituição aumenta o risco de contaminação, mas contorna o problema do direito à não autoincriminação. Assim, é uma alternativa a ser considerada com seriedade.

Dado esse contexto, a submissão do imputado a exame de DNA no curso da persecução penal é pouco agressiva a outros direitos fundamentais e pode, mediante juízo de ponderação, levar ao afastamento do direito a não produzir provas contra si mesmo.

No campo da notícia inicial, pela inclusão do perfil de DNA em banco de dados, a informação é, em princípio, neutra – o perfil de DNA, por si só, não indica a propensão ou a prática concreta de delitos. Eventualmente, o cruzamento de dados pode levar à suspeita inicial

da responsabilidade por outros delitos, a qual precisará ser corroborada por outros elementos. Por exemplo, a acusação toma conhecimento de que o perfil genético de um sujeito corresponde ao do sêmen obtido no corpo de uma suposta vítima de estupro. Para confirmar a ligação de um e de outro, terá que demonstrar a confiabilidade da coleta do vestígio e da amostra, dos exames realizados em ambos. Terá, outrossim, que provar que houve constrangimento violento à prática do ato e mesmo rebater outras possibilidades, como a contaminação ou o uso fraudulento do material com o propósito incriminatório.

O sequenciamento de DNA de condenados e de suspeitos é, em princípio, necessário e adequado ao combate à criminalidade. Será proporcional em sentido estrito, a depender da imputação. Crimes graves ou violentos certamente justificam a medida.

Alguns países preveem a exclusão da informação do banco de perfis genéticos após algum tempo. A deleção da informação não parece conectada ao direito a não produzir provas contra si mesmo. O tema parece dizer diretamente com a privacidade e a autodeterminação informacional, na medida em que a prova já está produzida, não sendo relevante de ulterior colaboração do sujeito. A Corte Europeia de Direitos Humanos sinalizou nessa direção. Entendeu que a retenção por prazo indefinido do perfil de DNA – além de fotografias e impressões digitais – não é, por si só, desproporcional, desde que oferecidas salvaguardas. No caso concreto, a retenção foi considerada contrária à Convenção, especificamente por se tratar de um crime leve e sem levar em conta o decurso de tempo e outras questões referentes ao indivíduo.

No direito brasileiro, no interesse da persecução penal, a coleta de material biológico para a obtenção de perfil genético exige autorização judicial (art. 3º, IV, combinado com o art. 5º, Parágrafo único, da Lei 12.037/2009, incluído pela Lei 12.654/2012). A identificação do perfil genético também é prevista como efeito automático da condenação por "crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa" ou hediondo (art. 9-A da Lei 7.210/1984, incluído pela Lei 12.654/2012). Em qualquer caso, as "informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero" (art. 5º-A, § 1º, da Lei 12.037/2009, incluído pela Lei 12.654/2012). Os perfis têm caráter sigiloso (art. 5º-A, § 2º, da Lei 12.037/2009, incluído pela Lei 12.654/2012; art. 9º-A da Lei 7.210/1984, incluído pela Lei

12.654/2012). O titular dos dados pode exigir acesso ao perfil e à cadeia de custódia do material que levou a sua extração (art. 9º-A da Lei 7.210/1984, incluído pela Lei 12.654/2012). Os perfis devem ser excluídos em caso de absolvição ou, a requerimento, após vinte anos do cumprimento da pena (art. 7º-A da Lei 12.037/2009, incluído pela Lei 13.964/2019).

A lei brasileira reforça o dever do condenado de fornecer material biológico mediante a cominação de falta disciplinar grave na execução penal (art. 9º-A, § 8º, da Lei 7.210/1984, incluído pela Lei 13.964/2019). Não resta claro, no entanto, se existe a possibilidade de coação direta a fornecer o material.

Em princípio, a legislação brasileira está em conformidade com o direito à não autoincriminação. A submissão ao sequenciamento de DNA oferece garantias e salvaguardas.

2.1.2 Alcoolemia

A submissão do condutor de veículo a testes de embriaguez gera muitas dúvidas quanto à compatibilidade com o direito à não autoincriminação.

O exame de alcoolemia ou de ingestão de outras drogas ocorrerá por amostragem ou sob suspeita. Em ambos os casos, a submissão compulsória ao exame é, em princípio, compatível com o direito à não autoincriminação.

Quando realizado por amostragem, de forma aleatória dentre condutores de veículo, o caso pode ser qualificado como de notícia inicial de delito. Os condutores em geral estão sujeitos à obrigação de se submeter a fiscalizações diversas, dentre elas a de realizar testes de sobriedade. É certo que o impacto da prova é bastante expressivo: a prova da alcoolemia, somada à prova de que o sujeito estava conduzindo o veículo automotor, costuma ser suficiente para a condenação. Ainda assim, o motorista se coloca em uma situação de particular sujeição às exigências administrativas, tendo um especial dever de prestar contas.

A situação não muda substancialmente quando está em jogo o envolvimento em acidente de tráfego. Há uma correlação entre embriaguez e acidentes automobilísticos, pelo que vários países preveem a submissão obrigatória a exames de alcoolemia em casos de

envolvimento em incidentes. Mas não necessariamente os envolvidos em acidente de trânsito estão embriagados.

Nos casos em que o exame não é realizado por uma fiscalização de rotina ou por envolvimento em acidente de trânsito, mas pela suspeita de que o condutor estava embriagado, entra em jogo também o direito à não autoincriminação relacionado à persecução penal.

Os exames de alcoolemia são, via de regra, realizados por meio de equipamentos que medem o nível de álcool diluído no ar expirado pelo sujeito – bafômetro. A coação direta a colaborar com esse tipo de exame é praticamente impossível.

Uma outra forma possível de testar é o exame de sangue, o qual depende da extração de amostra de sangue venoso. Trata-se de um procedimento invasivo, ainda que bastante seguro e usual. A coação ao exame de sangue é, teoricamente, possível, mediante imobilização do imputado. muito embora a resistência do imputado possa causar algum risco a ele mesmo ou aos peritos.

O condutor tem especial dever de prestar contas. A própria Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou que o proprietário de veículo automotor se submete a um regime muito regulado, estando em situação da qual se pode exigir contas.[429] A situação do condutor é de ainda maior submissão ao dever de prestar contas.

O álcool é metabolizado rapidamente, pelo que é razoável que a decisão de submeter o condutor aos exames seja entregue à polícia ou ao Ministério Público, prescindindo de intervenção jurisdicional.

Assim, em princípio, a submissão do imputado ao exame de alcoolemia, mesmo de forma compulsória, não seria desproporcional, tanto em casos em que há uma suspeita inicial de embriaguez quanto em testes de rotina.

Muitos países preferem usar a coação indireta, evitando as complicações de submeter alguém resistente aos exames de embriaguez. Estabelecem, em razão da recusa em colaborar, pena equivalente àquela aplicada ao condutor embriagado. De fato, há várias complicações jurídicas e práticas em submeter o condutor ao exame de forma compulsória. Submeter o condutor a exame à força é dispendioso e potencialmente perigoso à integridade física dele

[429] O'Halloran e Francis v. Reino Unido, 15809/02 25624/02. Decisão de 29.6.2007.

próprio, dos condutores e dos peritos. Se o condutor conseguir evitar o exame, restariam apenas os depoimentos de pessoas que presenciaram o estado de embriaguez e a própria recusa como indício. Em situações de embriaguez moderada, a recusa seria a principal, talvez a única prova.

A coação indireta não parece, tampouco, desproporcional.

No direito brasileiro, a legislação sobre a condução de veículos terrestres não prevê a coação direta à realização do exame. A opção do legislador foi por permitir que a embriaguez seja demonstrada por qualquer meio de prova. Nesse sentido, dispõe a lei que a demonstração pode ser feita "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" (art. 306, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro).

As sanções administrativas cominadas para o motorista que se recusa a fazer o exame de alcoolemia são idênticas àquelas aplicáveis ao motorista que está embriagado (165-A do Código de Trânsito Brasileiro, incluído pela Lei 13.281/2016). O Supremo Tribunal Federal conferiu repercussão geral a recurso extraordinário que discute a constitucionalidade dessa cominação.[430] O caso ainda pende de julgamento.

Dessa forma, há bons fundamentos para fazer ceder o direito à não autoincriminação, mediante a submissão do imputado ao exame de alcoolemia, mesmo de forma compulsória, tanto em casos em que há uma suspeita inicial de embriaguez quanto em testes de rotina. A alternativa – sancionar a recusa em colaborar com o exame – também é proporcional e pode ser compatibilizada com o direito à não autoincriminação.

2.2 DECLARAÇÕES A ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS

Deveres de prestar informação, entregar documentos e, de outra forma, colaborar com órgãos administrativos fazem parte do cotidiano atual.

A doutrina portuguesa faz referência à submissão dos particulares a "'regimes regulatórios', orientados sobretudo por finalidades de regulação ou organização (não

[430] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.224.374**. Decisão de 28.2.20 (Tema 1079).

repressivas ou sancionatórias)", os quais "envolvem em regra 'condutas de massa'" e no âmbito dos quais se estabelecem "plúrimos deveres de informação e entrega de documentos".[431]

O exemplo mais notório desses regimes é o da fiscalização tributária. Os contribuintes são obrigados a manter registros e a prestar declarações ao fisco – bem como a apresentar documentos e a franquear acessos aos fiscais para inspeções. Essas declarações buscam permitir a apuração dos tributos devidos, a ser fiscalizada por amostragem ou quando necessário. O objeto dessas declarações não está voltado para condutas criminosas. São, portanto, informações neutras – em princípio.

Estamos falando, gize-se, de declarações prestadas periodicamente ou em determinadas situações, para a apuração de tributos. Não estamos falando de interrogatórios ou declarações exigidas em processos administrativos, a partir de uma suspeita de infração já estabelecida.

No caso brasileiro, seriam as declarações que embasam o lançamento por homologação (art. 150 do Código Tributário Nacional).

Todavia, é possível que esse tipo de declaração sirva como a notícia de infrações penais. As declarações podem revelar crimes fiscais e mesmo infrações criminais diversas. Um funcionário público corrupto, por exemplo, deveria declarar imposto de renda sobre a propina; um traficante de drogas, pelo lucro de suas vendas.

Não há maiores dúvidas de que o conteúdo eventualmente autoincriminatório não impede a exigência de declarações a órgãos administrativos para fiscalização de relações massificadas. Manoel da Costa Andrade esclarece que a validade dos "deveres de informação e de cooperação que impendem sobre o contribuinte não é posta em causa pela eventualidade - na prática, a frequência, mesmo a normalidade - de obrigarem o contribuinte a dar informações ou entregar documentos de conteúdo autoincriminatório".[432]

A simples exigência dessas declarações gera algumas perplexidades. Aquele que tem um empreendimento ilícito dificilmente declarará os fatos geradores proibidos ao fisco. A legislação alemã soluciona o tema de uma maneira sofisticada (§ 393 AO). De um lado, proíbe

---

[431] SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018. p. 383.
[432] ANDRADE, Manuel da Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n. 340/2013) do Tribunal Constitucional. **Boletim de Ciências Económicas**, v. LVII, t. I, p. 385-451, 2014.

o uso de meios para obrigar o contribuinte a declarar condutas que podem ser crimes fiscais. De outro, veda o uso das declarações e outras colaborações coagidas no processo fiscal para instruir a persecução penal por crimes não fiscais.

A vedação do uso de meios coativos para colaborar com infrações respeita o direito do contribuinte à não autoincriminação, quando ele se torna suspeito de uma infração fiscal. Ou seja, se há suspeita de crime fiscal – deixar de escriturar vendas, por exemplo –, passa-se a respeitar a prerrogativa de não autoincriminação, deixando-se de usar os meios coativos para obter a confissão do delito.

Essa primeira hipótese valoriza o direito a não produzir provas contra si mesmo, à medida que a suspeita vai se tornando concreta.

A vedação ao uso das declarações fiscais para a persecução de delitos não fiscais valoriza o direito a não produzir provas contra si mesmo, na medida em que impede o traslado das declarações para o processo penal. Teoricamente, serve como incentivo para que, a despeito de cometer delitos, a pessoa pague tributos sobre suas operações.

As declarações fiscais podem levar à notícia inicial de delitos. Assim, apesar de seu conteúdo declarativo, é viável uma limitação ao direito de não produzir provas contra si mesmo, amparada em um juízo de proporcionalidade. Essas declarações são exigidas em caráter geral e são, em princípio, neutras. Ainda que muito relevantes, sozinhas, não seriam suficientes para a condenação. Em princípio, é viável e proporcional a imposição dessas obrigações, a despeito do direito a não produzir provas contra si mesmo.

Limitações ao uso de meios coativos ou ao uso da prova, como preconiza a legislação fiscal alemã, são relevantes para fins de política criminal e, inegavelmente, servem como um reforço adicional ao direito a não produzir provas contra si mesmo.

No entanto, é fato que essa solução não é generalizada nem sequer em outros ramos em que declarações a órgãos administrativos são exigidas.

Em vários contextos, as declarações administrativas podem ser exigidas. Não há uma garantia absoluta contra o uso das declarações prestadas a autoridades administrativas em processos criminais, na medida em que submetidas ao regime da notícia inicial do delito, no qual o direito a não produzir provas contra si mesmo pode ceder. Ainda assim, barreiras ao uso

de meios coativos, uma vez estabelecida uma suspeita de delito, ou ao traslado da prova para o processo criminal, reforçam o direito a não produzir provas contra si mesmo e podem vir no interesse da própria Administração.

2.3 ENTREGA DE DOCUMENTOS OU COISAS NO PROCESSO PENAL

A entrega compulsória de documentos ou coisas no processo penal lança várias preocupações quanto ao direito à não autoincriminação.

A entrega de documentos deve se limitar aos documentos já existentes. O direito ao silêncio envolve qualquer forma de comunicação, não apenas as declarações verbais. Logo, o imputado não pode ser obrigado a produzir ato cujo conteúdo comunicado venha em seu desfavor, sob pena de violação ao direito ao silêncio. Assim, a exigência de que o imputado preste, por escrito, contas sobre determinado ocorrido, violaria diretamente o direito ao silêncio, e estaria por ele vedada.

A questão é um tanto diversa quanto a documentos ou coisas pré-existentes. A possibilidade de aquisição de papéis e coisas pelas investigações, por meio de buscas e apreensões, é bem estabelecida e não viola o direito à não autoincriminação. Portanto, a aquisição de documentos e coisas não é, em si, um problema quanto a esse direito.

O foco da questão reside em impor uma obrigação de entrega. Trata-se de uma obrigação de colaborar que é, em princípio, vedada pelo direito a não produzir provas contra si mesmo. Sua imposição depende de fazer o privilégio contra a autoincriminação ceder, em um juízo de proporcionalidade.

Por vezes, a investigação tem muita dificuldade em obter diretamente documentos de interesse para as apurações. É o caso, por exemplo, de documentos relativos a transações em outros países. Algumas circunscrições protegem de forma quase absoluta certos tipos de dados – dados bancários ou societários, por exemplo –, o que as torna especialmente atrativas para esquemas criminosos. A coação ao imputado pode ser essencial para provar esses fatos.

Um particular complicador é que a própria entrega de documentos ou coisas pode ser autoincriminatória. O conhecimento sobre a existência do documento ou coisa, ou a sua posse podem vir contra o interesse da defesa. Assim, numa investigação de lavagem de dinheiro, o

suspeito que entrega extratos de contas bancárias em paraíso fiscal estará reconhecendo ter acesso a essas contas; em um crime cometido com arma de fogo, o suspeito que entrega sua arma para a perícia estará reconhecendo a posse do armamento.

De fato, a entrega de coisas e documentos pode trazer como consequência a revelação de informações relevantes, além do conteúdo do documento ou coisa. Essa peculiaridade traz à tona um aspecto comunicacional da entrega, a qual gera fricção com o direito ao silêncio.

A compatibilização desses interesses passa por uma série de salvaguardas. Em primeiro lugar, incumbe à acusação demonstrar que o documento ou coisa existe, identificando perfeitamente aquilo que busca receber, e que provavelmente está em poder do imputado. Não pode a acusação impor a entrega de todos os documentos ou de coisas que se enquadram em determinado gênero, impondo ao imputado o ônus de revelar tudo aquilo que nele se enquadra. Assim, por exemplo, no caso de extratos bancários de contas no exterior, a acusação deve demonstrar que a conta existe; no caso da arma, deve comprovar a propriedade ou a posse.

Em segundo lugar, o imputado deve ter a oportunidade de demonstrar que não dispõe da coisa, e que não pode obtê-la sem esforços excessivos. O fato de o documento ou coisa existir não é suficiente para demonstrar que o imputado está em sua posse imediata ou que pode obtê-los. Neste ponto, devem-se adotar salvaguardas para permitir que o imputado conteste a possibilidade de entrega.

Uma cautela final e mais relevante é impedir que a origem do documento ou da coisa seja empregada como prova, isto é, que a acusação não possa usar o fato de que o documento ou coisa foi entregue como prova. Essa é uma medida que preserva o aspecto comunicativo da entrega, evitando violações ao direito ao silêncio. Além disso, é um incentivo à colaboração, na medida em que o imputado não é obrigado a reconhecer a posse do documento ou coisa.

Esses elementos são suficientes para compatibilizar a entrega de documento ou coisa com o direito a não produzir provas contra si mesmo. Nesse sentido é o entendimento da Corte de Justiça da Comunidade Europeia.[433]

Assim, como direito *prima facie* que é, a autoincriminação pode ceder, permitindo a imposição coativa da entrega de documentos ou coisas.

---

[433] Orkem v Commission [1989] ECR 3283. § 35.

Um problema adicional é a forma de coação, em caso de recusa na entrega. A coação direta equivale à iniciativa do próprio Estado em obter a coisa ou o documento, pela busca e apreensão, ou sua requisição a terceiro que está em sua detenção.

Medidas de coação indireta, como a imposição de multas ou mesmo a cominação de delito de desobediência, podem ser compatibilizadas com o direito à não autoincriminação.

É problemático considerar o fato provado, com o cuidado que se deve ter com as presunções desfavoráveis à defesa. Isso não impede, porém, que a recusa seja considerada como um elemento adicional em desfavor do imputado. Por exemplo, se a acusação comprova que o suspeito tem registrada em seu nome arma de fogo com o mesmo calibre daquela empregada no delito, e o suspeito se recusa a entregá-la, a falta de colaboração pode ser usada como um elemento de reforço.

O direito brasileiro prevê procedimento de exibição com vários pontos compatíveis com essas exigências. O Código de Processo Civil regulamenta a entrega de documento ou coisa. Essa regulamentação impõe ao requerente o ônus de individualizar o documento ou coisa, demonstrar que ele tem potencial de servir ao objeto a ser provado e apontar para elementos que levem a crer que ele está na disponibilidade do requerido (art. 397). O requerido tem a oportunidade de opor-se à entrega (art. 398 e art. 399).

Há dois pontos na legislação brasileira que levam a certa preocupação com o direito a não produzir provas contra si mesmo. Em grande parte, eles decorrem da previsão da exibição pela legislação processual civil, a qual não precisa considerar o *nemo tenetur* da mesma forma.

No CPC, a recusa na exibição é sancionada com a admissão dos fatos (art. 400). Para o processo penal, isso poderia ser corrigido, considerando a recusa apenas como um indicativo em desfavor do imputado.

Além disso, no processo civil, não se prevê o impedimento a considerar a posse do documento como prova em desfavor do requerido. A desconsideração da origem do documento ou coisa é um problema específico do processo penal e compatibiliza a entrega com o direito ao silêncio.

Portanto, a entrega de documentos ou coisas pode ser imposta coativamente, desde que adotadas salvaguardas. Incumbe à acusação demonstrar que o documento ou coisa existe,

identificando perfeitamente aquilo que busca receber. Deve-se permitir ao imputado demonstrar que o documento ou coisa não está em seu poder e que não o pode obter sem esforços excessivos. Além disso, para resguardar o aspecto comunicacional da entrega, a origem do documento ou da coisa não deve ser empregada como prova.

2.4 FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE

Vários ordenamentos jurídicos estabelecem o dever de o condutor de veículo automotor permanecer no local de acidente, até que seja identificado. Em muitos casos, esse dever é reforçado pela criminalização da fuga – em inglês, essa infração é conhecida como *hit-and-run*. Esse tipo delitivo gera importante fricção com o direito a não produzir provas contra si mesmo.

Trata-se de um delito que busca coagir a pessoa a se identificar como condutor envolvido no acidente. Criminaliza-se a negativa em dar essa notícia. Trata-se, portanto, de uma coação a cumprir a obrigação administrativa de dar notícia de sua condição de condutor envolvido em acidente de trânsito.

A compatibilidade da criminalização do bater e fugir com o direito à não autoincriminação só é possível se for entendida como notícia da responsabilidade inicial, não como produção de provas no interesse da persecução penal. Muito embora a redação de algumas normas – como é o caso do tipo penal do direito brasileiro – enunciem verbos como “fugir” ou “se afastar” do local do acidente, o que de fato existe é uma obrigação de dar a conhecer a participação no acidente. O condutor que se identifica ao outro envolvido ou à autoridade de trânsito (no caso de uma colisão com um veículo estacionado, por exemplo), está se desincumbindo suficientemente dessa obrigação. Obrigações de reparar danos ou de socorrer vítimas podem surgir em paralelo, mas não se confundem com a obrigação de assumir o envolvimento no sinistro.

Estabelecido que o tema envolve a notícia da responsabilidade inicial, ele pode ser decomposto em dois: a obrigação de assumir o envolvimento no sinistro e o uso do direito penal para reforçar essa obrigação.

A obrigação de assumir o envolvimento no sinistro só pode ser explicada como resultado de um difícil balanceamento. De um lado, há fatores que lhe são favoráveis. Ela é imposta aos

condutores em geral, quando envolvidos em acidente. A informação é, em princípio, neutra, já que o envolvimento no acidente não se traduz em responsabilidade cível, penal ou administrativa – do acidente pode até mesmo surgir o direito à reparação civil. De outro lado, há que se reconhecer que a generalidade do dever é, acima de tudo, aparente, pois a obrigação só se concretiza com o envolvimento em acidente. Além disso, ainda que o envolvimento seja, em princípio, neutro, o acidente costuma estar ligado a faltas quanto aos deveres de circulação e conduta. Assim, a probabilidade de que o condutor esteja em situação delitiva é considerável. Impor, ainda que em caráter geral, um dever de dar notícia de envolvimento em crime – mesmo que não da autoria ou participação – seria incompatível com o *nemo tenetur*.

O que parece desequilibrar a questão em favor da imposição do dever é a situação de especial sujeição do condutor às regras de trânsito, criando uma obrigação de prestar contas. De um modo geral, os ordenamentos jurídicos estabelecem deveres aos condutores, seja para a circulação, seja para a administração de veículos automotores e condutores habilitados. A Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu que semelhantes deveres podem ser impostos, inclusive a proprietários de veículos, servindo como fundamento para a exigência de prestar informações às autoridades.[434]

Logo, embora a imposição de uma obrigação de dar a conhecer a participação no sinistro não seja simples, ela é, em princípio, compatível com o direito à não autoincriminação.

Uma segunda camada do problema reside no uso do direito criminal para reforçar o dever de se identificar. Trata-se da forma como o direito tenta coagir a pessoa a se autoincriminar.

O uso indiscriminado do direito penal para reforçar obrigações não é livre de conflitos com direitos fundamentais. O que se tem é o uso do mais do mesmo (*more of the same*), o reforço de uma criminalização com uma nova criminalização. É possível argumentar que haveria uma desproporcionalidade entre a conduta de se afastar do local do acidente e a punição penal, a qual comprimiria excessivamente o direito à liberdade. Isso, porém, não diz diretamente com o direito à não autoincriminação.

[434] O'Halloran e Francis v. Reino Unido, 15809/02 25624/02. Decisão de 29.6.2007.

No Brasil, o art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro criminaliza a conduta do condutor que se afasta do local do acidente, "para fugir à responsabilidade penal ou civil". O Supremo Tribunal Federal considerou constitucional o tipo penal.[435] O Tribunal afirmou que a vedação à autoincriminação tem extrato constitucional e conta com um núcleo essencial, o qual seria afetado se o imputado fosse coagido a adotar postura ativa ("por meio da exigência de uma postura ativa do agente na assunção da responsabilidade que lhe é imputada"). De forma contraditória, o mesmo voto admite (ainda que em *obter dictum*) a flexibilização do direito a não colaborar ativamente ("O direito de o investigado ou réu não realizar condutas ativas que importem na introdução de informações ao processo também comporta diferentes níveis de flexibilização, embora a regra geral seja a da sua vedação").

O que se recolhe de mais relevante do precedente é que existe um direito geral a não colaborar com a produção de provas, o qual pode ser relativizado em caso de conflito com direitos fundamentais. Sua fundamentação, no entanto, não elucida o posicionamento do direito brasileiro quanto aos limites do privilégio.

Dado esse contexto, pode-se concluir que a criminalização da fuga do local do acidente é, em princípio, adequada ao direito à não autoincriminação.

2.5 RECONHECIMENTO

O conflito entre a coação à participação em reconhecimento e o direito à não autoincriminação é uma das primeiras formas que levou a preocupações com o uso desse direito fora do interrogatório.

O reconhecimento exige que o imputado se submeta a um procedimento que envolve ficar perfilado junto a outras pessoas com semelhantes características físicas, para que vítima ou testemunha identifique o perpetrador.

O direito alemão, firme no critério da colaboração passiva – a qual pode ser coagida – e ativa – a qual não pode ser coagida – aponta para a possibilidade de coagir a pessoa a participar do reconhecimento, baseando-se em argumentos contraditórios. Por vezes, afirma que estar na

[435] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 971.959**. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14.11.2018.

fila para o reconhecimento é uma mera tolerância, sendo o imputado obrigado a colaborar. Essa compreensão parte do pressuposto de que se colocar em fila é um comportamento passivo. As autoridades teriam, inclusive, meios para coagir o imputado a adotar uma postura normal, impedindo fisicamente que ele feche os olhos, abaixe a cabeça ou faça caretas. Por vezes, contudo, a jurisprudência considera que condutas ativas destinadas à preparação, ou mesmo à execução da medida, seriam meramente acessórias, portanto, passíveis de coação.[436]

O critério passividade e atividade foi criticado ao longo deste trabalho.[437]

Mas este está longe de ser o único problema do reconhecimento pessoal. Ainda que fisicamente possível – o que é discutível –, a coação direta à participação em um procedimento de reconhecimento constitui um sacrifício desproporcional do direito à não autoincriminação, na medida em que impõe uma submissão considerável, sem um ganho epistêmico seguro.

Alguns ordenamentos jurídicos preveem alternativas ao reconhecimento compulsório. O direito inglês prevê outros meios de reconhecimento, como a observação oculta do investigado em situações cotidianas (*group identification*) ou o reconhecimento por imagens em movimento ou estáticas.[438]

No Brasil, a legislação prevê apenas o reconhecimento pessoal, colocando-se o suspeito "ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la" (art. 226, II, do CPP).

A coação direta a participar de reconhecimento é incompatível com o direito à não autoincriminação. O reconhecimento em fila exige que o imputado se coloque em situação consideravelmente constrangedora e potencialmente autoincriminatória.

Além disso, há problemas sobre o valor da prova. A literatura sobre condenações amparadas em falsos reconhecimentos é vasta. A confiabilidade da memória visual é duvidosa e a testemunha pode sofrer influências indesejáveis dos próprios policiais ou de suas concepções prévias.

---

[436] RÖSINGER, Luna. **Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbsbelastung**. Köln: Mohr Siebeck, 2019.
[437] Ver supra, Parte II, 1.1.2.
[438] Esses procedimentos são previstos no Code D – Code of Practice for the Identification of Persons by Police Officers, anexo ao Police and Criminal Evidence Act 1984.

Há outras alternativas ao reconhecimento em fila que, em teoria, podem ter o efeito probatório semelhante, caso o imputado se negue a colaborar.

Portanto, a coação direta do imputado a colaborar é inviável.

A coação indireta, como a consideração da negativa em desfavor do imputado, deve ser vista com cautela. Sendo possível realizar o reconhecimento por outro meio, não faz maior sentido adicionar a negativa como um elemento probatório de reforço.

Dessa forma, a participação no reconhecimento deve ser voluntária.

A consequência da negativa em participar do reconhecimento é a adoção de formas alternativas de produção da prova, como o reconhecimento por imagens ou a observação do suspeito em situações cotidianas.

2.6 POLÍGRAFO (DETECTOR DE MENTIRAS)

O uso coativo do teste do polígrafo – detector de mentiras – viola o direito à não autoincriminação. O uso voluntário, ao menos no atual momento, não é reconhecido como um direito da defesa.

O teste consiste em monitorar a reação da respiração, a atividade eletrodérmica e a pressão sanguínea, enquanto a pessoa é submetida a um questionário. O conjunto de reações permite tirar conclusões sobre a sinceridade da resposta – ainda que a confiabilidade do resultado não seja isenta de questionamentos, especialmente quando a pessoa está preparada para enganar as medições.[439]

O uso compulsório do polígrafo ofenderia o direito ao silêncio, por exigir que o imputado preste declarações enquanto é submetido ao exame.[440] Mesmo a Inglaterra, país que admite inferências negativas da opção pelo silêncio, não o faz em relação à negativa à

[439] Ver: GRANHAG, Pär Anders; VRIJ, Aldert; VERSCHUERE, Bruno. **Detecting deception**. Chichester: John Wiley & Sons, 2015; BERTL, Elisa. **Die Zulässigkeit des Polygraphen als Beweismittel im Strafprozess**. Salzburg: Akademiker, 2017.

[440] BAUSCH, Stefanie M. **Body search and physical examination of the accused, the privilege against self-incrimination and the consequences of illegally obtained evidence in German criminal law**. Mannheim: Grin Publishing. Edição do Kindle. l. 213-216.

submissão ao detector de mentiras. Em grande parte, isso decorre da controvérsia sobre a acurácia do exame.

Assim, resta claro que a coação a passar pelo teste do polígrafo é incompatível com o direito ao silêncio.

Uma questão que surge em várias jurisdições é se o polígrafo poderia ser usado com a concordância da defesa, com o objetivo de enfraquecer a suspeita. Em casos em que a palavra do imputado parece contradizer os indícios, a defesa poderia ter interesse em comprovar sua tese, passando pelo teste do detector de mentiras.

Poder-se-ia chegar ao ponto em que o uso do polígrafo como prova seria um direito da defesa. Foi nessa premissa que a questão foi levada à Suprema Corte dos Estados Unidos. Vige uma regra que proíbe que "os resultados de um teste de polígrafo, a opinião do técnico em exames de polígrafo, ou qualquer referência ao administrar, recusa em se submeter, ou submissão ao teste de polígrafo" sejam empregados como prova em tribunais militares.[441] O imputado foi submetido ao teste do polígrafo e o resultado lhe exoneraria da acusação. A prova, contudo, foi descartada, com base na regra de inadmissibilidade. A defesa recorreu, afirmando a violação ao direito constitucional de produzir provas, amparado pela Sexta Emenda. A Suprema Corte, no entanto, considerou que o direito a apresentar provas relevantes "é sujeito a restrições razoáveis" e que "simplesmente não há consenso que a prova do polígrafo é confiável".[442]

Se o teste fosse, de fato, capaz de aferir a verdade naquilo que o imputado diz, poderia ser um instrumento importante de exoneração.

O problema do uso voluntário do polígrafo não reside no conflito com o direito à não autoincriminação. O imputado pode escolher entre participar ou não do exame, ou mesmo abandoná-lo em seu curso. Não havendo coação à produção da prova – que aliás é produzida no interesse da defesa –, não há engajamento do direito à não autoincriminação.

[441] Military Rule o Evidence 707.
[442] United States v. Scheffer, 523 U.S. 303 (1998).

Portanto, a submissão compulsória ao exame do polígrafo seria contrária ao direito ao silêncio, e a submissão voluntária não constitui um direito da defesa, tendo em vista a falta de confiabilidade da prova.

2.7 LEITORES DE MENTE

A relação do direito à não autoincriminação com a submissão do imputado a procedimentos que permitam revelar seu conhecimento sobre os fatos, prescindindo de suas declarações, é tema que poderá tornar-se central no debate jurídico num futuro próximo.

A medicina vem desenvolvendo técnicas para avaliar conhecimentos, sem que se use a linguagem para transmitir respostas. Essas técnicas de "detecção não verbal de mentiras" ainda são incipientes.[443] As duas técnicas mais discutidas atualmente são o uso das ondas cerebrais P300 e a ressonância magnética funcional.

As medições das ondas cerebrais P300 são empregadas em conjunto com o polígrafo, supostamente com o potencial de revelar, independentemente de uma resposta verbal, o conhecimento sobre fatos de que apenas o perpetrador teria conhecimento. A referência a fatos conhecidos levaria o cérebro a uma reação, a qual seria exteriorizada pela produção de ondas cerebrais na faixa identificada como P300. Assim, a submissão ao estímulo – por exemplo, imagem do local do crime, ou pergunta sobre a arma ou o comportamento da vítima – seria suficiente para revelar o conhecimento sobre fatos que não foram verbalmente comunicados.

A segunda técnica é a Ressonância Magnética Funcional (fMRI), exame de imagem que permite verificar quais áreas do cérebro são mais estimuladas durante a sua realização.

A fMRI tem potencial para ser usada tanto como um detector de mentiras, em substituição ou adição ao polígrafo, quanto para identificação de respostas não verbais a estímulos. No primeiro caso, pressupondo que a mentira demande um estímulo cerebral diferente do que a verdade, a verificação da sinceridade da resposta seria possível. No segundo caso, supondo que a submissão a estímulos referentes a fatos conhecidos dispararia reações

[443] GRANHAG, Pär Anders; VRIJ, Aldert; VERSCHUERE, Bruno. **Detecting deception**. Chichester: John Wiley & Sons, 2015.

cerebrais diferentes, seria possível revelar o conhecimento do examinado sobre fatos específicos.

Essas técnicas são incipientes. As Cortes Federais dos Estados Unidos têm afastado o direito ao uso do fMRI como prova pela defesa.[444]

Abstraindo o tema do potencial epistêmico desses recursos, surge como relevante para este trabalho o tema de sua admissibilidade teórica, em razão do direito a não produzir provas contra si mesmo.

Não é fácil estabelecer marcos jurídicos para o uso de tecnologias em desenvolvimento. Entretanto, partindo da descrição geral dessas técnicas, é possível fazer algumas projeções.

Se o meio de pesquisa for confiável, seu uso consentido parece ser uma possibilidade. Talvez seja mesmo um direito de o imputado usar semelhantes meios para comprovar sua inocência. O uso coagido em testemunhas também parece uma possibilidade, desde que não impunha um sacrifício desproporcional.

Quanto ao uso coagido em imputados, o caso parece se deslocar do direito ao silêncio para o direito geral a não produzir provas contra si mesmo. O fato de os exames não exigirem resposta afasta o engajamento do direito ao silêncio, ao menos de acordo com a definição adotada neste trabalho.[445]

O direito à não autoincriminação em geral é relevante para a avaliação dessa hipótese. E ele opera como uma proteção *prima facie,* a qual pode ceder mediante um juízo de ponderação.

É difícil pensar que essas técnicas possam ser empregadas mediante coação direta. Fisicamente, seria preciso manietar o imputado com firmeza para submetê-lo a semelhante exame. Moralmente, seria preciso submeter o imputado a um procedimento capaz de revelar uma verdade que ele deseja esconder.

Teoricamente, o exame poderia ser limitado a aferir o conhecimento do imputado sobre fatos específicos, sem realizar uma devassa em sua mente. As duas técnicas mencionadas medem a reação do imputado a estímulos – perguntas ou imagens –relacionados ao delito.

---

[444] United States v. Semrau, No. 11-5396 (6th Cir. 2012).
[445] Ver supra, Parte II, 1.1.

Portanto, o que se poderia descobrir são simplesmente as reações do imputado diante desses estímulos. Seria possível, teoricamente, estabelecer um procedimento prévio, no qual os estímulos seriam debatidos, executando-se apenas aqueles necessários ao esclarecimento probatório.

O risco de semelhante tecnologia seria de que ela se tornasse o único esforço probatório. Ao invés de apurar adequadamente os delitos, a acusação poderia encurtar caminhos, partindo direto para a leitura da mente do suspeito.

Dado esse contexto, a admissibilidade do emprego dessas técnicas contra a vontade da defesa, em fases iniciais de apuração, deve ser descartada. A presunção de inocência impõe que o ônus probatório incumba à acusação. O direito a não produzir provas contra si mesmo impõe que esse ônus seja, tanto quanto o possível, desincumbido sem a coação do imputado a colaborar.

A solução para esse dilema está em reservar o uso compulsório dos leitores de mente aos casos em que a acusação conseguiu estabelecer uma prova inicial suficiente para a responsabilização, mas a defesa introduziu versão que traz dúvida suficiente para algum dos seus pontos. Exemplos: demonstrado que houve subtração de coisa móvel, a defesa objeta que comprou a coisa, logo antes de se apossar dela; demonstrada a conjunção carnal mediante violência, a defesa alega que ofendido e imputado se engajaram em prática sadomasoquista.

Nesses casos, a coação ao uso do leitor de mentes surgiria como alternativa à aplicação do *in dubio pro reo*, considerando a especial circunstância de que a dúvida foi introduzida, mas não integralmente comprovada pela defesa.

A negativa defensiva não levaria à coação direta ao exame, nem serviria isoladamente para obter a condenação.

Assim, muito embora os leitores de mentes sejam incipientes, é possível projetar que, desenvolvida técnica que permita revelar com segurança o conhecimento do imputado sobre o fato, mediante reação a estímulos ligados ao delito, seria possível seu uso com o consentimento da defesa. A coação ao uso levantaria preocupações com o direito à não autoincriminação, não com o direito ao silêncio. O uso da técnica em fases iniciais seria inviável. No entanto, caso a

acusação disponha de provas do delito, contrapostas por alegações defensivas não exaustivamente comprovadas, a coação indireta ao uso do exame seria possível.

2.8 AUTOLAVAGEM DE DINHEIRO E A CRIMINALIZAÇÃO DO DEVER DE DAR NOTÍCIA DA PRÓPRIA RESPONSABILIDADE CRIMINAL

O delito de lavagem de dinheiro pressupõe a ocultação de proveito ou produto de crimes. Quanto a pessoa que pratica a lavagem de dinheiro também é responsável pelos delitos antecedentes, surge um conflito considerável com o direito à não autoincriminação.

Alguns ordenamentos jurídicos criminalizam a chamada autolavagem, ou seja, a ocultação, dissimulação ou integração de ativos ilícitos pelo mesmo responsável do crime antecedente. Para operar com os ativos ilícitos sem incorrer no delito, o perpetrador teria que dar notícia da própria responsabilidade criminal. Logo, existe uma conexão com o direito à não autoincriminação.

Simplesmente deixar de dar notícia da própria responsabilidade criminal não seria uma conduta passível de criminalização. Como analisado, a compatibilização da exigência de informações que possam levar à notícia inicial do delito passa pela avaliação de alguns fatores, dentre eles a generalidade da exigência e a neutralidade das informações. No caso, a informação seria específica e nada neutra. O dever seria imposto apenas aos autores e partícipes dos crimes antecedentes e indicaria a própria responsabilidade penal.

Para que a autolavagem de dinheiro não represente simples criminalização de não dar notícia do próprio crime, é indispensável que o delito de lavagem de dinheiro revele uma ofensividade própria, autônoma em relação ao delito antecedente, ou ao menos uma maior sofisticação do delito antecedente, traduzindo-se em uma necessidade de maior apenamento.

Portanto, o fundamento da criminalização da lavagem de dinheiro não pode residir em deixar de dar a notícia, mas numa autonomia da ofensividade ou numa maior sofisticação da conduta ou no maior desvalor do resultado em relação ao delito antecedente.

Duas são as formas de abordar a compatibilização da autolavagem de dinheiro com o direito à não autoincriminação. A primeira é considerar que a lavagem tem uma ofensividade própria, atingindo de forma separada um bem jurídico protegido. A segunda é compreender

que, por não ter ofensividade própria, a autolavagem só pode ser criminalizada quando constitui uma sofisticação relevante da conduta delituosa original.

A autonomia da ofensividade corresponderia ao reconhecimento de que a autolavagem de dinheiro protege um bem jurídico autônomo em relação ao delito antecedente. Assim, a lavagem de dinheiro seria suficiente para indicar uma maior gravidade da conduta do lavador, autorizando a criminalização em separado.

A tese da autonomia do bem jurídico da lavagem de dinheiro simplesmente não consegue ser demonstrada eficazmente.

A teoria do bem jurídico é um dos pontos mais polêmicos do direito penal. Atribuir um conteúdo material à teoria do delito significa exigir que o delito seja mais do que o fato descrito no tipo penal. Não fora assim, qualquer conduta poderia ser descrita na lei como criminosa. A ofensa ou risco a bem jurídico é um pressuposto material do delito. Nas palavras de Luis Cueva Carrión:[446]

> A lesão aos bens jurídicos é um pressuposto da punibilidade, não se pode criar penas que não tenham como fundamento a lesão, a colocação em perigo, de bens jurídicos previamente reconhecidos na lei penal.

A função de proteger bens jurídicos atribui conteúdo material ao direito penal. Leciona Ana Elisa Bechara:[447]

> A partir da verificação da função do Direito Penal como instrumento subsidiário de tutela de bens jurídico-penais, surge naturalmente a indagação sobre o objeto da referida proteção, ou, em outras palavras, o conteúdo do delito. Em análise superficial, poder-se-ia afirmar que o delito é o fato considerado positivamente pelo legislador como tal, fazendo coincidir seus conteúdos formal e material. Na verdade, porém, o questionamento sobre quais condutas podem ser proibidas e sancionadas pelo direito penal leva necessariamente à própria questão da legitimidade e dos limites da intervenção penal. Nesse sentido, o conteúdo do delito deixa de estar resumido ao aspecto formal e, sob a perspectiva material, correspondente ao padrão crítico do poder punitivo estatal.

Até meados do século XIX, o delito era visto apenas sob seu aspecto formal, uma infração à lei, "o mero descumprimento de deveres impostos".[448]

---

[446] CARRIÓN, Luis Cueva. Prologo. *In*: ROXIN, Claus. **El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen**. Quito: Cueva Carrión, 2016. p. 137.
[447] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 79.
[448] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 90.

A partir das ideias iluministas, passou-se a desenvolver esforço para atribuir conteúdo material ao crime. Beccaria e Hommel falam em "dano social", Feuerbach em "lesão de direito", Birnbaum e Von Liszt em "bem" ou "bem jurídico".

Feuerbach foi o primeiro a verdadeiramente procurar sistematizar a atribuição de conteúdo material ao delito, o qual considerava como a "lesão de um direito subjetivo, entendido em sentido naturalístico". [449]

Birnbaum observou a diferença entre um direito subjetivo e um bem. Para ele, a essência do conceito de delito reside em uma lesão a um bem jurídico reconhecido e protegido pelo Estado por intermédio do Direito. A lesão refere-se a bens, e não a direitos.[450]

Para a Escola Positivista, representada por Binding, o bem jurídico está estabelecido dentro da norma jurídico-penal, legitimando que o Estado exija seu cumprimento. Com isso, o bem jurídico perde seu caráter limitador do direito penal, assumindo contornos de legitimação do *jus puniendi*.

Para o Positivismo Naturalista, representado por Von Liszt, os bens jurídicos não são criados pelo legislador. São "interesses vitais", pessoais ou coletivos, oriundos das idiossincrasias sociais. Assim, os bens são pré-jurídicos, incorporados ao ordenamento jurídico como fundamento das normas penais.

A Escola Finalista, representada por Hans Welzel, atribui dupla função ao direito penal – prevenção e proteção a bens jurídicos. Os bens jurídicos são vistos como todo o estado social desejável que o direito quer resguardar de lesões. Todavia, a missão primordial do direito penal não seria a defesa dos bens jurídicos, mas assegurar a observância das normas.

---

[449] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 92.
[450] BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Tradução José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2010.

Para o funcionalismo penal moderado, a proteção a bens jurídicos é a função central do direito penal. Claus Roxin define bens jurídicos pela sua essencialidade e referibilidade à pessoa:

> por bens jurídicos há que se entender todas as circunstâncias e as finalidades que são necessárias para o livre desenvolvimento do indivíduo, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento do sistema estatal edificado sobre tal finalidade. [451]

Para o funcionalismo penal radical, liderado por Jakobs, o Direito Penal não garante bens jurídicos; garante a vigência das normas jurídicas. Assim, o Direito Penal é destinado a garantir a identidade e a segurança da norma, a vigência da Constituição e da ordem e a segurança da sociedade.

A evolução da teoria do bem jurídico reflete o conflito sobre o fundamento central do Direito Penal. De um lado, as teorias que valorizam o delito como uma violação da ordem jurídica, de outro, aquelas que vêm o bem jurídico como o centro da proteção penal.

A diferença é fundamental não apenas para a legitimação das normas em abstrato, mas também nos casos concretos. A valorização do bem jurídico leva à conclusão de que, no caso concreto, sua ofensa real ou potencial é o que justifica a aplicação da norma penal. Portanto, deve ser verificada no caso concreto, como pressuposto da ocorrência do delito. Nas palavras de Ana Elisa Bechara:[452]

> A compreensão material da conduta criminosa não basta para preencher o modelo de crime como ofensas a bens jurídicos, a qual deve também projetar-se dinamicamente no denominado princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*). Referido princípio materializa-se no âmbito da teoria do delito, como critério político-criminal delimitador do *ius puniendi* estatal, na verificação axiológica da ofensa de um bem jurídico, podendo concretizar-se em uma lesão ou em um perigo.

A noção de proteção a bens jurídicos como fundamento informador da política criminal e, em alguns casos, como limite ao legislador é vista como uma evolução do Direito Penal, uma garantia contra o autoritarismo.

---

[451] ROXIN, Claus. **El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen**. Quito: Cueva Carrión, 2016. Edição Kindle. l. 1980.
[452] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 152.

Entretanto, a teoria do bem jurídico como limite do poder de punir nunca esteve imune a críticas. A dificuldade de conceituação do que vem a ser bem jurídico abre portas para que construções retóricas justifiquem praticamente qualquer norma punitiva.

Normas penais amparadas em sentimentos ou em tabus sempre foram um teste para a ideia de bem jurídico. Assim, normas que punem maus-tratos contra animais domésticos, vedam relações sexuais consensuais entre adultos da mesma família ou proíbem a negação de fatos históricos são um desafio à teoria do bem jurídico.

Mais recentemente, a teoria do bem jurídico passou a ser contrastada por uma série de inovações legislativas de difícil justificação. O crescimento da função preventiva do Direito Penal produziu a difusão de delitos de perigo, reduzindo a importância central de que a lesão a bens até então gozava. Como observa Renato de Mello Jorge Silveira, "atualmente, a segurança se converteu em um tópico político-criminal de primeira ordem, substituindo, por vezes, a própria noção de bem jurídico".[453]

De outro lado, alguns delitos de forte inspiração no Direito Penal dos Estados Unidos foram incorporados aos ordenamentos jurídicos de tradição continental. Dentre esses, podemos mencionar os delitos de associação criminosa, de lavagem de dinheiro, de terrorismo e de financiamento ao terrorismo. A tradição jurídica dos Estados Unidos não vê o bem jurídico como central ao delito.

A lavagem de dinheiro é de difícil enquadramento na teoria do bem jurídico. Ana Elisa Bechara ressalta que "a necessidade de estabelecer descrições precisas com a determinação concreta do bem tutelado e a forma como resulta tipicamente menoscabado, evitando abstrações e vagueza, constitui um postulado político criminal inerente ao caráter de garantia do Direito Penal".[454] Ainda que o conceito de bem jurídico seja fluido, não é viável que a incriminação seja falsamente amparada em conceitos ou ideias vagas.

---

[453] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A segurança como critério de estipulação de crimes. *In*: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. **Direito penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 649-659. p. 658.
[454] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 153.

No caso do delito de lavagem de dinheiro, a identificação do bem jurídico tutelado não é nem simples nem precisa. Há uma controvérsia infindável sobre o bem jurídico protegido pelo delito de reciclagem de ativos. Pensamos que essa controvérsia decorre da negativa em reconhecer o elementar: não há bem jurídico protegido autônomo na lavagem de dinheiro.

A doutrina costuma apontar dois bens jurídicos autônomos para o delito de branqueamento: a ordem econômica (dentro dela, a ordem financeira e a ordem econômica) e a organização da justiça.

Ordem econômica é, por si só, um conceito bastante fluido. A doutrina que advoga a ordem econômica como bem jurídico na lavagem de dinheiro sustenta que a movimentação de recursos de origem ilícita é potencialmente nociva. Nesse sentido, leciona Kai Ambos:

> Entretanto, hoje constitui um dado adquirido da vida econômica de qualquer país, aliás cada vez mais intensamente potencializado pelo uso da informática, o de que a mobilidade de capitais representa a contribuição em relação à qual não se pode prescindir da pena. O problema em relação a isso exsurge, fundamentalmente, nos casos da moderna e sofisticada criminalidade transnacional, posto que tais atividades criminosas geram grandes somas de dinheiro, de forma que as organizações criminosas necessitam encontrar uma via para utilizar os fundos sem despertar suspeitas quanto à origem ilícita dos mesmos. Em consequência disso, verifica-se que uma das grandes ameaças da atualidade aos Estados constitui, indubitavelmente, a lavagem de dinheiro, face à súbita migração de capitais, decorrente do processo de lavagem, de maneira que o combate a esta tem provocado um enorme esforço internacional de cooperação. [455]

[455] AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Safe, 2007. p. 44.

Marco Antonio de Barros sustenta que o bem jurídico imediatamente protegido é a estabilidade e a credibilidade do sistema econômico e do sistema financeiro do país:[456]

> No território da multiplicidade de parcerias e das relações internacionais firmadas entre os povos civilizados, está crescendo o hábito de se examinar, prioritariamente, a credibilidade da ordem econômica e do sistema financeiro dos países envolvidos. O reconhecimento dessa confiabilidade demanda a existência de uma série de fatores. A começar pela adoção de um marco regulatório que agregue medidas de controle de repressão criminal e de prevenção à lavagem de ativos *sujos*, estabelecido de acordo com os pilares que dão sustentação ao Estado Democrático de Direito. Mas não basta a mera previsão legal fixada pelo ordenamento jurídico. É imperativo que os órgãos públicos e privados encarregados do cumprimento das medidas repressivas penais e as preventivas de natureza administrativa, mantenham-se continuamente atentos e dispostos a colocar em prática todas as providências antilavagem. A manutenção da credibilidade requer ações sem trégua, que impeçam o fluxo de dinheiro proveniente da prática de delitos nos setores econômico e financeiro. Eis os motivos que determinam a cobrança mundial, feita ao menos pelos países ocidentais desenvolvidos, de se proteger e preservar tanto a estabilidade quanto a credibilidade desses sistemas internos. Dizendo com outras palavras, confere-se a reputação de credibilidade a uma Nação se esta não compactuar com o livre trânsito de ativos ilícitos em sua economia legalizada, não ceder espaço para o predomínio da corrupção dos órgãos públicos (ativa e passiva), e se procurar combater as mazelas bancárias ou financeiras que dão sustentação ao tráfico internacional de drogas, ao contrabando de armas, ao terrorismo e a outras formas de desvio de poder, todas necessariamente alimentadas pela lavagem.

Da argumentação, deduz-se que a proteção à ordem econômica, ou econômico-financeira, teria duas facetas. A primeira faceta seria a reputação ou credibilidade de uma nação perante a comunidade internacional. Isso representaria punir a lavagem de dinheiro não porque ela é ofensiva a bens jurídicos, mas porque a reputação do país exige.

Outra faceta seria a proteção às próprias relações econômicas, as quais poderiam ser afetadas pela lavagem de dinheiro.

A despeito dos esforços retóricos, a lavagem de dinheiro não representa ofensa concreta à organização econômica de uma comunidade.

Pecunia non olet.[457] A origem do dinheiro não altera o poder que sua circulação tem de agregar ainda mais valor às cadeias econômicas. A ocultação, dissimulação e reintegração de

---

[456] BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais**: crimes, investigações, procedimento penal e medidas preventivas. Curitiba: Juruá, 2017. p. 45.

[457] A frase é atribuída ao Imperador Vespasiano, em resposta a críticas por ter criado tributo sobre a utilização de banheiros públicos.

recursos ilícitos ocorre por meio de negócios jurídicos comuns que podem ser, em princípio, lícitos. A ilicitude pode residir apenas na finalidade de branquear recursos. Estratégias de lavagem de dinheiro, como a aquisição de bilhetes de loteria, a transferência internacional de recursos entre contas bancárias e o depósito fracionado de valores, são negócios jurídicos que seriam perfeitamente lícitos, não tivessem por trás o propósito de lavagem de dinheiro.

Não se nega que a lavagem de dinheiro pode envolver atos desde logo ilícitos – como declarações falsas. Tampouco que a utilização de capitais ilícitos para o fomento de negócios possa ter alguma influência no mercado. Mas nenhuma dessas condições é essencial ao delito. E as falsidades e ofensas à concorrência são combatidas pelo direito com um ferramental próprio, diverso do delito de lavagem de dinheiro.

Além disso, não se nega que a lavagem de dinheiro possa criar certa ineficiência econômica. A ocultação, dissimulação e integração de ativos apresenta custos de transação, sem correspondente agregação de valor. Com isso, de forma global, é possível afirmar que a lavagem de dinheiro represente uma perda econômica.

Tendo em vista a perda global, a lavagem de dinheiro poderia ser encarada como um delito de acumulação, aquele crime em que uma conduta única não é suficiente para atingir de forma relevante o bem jurídico protegido. Ainda assim, a criminalização da conduta é tolerada, tendo em vista que a soma de pequenas ofensas poderia resultar em prejuízo considerável ao bem jurídico protegido.

No entanto, numa economia de mercado, os agentes econômicos são estimulados a buscar a eficiência econômica para satisfazer seus próprios interesses, não por uma obrigação com o coletivo. Logo, a ineficiência econômica não pode ser, por si só, um bem jurídico a ser tutelado.

Além disso, a lavagem de dinheiro pode resultar em proveito econômico, ao menos localmente. Alguns países são especializados em fornecer serviços que facilitam a reciclagem de ativos. Os chamados “paraísos fiscais” lucram massivamente com a lavagem de dinheiro. Também essa é uma característica da economia de mercado: não é ilícito que o agente econômico busque o lucro, ainda que, num contexto macro, sua atividade não seja economicamente racional.

É por isso que a postura de Romulo Braga, defendendo que a lavagem de dinheiro protege a ordem econômica porque as organizações criminosas acabam investindo em ramos de atividade econômica, como clubes de futebol,[458] não nos parece suficiente. O Brasil tem uma tradição de lavagem de dinheiro em escolas de samba e clubes de futebol. O investimento faz com que essas atividades floresçam. A origem ilícita dos capitais não afasta a importância econômica e social das atividades. Como observa João Paulo Martinelli, alguns setores da economia "estão sob controle exclusivo de determinados grupos ou pessoas, capazes de controlar o dinheiro sujo de modo a não prejudicar seu segmento de atividades".[459]

Também por isso, não há mérito na tese de que a lavagem de dinheiro tutela a livre concorrência. Alega-se que a fruição, pelas empresas que recebem investimento de origem ilícita, de mais capital desequilibra a relação com os demais agentes econômicos.[460] O argumento é paradoxal. A tutela da livre concorrência busca permitir que os agentes econômicos sejam autônomos para decidir onde alocar seus recursos, empreendendo ou não em determinado setor. Quando alguém toma a decisão livre de empreender em uma atividade lícita, a livre concorrência é favorecida. A origem do capital investigado – próprio ou emprestado, lícito ou ilícito – não contamina o valor do empreendimento para o fomento da concorrência. Ou seja, a lavagem de dinheiro, na fase de reintegração, pode ser vista como um estímulo à concorrência.

Portanto, a relação entre a lavagem de dinheiro e a ordem econômica é, acima de tudo, eventual. Não é possível afirmar que a lavagem de dinheiro atinja, de forma relevante, a ordem econômica.

Nesse sentido, também é a posição de João Paulo Martinelli, para quem alegar a dificuldade à livre concorrência é "elaborar um juízo de adivinhação da fase posterior à integração do dinheiro, ou seja, afirmar que o capital reciclado será aplicado no mercado, como se este fosse seu único destino".[461]

---

[458] BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. **Lavagem de dinheiro**: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
[459] MARTINELLI, João Paulo Orsini. Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico tutelado. **Revista Jurídica**, ano 60, n. 413, p. 116-134, mar. 2012. p. 123
[460] BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. **Lavagem de dinheiro**: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
[461] MARTINELLI, João Paulo Orsini. Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico tutelado. **Revista Jurídica**, ano 60, n. 413, p. 116-134, mar. 2012.

Outro bem jurídico alegadamente protegido é a administração da justiça. Os defensores dessa corrente enfrentam um problema: a inexistência necessária de culpabilidade ou punibilidade pelo delito antecedente e a obrigação de se autoincriminar.

A lavagem de dinheiro pode ocorrer ainda que o delito antecedente seja isento de pena ou tenha a punibilidade extinta. No caso brasileiro, isso está expresso no art. 2º, § 1º, da Lei de Lavagem de Dinheiro. Dessa forma, se um inimputável pratica o delito antecedente, ainda assim haverá a lavagem de dinheiro, mesmo que não exista ninguém a punir pelo delito anterior.

Além disso, a lavagem de dinheiro ocorre ainda que esteja extinta a punibilidade quanto ao delito antecedente.

Não obstante a ausência de culpabilidade ou extinção da punibilidade quanto ao delito antecedente sejam excepcionais, elas revelam que há algo na punição da lavagem de dinheiro além da preocupação em punir o delito antecedente.

Por tudo, pode-se concluir que a lavagem de dinheiro não defende bens jurídicos autônomos. Em verdade, as razões de política criminal que levam à tipificação da lavagem de dinheiro acabaram perdidas sob a cortina de fumaça da proteção a bens jurídicos inexistentes.

A criminalização das condutas serve como reforço à tutela de bens jurídicos ligados aos delitos principais. A incriminação do branqueamento reforça a tutela do bem jurídico tutelado pelo delito antecedente.[462] A lavagem de dinheiro justifica-se sob essa perspectiva de mais do mesmo (*more of the same*). Em ambos os casos, há uma punição adicional, levando em consideração a maior sofisticação da conduta delituosa. A lavagem de dinheiro denota uma sofisticação maior da conduta que levou à ofensa do bem jurídico tutelado pelo delito antecedente.

O uso do *more of the same* como estratégia de defesa de bens jurídicos é alvo de críticas pela doutrina. Leciona Hassemer que o agravamento do instrumental do direito penal rompe

[462] Frederico Horta e Adriano Teixeira concordam, em substância que a lavagem de dinheiro não tem conteúdo injusto autônomo. Sustentam, todavia, que, em duas hipóteses muitas estritas, há bem jurídico protegido autônomo à lavagem de dinheiro: (i) se "a conduta posterior tem como escopo fundar, fomentar e sustentar uma organização criminosa; e (ii) quando ela "representa um perigo concreto para a livre concorrência". Foge ao objeto deste trabalho esmiuçar essas duas hipóteses, às quais se reconhece, entretanto, bastante sofisticação. HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 7-49, 2019.

com a fragmentariedade do direito penal e leva a uma perda dos valores fundamentais do direito penal liberal. Transcrevo:[463]

> O agravamento do instrumental do direito penal (*more of the same*) nem sempre melhora sua idoneidade para a solução de problemas; isso pode originar-se porque a subsidiariedade do direito penal em relação a outras estratégias de solução jurídica, ou, se for o caso, estatais ou sociais, não é apenas um princípio normativo, mas também, está bem fundamentada empiricamente: os meios do direito penal servem apenas para algumas poucas situações problemáticas. Mas, antes de tudo, deve-se ter em conta que não é possível ter direito penal forte com custos nulos. Paga-se caro, com princípios que não foram alcançados politicamente, e que que sempre são atacáveis pela política. Não existe uma precedência parcial do princípio da culpabilidade ou da proteção da dignidade do homem; se estes princípios já não são de ponderação firme também nos "tempos de necessidade", perdem seu valor para nossa cultura jurídica. Pois a partir desse momento o critério para a continuação da vigência desses princípios já não é seu valor e seu peso específico, mas a participação como problema da "necessidade" ou da "grave ameaça". Por último, há que se perguntar se um direito penal disponível e politicamente funcionalizado ainda pode conservar o lugar que deve ter dentro do sistema total de controle social. Se seus princípios são disponíveis segundo o caso, perderá – a longo prazo também aos olhos da população – sua força de convicção normativa e sua distância moral frente à quebra do direito. O direito penal não pode sobreviver como um instrumento estatal de solução de problemas mais ou menos idôneo entre outros mais.

Para os propósitos deste trabalho, basta marcar que a criminalização da autolavagem de dinheiro só se justifica numa perspectiva de reforço à criminalização dos delitos anteriores.

Adicionalmente, o reforço à criminalização exige uma conduta que sofistique a empreitada criminosa. Esse objetivo exige que a conduta empregada para a autolavagem de dinheiro seja suficientemente sofisticada para merecer a sanção adicional. Portanto, não basta que o produto do delito seja ocultado ou fruído. É necessário que isso ocorra de forma suficientemente eficaz para representar um esquema criminoso mais complexo. Assim, se o perpetrador esconde valores em espécie, ou financia uma vida luxuosa, não haverá uma ofensividade autônoma, pelo que a imputação de autolavagem seria incompatível com o *nemo tenetur*.

---

[463] HASSEMER, Winfried. **Crítica del derecho penal de hoy**. Tradução Patrícia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 583-600.

Portanto, a autolavagem de dinheiro é compatível com o direito à não autoincriminação apenas na medida em que a punição é justificada pela agressão mais importante ao bem jurídico anterior, representada pela ocultação, dissimulação ou integração dos proventos ilícitos.

CONCLUSÃO

Muito embora não reconhecido em declarações de direitos, há um direito fundamental à não autoincriminação, o qual tem caráter geral, sendo o direito ao silêncio uma espécie muito particular desse direito. O direito à não autoincriminação pode ser desdobrado em quatro normas jurídicas, que ora se comportam como proteção absoluta, ora como proteção *prima facie*, contra a coação a colaborar com a produção de provas com potencial autoincriminatório.

Existe um direito geral à não autoincriminação, constatado por um processo interpretativo, que envolve a dedução – a partir de outros direitos fundamentais – e a indução – a partir do direito ao silêncio.

O direito ao silêncio é o aspecto reconhecido do direito à não autoincriminação, com profundas raízes históricas, as quais remontam à reação contra a tortura e à adoção do processo como instrumento para reconstrução da verdade, nos países de tradição continental, e à afirmação da instituição do júri e do direito à defesa técnica, na *common law*. O reconhecimento do direito ao silêncio, como uma regra absoluta – ou quase – está presente em todo o lugar.

A paulatina evolução dos meios de prova e de obtenção de prova fez com a questão da autoincriminação passasse a se projetar a outras provas, além do interrogatório, inaugurando os debates em torno da existência, ou não, de um direito geral à não autoincriminação.

O direito geral a não produzir provas contra si mesmo não figura como um direito absoluto. Em todos os países, há algum grau de possibilidade de usar a coação para obrigar à produção de provas autoincriminatórias. Ainda assim, um direito geral a não produzir provas contra si mesmo figura como princípio e com autonomia em relação a outros direitos fundamentais.

O reconhecimento do direito à não autoincriminação pela via jurisdicional é compatível com o direito constitucional. O reconhecimento de direitos fundamentais pela jurisdição cria uma sobreposição entre os papéis do aplicador e do legislador. Mas há diferenças entre normas estruturais e direitos fundamentais e humanos que resultam em um espaço maior para a criatividade da jurisdição na interpretação destes últimos. É possível, por um raciocínio dedutivo, chegar a direitos mais particulares, a partir de direitos gerais.

Mais importante para o nosso problema, por um raciocínio indutivo, pode-se chegar a direitos mais gerais, a partir de uma interpretação sistemática de hipóteses mais restritas. Contudo, é preciso que a norma mais ampla possa ser derivada da mais restrita, levando em conta a projeção das razões fáticas e jurídicas que amparam a norma original e aquelas que suportariam a norma dela induzida.

Analisada a racionalidade que ampara o direito ao silêncio, percebe-se que ela pode ser projetada parcialmente para provas sem cunho declaratório. Grande parte da base do direito ao silêncio está em seus fundamentos epistêmicos, mais especificamente em evitar que os agentes do Estado contribuam para uma condenação injusta, baseada em confissão falsa. Por óbvio, essa lógica não se aplica às provas que independem da vontade do sujeito. No entanto, resta uma marca de crueldade em submeter alguém à produção probatória.

À crueldade é associada uma série de direitos fundamentais que recomendam o respeito à liberdade moral do imputado de escolher entre colaborar ou não. Tem grande relevância o direito à presunção de inocência e o direito à privacidade.

Conclui-se que há um direito geral à não autoincriminação, que se liga ao direito ao silêncio por uma relação de gênero e espécie. Trata-se de um direito, muito embora não expresso, suficientemente arraigado na tradição jurídica para ser reconhecido como tal, por um processo legítimo de interpretação, o qual decorre de um raciocínio indutivo, a partir da hipótese mais específica – direito ao silêncio –, mas também de um raciocínio dedutivo, a partir de outros direitos fundamentais – em especial, presunção de inocência e direito à privacidade.

O reconhecimento de um direito geral à não autoincriminação lança os desafios quanto a sua aplicação. O direito geral à não autoincriminação pode ser desdobrado em quatro normas jurídicas, que ora se comportam como proteção absoluta, ora como proteção *prima facie*, contra a coação a colaborar com a proteção de provas com potencial autoincriminatório.

O direito a não produzir provas contra si mesmo pode ser decomposto em quatro: (i) direito a não participar da produção de provas em uma investigação ou processo em curso; (ii) direito a não ser sancionado pela negativa em participar da produção da prova; (iii) direito à inadmissibilidade das provas obtidas mediante coação; (iv) direito a não fornecer elementos com potencial de dar notícia da própria responsabilidade criminal.

O direito a não participar da produção de provas em uma investigação ou processo em curso é a hipótese mais corrente e sedimentada do privilégio. Diz respeito à produção da prova ela mesma, mediante uso de meios que buscam substituir a vontade do imputado para cooperar – coação direta. Não se confunde com a adoção de sanções em razão da recusa em colaborar, a qual corresponde à próxima norma – direito a não ser sancionado pela recusa.

Para o direito ao silêncio, essa norma tem eficácia absoluta. Coagir alguém é declarar escala ao nível da tortura e é algo repugnado por todos os ordenamentos jurídicos minimamente comprometidos com a observância de direitos humanos.

Quanto às provas não declarativas, a coação a colaborar é baseada em um juízo de proporcionalidade, no qual são pesados a gravidade do delito, o caráter invasivo da prova e o potencial que ela tem de contribuir para as apurações.

Pode-se afirmar que o direito a não participar da produção de provas comporta-se de duas formas diversas, conforme engajado o direito ao silêncio ou o direito geral à não autoincriminação. No direito ao silêncio, ele se comporta como uma regra, com pretensão de decidibilidade *a priori* e absoluta. No direito geral a não produzir provas contra si mesmo, ele se comporta como um princípio, com caráter axiológico e representando uma proteção meramente *prima facie*.

A segunda norma é o direito a não ser sancionado pela negativa em participar da produção da prova. A sanção pode ser de qualquer tipo, interna ao processo ou externa. Sanção interna ao processo é considerar a omissão em desfavor do imputado – como confissão, indício de culpa ou causa para aplicação de penas mais severas –, ou puni-lo de outra forma – multa processual ou prisão por desrespeito à Corte. Sanção externa ao processo é adotar qualquer outra forma de punição, como a criminalização da omissão (por desobediência à ordem de colaborar ou de forma autônoma) ou a previsão de multa sanção administrativa, ou outra forma de tratamento desfavorável àquele que não colabora – ou mesmo incentivo à colaboração.

A impossibilidade de usar a coação indireta para obter declarações é absoluta em quase todos os ordenamentos jurídicos. Alguns ordenamentos jurídicos permitem inferências negativas do silêncio, mas apenas em casos em que ocorre o que se considera abuso do direito ao silêncio – silêncio parcial e silêncio temporário.

Quanto a provas não declarativas, é comum a possibilidade de considerar a recusa em desfavor do imputado, ou mesmo de adotar sanções mais graves, como a desobediência.

Assim, o direito a não ser sancionado pela negativa em participar da produção da prova é visto como um impedimento absoluto à adoção de sanções ao silêncio, ainda que se admitam algumas exceções. Para outras provas, não são raras as hipóteses em que se admite que o imputado seja sancionado por não colaborar.

Pode-se afirmar que o direito a não ser sancionado pela negativa em colaborar comporta-se de duas formas diversas, conforme engajado o direito ao silêncio ou o direito geral à não autoincriminação. No direito ao silêncio, ele se comporta como uma regra, com pretensão de decidibilidade *a priori* e (praticamente) absoluta. No direito geral a não produzir provas contra si mesmo, ele se comporta como um princípio, com caráter axiológico e representando uma proteção meramente *prima facie.*

A terceira norma diz com o direito à inadmissibilidade, em processo criminal, das provas obtidas mediante coação em processo não criminal.

O direito à não autoincriminação é específico do processo penal. Existe alguma controvérsia sobre o que vem a ser processo criminal, emprestando-se, por vezes, natureza penal a processos punitivos diversos. Todavia, a prerrogativa não protege diretamente contra a coação para a produção de provas em processos cíveis ou administrativos em geral.

Pode ocorrer que um processo cível decorra de um fato que também é considerado crime, ou que a prova em um processo cível possa levar à descoberta de delitos.

Não há relevância se a prova é declarativa ou não para engajamento e aplicação do direito à inadmissibilidade das provas. Ao contrário da coação direta ou indireta interna ao processo criminal, aqui deste direito se origina uma única norma, a qual se projeta como uma proteção absoluta.

Portanto, o direito à inadmissibilidade, em processo criminal, das provas obtidas mediante coação, em processo não criminal, é uma proteção absoluta, que impede o traslado ao processo criminal de provas obtidas mediante coação, em processo não criminal, se semelhante coação não era admissível no processo criminal. Trata-se de evitar que o *nemo tenetur* seja contornado pela sobreposição de sanções cíveis e criminais.

A quarta norma estabelece que ninguém pode ser obrigado a colaborar com elementos com potencial de dar notícia da própria responsabilidade criminal. Esse é o aspecto mais débil decorrente do direito a não produzir provas contra si mesmo e a falta de percepção dessa singularidade é uma das grandes dificuldades em sistematizar o privilégio.

Por notícia da responsabilidade, deve ser entendida a notícia da existência de um delito, antes que qualquer procedimento apuratório tenha sido deflagrado, ou a notícia da possível responsabilidade da pessoa para esse crime, antes que sobre ela recaia suspeita.

A máxima *nemo tenetur seipsum prodere*, "ninguém é obrigado a se descobrir", tinha, inicialmente, esse escopo – afastar o fiel do dever de admitir às autoridades suas faltas. Foi com esse escopo que ela penetrou no direito europeu, a partir dos comentários de João Crisóstomo à Epístola de São Paulo aos Hebreus, no século IV.

Uma norma com esse conteúdo não foi incorporada a nenhuma declaração de direito. Mesmo assim, em alguma medida, os ordenamentos jurídicos respeitam essa prerrogativa, não impondo um dever de dar conhecimento dos próprios delitos. A hipótese mais bem consolidada em que essa norma é respeitada é a prerrogativa de testemunha de não responder a perguntas que possam lhe trazer responsabilidade criminal.

A falta de sistematização entre as hipóteses da notícia da responsabilidade inicial e da colaboração no curso da ação penal é um dos principais entraves para uma compreensão do direito a não produzir provas contra si mesmo. A percepção de que as duas hipóteses operam de forma muito diversa é essencial para a compreensão do engajamento e da limitação de uma e de outra.

Uma primeira diferença é qualitativa. Pouco importa, quanto à notícia da responsabilidade inicial, se a prova a ser produzida tem ou não caráter comunicativo. Direito ao silêncio e direito geral a não produzir provas contra si são equiparados.

Outra diferença essencial é quanto à relevância da prova. O juízo de ponderação que pode levar o direito a não dar a notícia inicial a ceder é informado por elementos que indicam que a notícia é superficial. Quanto menos próximo de uma efetiva condenação criminal a prova deixar a pessoa, mais a exigência da notícia inicial será tolerável.

Curiosamente, é justamente o contrário do que ocorre com a prova no curso da ação penal. Lá, é indispensável a presença de uma justa causa prévia e a prova deve se apresentar como relevante para uma elucidação dos fatos – e, possivelmente, para uma condenação. Aqui, informações tendencialmente neutras são mais bem aceitas.

O direito a não dar notícia da própria responsabilidade também depende de um requisito negativo: a possibilidade de a informação circular para um processo penal. Se o uso da informação se esgota no âmbito administrativo, não há engajamento do direito à não autoincriminação.

Portanto, uma das normas que compõem o direito a não produzir provas contra si mesmo é o direito a não ser obrigado a colaborar com elementos com potencial de dar notícia da própria responsabilidade criminal. Esse direito comporta-se como uma proteção *prima facie*, pouco importando se estamos diante de uma prova comunicativa ou não.

Conclui-se que, muito embora não reconhecido em declarações de direitos, há um direito fundamental à não autoincriminação, o qual tem caráter geral, sendo o direito ao silêncio uma espécie muito particular desse direito. O direito à não autoincriminação pode ser desdobrado em quatro normas jurídicas, que ora se comportam como proteção absoluta, ora como proteção *prima facie*, contra a coação a colaborar com a produção de provas com potencial autoincriminatório.

Há uma infinidade de provas que podem ser obtidas pela análise ou manipulação do corpo do acusado. Nenhum país excluí por completo o uso do corpo como prova. Isso não impede que, motivado pelo direito a não produzir provas contra si mesmo e por outros direitos, esse uso sofra limitações.

O sequenciamento do DNA se relaciona ao direito a não produzir provas contra si mesmo no curso da investigação ou da instrução criminal e ao direito a não dar notícia da própria responsabilidade criminal. Em qualquer caso, com as devidas salvaguardas, a medida é proporcional. A amostra de referência pode ser colhida de forma não invasiva. A privacidade do imputado resta protegida, visto que é retida apenas a informação alfanumérica correspondente ao perfil de DNA, verificada na fração não codificante. O DNA não codificante não revela características físicas e comportamentais. Não é possível contaminar indevidamente a cena de um crime, pois da informação não se consegue formar material biológico. Usar

informações genéticas para devassas ou perseguições não seria exequível. Assim, a submissão ao sequenciamento de DNA, com as devidas salvaguardas, pode ser compatibilizada com o *nemo tenetur*.

A submissão de condutores de veículos a exames de alcoolemia ou de intoxicação por outras drogas também pode se relacionar à notícia da responsabilidade ou servir à instrução de investigação, conforme o caso ocorra por amostragem ou sob suspeita. Muito embora seja uma medida com o potencial de revelar a responsabilidade criminal, o condutor de veículo tem especial dever de prestar contas. Daí a compatibilização com o *nemo tenetur*.

A compatibilização da entrega compulsória de documentos ou coisas no processo penal exige que o objeto seja pré-existente, sob pena de vulneração ao direito ao silêncio. A entrega em si tem um aspecto comunicativo – visto que dá conhecimento que o imputado tinha a coisa ou documento em seu poder. Assim, como salvaguarda, deve-se impedir que a origem do documento ou da coisa seja empregada como prova. Incumbe à acusação demonstrar que o documento ou coisa existe, identificando perfeitamente aquilo que busca receber. Deve-se permitir ao imputado demonstrar que o documento ou coisa não está em seu poder e que não o pode obter sem esforços excessivos. Nessas condições, a entrega de documentos ou coisas pode ser imposta coativamente.

A compatibilidade da criminalização do bater e fugir com o direito à não autoincriminação só é possível se for entendida como notícia da responsabilidade inicial, não como produção de provas no interesse da persecução penal. Como o direito a não dar notícia da própria responsabilidade pode ceder, pode-se concluir que a criminalização da fuga do local do acidente é, em princípio, adequada ao direito à não autoincriminação.

A coação ao reconhecimento pessoal é incompatível com o direito à não autoincriminação. O ganho epistêmico com a produção dessa prova é duvidoso, pelo que não seria proporcional impor ao imputado a colaboração.

O uso coativo do teste do polígrafo – detector de mentiras – viola o direito à não autoincriminação. O uso voluntário, ao menos no atual momento, não é reconhecido como um direito da defesa, tendo em vista a falta de confiabilidade da prova.

Muito embora os leitores de mentes sejam incipientes, é possível projetar que, desenvolvida técnica que permita revelar com segurança o conhecimento do imputado sobre o fato, mediante reação a estímulos ligados ao delito, seria possível seu uso com o consentimento da defesa. A coação ao uso levantaria preocupações com o direito à não autoincriminação, não com o direito ao silêncio. O uso da técnica em fases iniciais seria inviável. No entanto, caso a acusação disponha de provas do delito, contrapostas por alegações defensivas não exaustivamente comprovadas, a coação indireta ao uso do exame seria possível.

Por fim, a autolavagem de dinheiro é compatível com o direito à não autoincriminação apenas na medida em que a punição é justificada pela agressão mais importante ao bem jurídico anterior, representada pela ocultação, dissimulação ou integração dos proventos ilícitos.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Marcelo Santiago de Morais. **O direito à não autoincriminação e a obrigação de sujeição a exames**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ALEMANHA. **BGH 5 StR 680/94**, decisão de 20.12.1995.

ALEMANHA. **BGHSt 39**, 335, decisão de 8.10.1993.

ALEMANHA**. BGHSt 42**, 139, decisão de 13.5.1996.

ALEMANHA. **BGHSt 58**, 301 (304).

ALEMANHA. BVerG, **NStZ, 1995, 555**.

ALEMANHA. Superior Tribunal Federal. **BGH 3 StR 104/07**, decisão de 26.7.2007.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional. **BVerfGE 56, 37**.

ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade: perspectiva do direito português. *In*: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

ALSCHULER, Albert W. A peculiar privilege in historical perspective. *In*: HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University of Chicago Press, 1997.

AMARAL JÚNIOR, José Levi do. Possibilidade de modificação do prazo nonagesimal. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, Presidência da República, v. 4, n. 36, maio 2002. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/viewFile/86/82. Acesso em: 5 jun. 2020.

AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Safe, 2007.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n. 340/2013) do Tribunal Constitucional. **Boletim de Ciências Económicas**, v. LVII, t. I, p. 385-451, 2014.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2006.

ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **A interceptação de comunicação entre presentes**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **R. 127**. L. RHE19/04/2016, fallos: 339:480.

ASSIS, Éder Pereira de. **Do conflito entre o direito à produção de provas e o direito à não autoincriminação – *nemo tenetur se detegere* – no tocante às intervenções corporais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ASSIS, Lucas Calafiori Catharino de; CECCATO JUNIOR, José Antonio. O dever de colaboração no procedimento administrativo fiscal e o princípio nemo tenetur se detegere. **Repertório IOB de jurisprudência**: tributário, constitucional e administrativo, n. 3, p. 119-109, 1. quinz. fev. 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BACCELAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Edição do Kindle.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Thomson, 2018.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2007.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais**: crimes, investigações, procedimento penal e medidas preventivas. Curitiba: Juruá, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BAUSCH, Stefanie M. **Body search and physical examination of the accused, the privilege against self-incrimination and the consequences of illegally obtained evidence in German criminal law**. Mannheim: Grin Publishing. Edição do Kindle.

BECCARIA; Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Pillares, 2013. Edição do Kindle.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018.

BELTRÃO, Sílvio Romero. Limites ao livre desenvolvimento da personalidade e o estudo de um caso concreto. *In*: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Sílvio Romero (coord.). **Direito civil**: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2. p. 63-87.

BENTHAM, J. **Rationale of judicial evidence, specially applied to English practice**. London: Hunt & Clarke, 1827; reprinted New York: Garland Publishing, 1978. v. 5.

BERTHOLD, Volker. **Der Zwang zur Selbstbezichtigung aus § 370 Abs. 1 AO und der Grundsatz des nemo tenetur**. Frankfurt: Lang, 1993.

BERTL, Elisa. **Die Zulässigkeit des Polygraphen als Beweismittel im Strafprozess**. Salzburg: Akademiker, 2017.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Tradução José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2010.

BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Dialética, 2020. Edição do Kindle.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. **Lavagem de dinheiro**: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq 4.483**. Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, julgado em 21.9.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.040.515 RG**. Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 30.11.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 583.937 QO-RG**. Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 19.11.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 971.959**. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14.11.2018.

BRAVO, Jorge dos Reis; LEAL, Celso. **Prova genética**: implicações em processo penal. Lisboa: Universidade Católica, 2018.

BUCHHOLZ, Momme. **Der nemo tenetur-Grundsatz**. Kiel: Springer, 2018.

BUZAGLO, Samuel Auday. Considerações sobre a lei seca: alcoolemia; substâncias psicoativas e autoincriminação. **Carta Mensal**, n. 676, p. 30-52, jul. 2011.

CALLEGARI, André Luis *et. al*. **DNA e investigação criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CANADÁ. Suprema Corte**. R. v. Broyles**, [1991] 3 S.C.R. 595.

CANADÁ. Suprema Corte. **R. v. Hebert**, [1990] 2 S.C.R. 151.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

CARRIÓN, Luis Cueva. Prologo. *In*: ROXIN, Claus. **El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen**. Quito: Cueva Carrión, 2016.

CARVALHO, Heloisa Rodrigues Lino de. Fundamento central do direito à não autoincriminação. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 731-765, maio/ago. 2018.

CATHOLIC CHURCH. **Corpus iuris canonici**. Graz: Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1959. Electronic reproduction. v. 1-2. New York, N.Y.: Columbia University Libraries, 2007. JPEG use copy available via the World Wide Web. Columbia University Libraries Electronic Books. 2006. C. 33 q. 3; De pen. Dist. 1 d.p. c. 87, § 6. p. 1184.

CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. **Dever de colaboração dos contribuintes versus direito ao silêncio no âmbito tributário sancionador**. Porto Alegre: Safe, 2009.

CHOO, Andrew L-T. **The privilege against self-incrimination and criminal justice**. Oxford: Hart, 2013.

CHOO, Andrew L-T. **The privilege against self-incrimination and criminal justice**. London: Bloomsbury Publishing, 2013. (Criminal Law Library). Edição do Kindle.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-822**, de 2005, decisão de 10.8.2005.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Allen contra Reino Unido**, caso 25424/09, decisão de 12.7.2013. Estrasburgo.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Bykov v. Rússia**, decisão de 10.3.2009.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Choudhary v. Reino Unido**, caso 40084/98, decisão de 4.5.1999.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Funke contra França**, caso 10588/83, decisão de 25.2.1993. Estrasburgo.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Heaney e McGuinness contra Irlanda**, caso 34720/97, decisão de 21.12.2000. Estrasburgo.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Heglas v. República Tcheca**, caso 5935/02, decisão de 1º.3.2007.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Jalloh contra Alemanha**, caso 54810/00, decisão de 11.7.2006. Estrasburgo.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. **JB contra Suíça**, caso 31827/96, decisão de 3.8.2001. Estrasburgo.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. **John Murray contra Reino Unido**, caso 18731/91, decisão de 8.2.1996. Estrasburgo.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Marttinen contra Finlândia**, caso 19235/03, decisão de 21.4.2009. Estrasburgo.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. **O'Halloran e Francis v. Reino Unido**, caso 15809/02 25624/02, decisão de 29.6.2007.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. **P.G. e J.H. v. Reino Unido**, caso 44787/98, decisão de 25.9.2001.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. **R. v. Broyles**, [1991] 3 S.C.R. 595.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Saunders contra Reino Unido**, caso 19187/91, decisão de 17.12.1996. Estrasburgo.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Shannon contra Reino Unido**, caso 6563/03, decisão de 4.10.2005. Estrasburgo.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Weh contra Áustria**, caso 38544/97, decisão de 8.4.2004. Estrasburgo.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Lópes Lones e Outros v. Honduras**, decisão de 5 de outubro de 2015.

COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004.

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, 2009.

DOLINKO, David. Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?. **UCLA Law Review**, v. 33, n. 4, p. 1063-1148, abr. 1985. HeinOnline. p. 1064.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentencia 103/1985**, de 4 de octubre (BOE núm. 265, de 05 de noviembre de 1985).

ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentencia 76/1990**, de 26 de abril (BOE núm. 129, de 30 de mayo de 1990).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte**. Boyd v. United States**, 116 U.S. 616 (1886).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Braswell v. United States**, 487 U.S. 99, 102–03 (1988).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Walker**, 161 US 591, 637 (1896).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Doe v. United States**, 487 US 201 (1988)

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Gilbert v. California**, 388 U.S. 263 (1967).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Griffin v. California**, 380 U.S. 609 (1965).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Hale v. Henkel**, 201 U.S. 43, 74–75 (1906)

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Hiibel v. Sixth Judicial Dist. Court of Nev.**, 542 U.S. 177, 189 (2004).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Holt v. United States**, 218 U. S. 245 (1910).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Illinois v. Perkins**, 496 U.S. at 296-97 (1990).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Johnson *v.* United States**, 333 U.S. 10 (1948).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Malloy v. Hogan**, 378 U. S. 1, 378 U. S. 8. (1964).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Malloy v. Hogan**, 378 U. S. 1, 378 U. S. 8. (1964).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Miranda contra Arizona**, 384 U.S. 436 (1966). Decisão em 13.6.1966. Washington.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Murphy v. Waterfront Commission**, 378 US 52, 55 (1964).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Pennsylvania v. Muniz**, 496 U.S. 582 (1990).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Schmerber contra Califórnia**, 384 U.S. 757 (1966). Decisão de 20.6.1966. Washington.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Twining v. New Jersey**, 211 U.S. 78 (1908).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Ullmann v. United States**, 350 U. S. 422, 350 U. S. 426.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Dionisio**, 410 U.S. 1 (1973).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Euge**, 444 U.S. 707 (1980).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Mara**, 410 U.S. 19 (1973).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Scheffer**, 523 U.S. 303 (1998).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Wade**, 388 US 218 (1967).

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal**: estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011. Edição do Kindle.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan./dez. 1993. p 441-442.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, n. 32, p. 15-27, out./dez 1997.

FRIENDLY, Henry J. The Fifth Amendment tomorrow: the case for constitutional change, **University of Cincinnati Law Review**, v. 37, n. 4, p. 671-726, Fall 1968.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

GRANHAG, Pär Anders; VRIJ, Aldert; VERSCHUERE, Bruno. **Detecting deception**. Chichester: John Wiley & Sons, 2015.

GRAY, Charles M. Self-incrimination in interjurisdictional law: the sixteenth and seventeenth centuries. *In*. HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 47-81.

GREEN, Michael Steven. The paradox of auxiliary rights: the privilege against self-incrimination and the right to keep and bear arms. **Duke Law Journal**, v. 52, Issue 1, p. 113-178, Oct. 2002.

GREENAWALT, R. Kent. Silence as moral and comstitucional right. **William & Mary Law Review**, v. 23, Issue 1, art. 3, p. 15-71, oct. 1981.

GREER, Steven; GERARDS, Janneke; SLOWE, Rose. **Human Rights in the Council of Europe and the European Union**. Cambridge: University Press, 2018.

GRÜNWALD, Gerald. Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung. **Mohr Siebeck JuristenZeitung**. 36. Jahrg., Nr. 13 (3. Juli 1981), p. 423-429.

GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretacíon constitucional**. Madrid: Trotta, 2008.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.

HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers**. AmazonClassics Edition. Edição do Kindle.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Identificación genética, discriminación y criminalidad**. Curitiba: Juruá, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Crítica del derecho penal de hoy**. Tradução Patrícia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

HEIMHOLZ, R. H. The privilege and jus commune: the middle ages to the seventeenth century. *In*: HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 17-46.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, v. 859, p. 81-91, maio 2007.

HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado na jurisdição constitucional brasileira. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo (Corod.). **Jurisdição constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 48-78.

HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 7-49, 2019.

HUSAK, Douglas. **Overcriminalization**. New York: Oxford University Press, 2008. Edição do Kindle.

ITÁLIA. Corte Constitucional. **Ordinanza n. 117 de 2019**. Presidente Lattanzi. Relator Viganò.

ITÁLIA. Corte Constitucional. **Sentenze n. 238 del 2014, n. 323 del 1989 e n. 18 del 1982**. Presidente e Relator Giuseppe Tesauro.

KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. The Lawbook Exchange, Ltd., 1945. Edição do Kindle.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. The Lawbook Exchange, Ltd., 1967. Edição do Kindle.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

KREBS, Pedro. **Autoincriminação e obrigação tributária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LANGBEIN, John H. The privilege and common law criminal procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries. *In*: HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 82-108.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEVY, Leonard W. **Origins of the Fifth amendment**: the right against self-incrimination. New York: University Press, 1968.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. O direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais. **Direitos Fundamentais e Justiça**, v. 3, n. 8, p. 13-47, jul./set. 2009.

MÄDER, Detlef. **Betribliche Offenbarungsflichten und Schutz vor Selbstbelastung**. Freiburg: Iuscrium, 1997.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 98, p. 339-358, 2012.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. Princípio nemo tenetur se detegere no estado democrático de direito. **Revista dos Tribunais,** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 103, n. 941, p. 145-176, mar. 2014.

MARQUES, Daniela de Freitas. O acusado como conteúdo do processo penal. **Revista da Faculdade de Direito da** Universidade Federal Minas Gerais, n. 47, p. 143-161, 2005.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico tutelado. **Revista Jurídica**, ano 60, n. 413, p. 116-134, mar. 2012.

MARTINS, Thiago Penido; SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. Hermenêutica constitucional comparada: a contribuição da aplicabilidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 14, n. 22, p. 205-239, jul./dez 2012.

MASSON, Cleber. **Crime Organizado**. São Paulo: Método. Edição do Kindle.

McDERMID, Val. **Forensics**. New York: Profile, 2014.

MCKAY, Robert B. Self-incrimination and the new privacy. **Supreme Court Review**, 1967, p. 193-232. HeinOnline. p. 209.

MCNAUGHTON, John T. The privilege against self-incrimination. **Journal of Criminal Law & Criminology**, v. 51, Issue 2, p. 138-154, 1960-1961.

MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MOGLEN, Eben. The privilege in british North America: the colonial period ot th fifth amendment. *In*. HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 109-144.

MONCEAUX, Elsa. **Quel droit au silence em procédure pénale?** Assas: Université Panthéon-Assas, 2011.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

MORO, Sergio Fernando. Colheita de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, ano 95, v. 853, p. 429-441, nov. 2006.

MURRAY, Elizabeth. **Forensic history.** Chantilly: The Great Courses, 2015. Edição Kindle.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PERKINS, Rollin M. Absurdities in criminal procedure: trial by ordeal. **Iowa Law Review**, v. 11, n. 4, p. 297, jun. 1926.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTUGAL. **Ac. TRP** de 10.07.2013.

PORTUGAL. **Ac. TRP** de 11.10.2017.

QUECK, Nadine. **Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes, zugunsten von Unternehmen.** Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

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

RAMOS, André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a auto-incriminação à luz do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; TAQUES, Pedro. **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 9-28.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral os direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, Elival dos Santos. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMSLAND, Katherine. **Beating the devil's game**: a history of forensic science and criminal handwriting. New York: Berkley Publishing Group, 2007.

REINO UNIDO. House of Lords. **R v S(F)** [2008] **EWCA Crim 2177**, [2009] **1 WLR 1489**.

REINO UNIDO. House of Lords. **Regina v. Hertfordshire County Council Ex Parte Green Environmental Industries Ltd. and Another** – [2000], 2 AC 412 (HL). Londres: 2000.

ROBERTSON, W. G. Aitchison. Trial by ordeal. **Jurid. Rev.**, v. 38, p. 70, 1926.

ROLES, Philippa Jane. **The privilege against self-incrimination**: *nemo tenetur prodere seipsum* – misinterpreted and misapplied. Saarbrücken: Lap Lambert, 2010.

RÖSINGER, Luna. **Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbsbelastung**. Köln: Mohr Siebeck, 2019.

ROTH, Ronaldo João. O direito de não autoincriminação versus o reconhecimento pessoal. **Revista Direito Militar**, Florianópolis, v. 16, n. 100, p. 33-38, mar./abr., 2013.

ROXIN, Claus. **El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen**. Quito: Cueva Carrión, 2016. Edição Kindle.

ROXIN, Claus. **La prohibición de autoincriminación e de las escuchas domiciliarias**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 29. Anlage. München: Beck, 2017.

SAAD, Marta. Direito ao silêncio na prisão em flagrante. In PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 423-453.

SALKY, Steven M.; HYNES JR., Paul B. **The privilege of silence**: fifth amendment protections against self-incrimination. 2. ed. Chicago: ABA, 2014.

SCHIOCCHET, Taysa. O humano entre o direito e a genética: pressupostos para o debate legislativo acerca das implicações jurídicas concernentes à criação de bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal. *In*: SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2015. p. 29-59.

SHAFERS, Tim Philipp. Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGBO) - Eine Neue Zeitrechnung im Bereich des Datenschutzes. **Freilaw - Freiburg Law Students Jounal**, 1/2018, p. 16-23.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A segurança como critério de estipulação de crimes. *In*: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. **Direito penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 649-659.

SMITH, Henry H. The modern privilegie: its nineteenth-century origins. *In*: HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. *et. al*. **Privilege against self-incrimination**: it's origins and development. Chicago: University Chicago Press, 1997. p. 145-180.

SOUZA FILHO, Ademar Borges de. **Pontes de transição entre o direito e a política: sentenças aditivas na experiência recente do STF**. In Publicum, v. 2, n. 2, p. 74-111 2016.

STEIN, Alex; SEIDMANN, Daniel J. The right to silence helps the innocent: a game-theoretic analysis of the fifth amendment privilege. **Harvard Law Review**, v. 114, p. 430-510, 2000.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FURTADO, Valtan Timbó Martins Mendes Furtado. Investigação criminal genética: banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 2, p. 809-842, 2018.

TOMLJANOVIC, Goran. Defence disclosure: is the right to full answer the right to ambush. **Alberta Law Review**, v. 40, n. 3, p. 689-700, dez. 2002.

TRIBE, Laurence. **Constitucional choices**. Cambridge: Harvard Press, 1985.

TROIS NETO, Paulo Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Justiça. **Mannesmannröhren-Werke AG v. Comission of the European Communities** [2001], caso T-112/98, decisão de 20.2.2001.

UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Justiça. **Orkem v Commission** [1989] ECR 3283. § 28.

VALE, Ionilton Pereira do; SANTOS, Teodoro Silva Santos. **O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ou o direito a não auto inculpação e os aspectos relacionados ao direito ao silêncio no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, n. 115, p. 1348-1405.

WHITE, Edw. J. **Legal antiquities**: a collection of essays upon ancient laws and customs. St. Louis, MO: The F.H. Thomas Law Book Co., 1913.

WIGMORE, John H. Nemo tenetur seipsum prodere. **Harvard Law Review**, v. 5, n. 2, p. 71-88, 1891-1892.

WIGMORE, John H. **Treatise on the Anglo-American system of evidence in trials at common law including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States and Canada**. 8. ed. Boston: Little, Brown and Company. 1940. v. IV. HeinOnline.