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 **ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**
1.3 DIREITO A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO NA ATUALIDADE ..... **ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**
1.3.1 Declarações de direitos ..... Erro! Indicador não definido.
1.3.2 Corte Europeia de Justiça ..... Erro! Indicador não definido.
1.3.3 Corte Europeia de Direitos Humanos ..... Erro! Indicador não definido.
1.3.4 Inglaterra ..... Erro! Indicador não definido.
1.3.5 Estados Unidos ..... Erro! Indicador não definido.
1.3.6 Alemanha ..... Erro! Indicador não definido.
1.3.7 Espanha ..... Erro! Indicador não definido.
1.3.8 Itália ..... Erro! Indicador não definido.
1.3.9 Portugal ..... Erro! Indicador não definido.
1.3.10 França ..... Erro! Indicador não definido.
1.3.11 Argentina ..... Erro! Indicador não definido.
1.3.12 México ..... Erro! Indicador não definido.
1.3.13 Chile ..... Erro! Indicador não definido.
1.3.14 Colômbia ..... Erro! Indicador não definido.
1.3.15 Peru ..... Erro! Indicador não definido.
1.3.16 Brasil ..... Erro! Indicador não definido.
1.4 CONCLUSÕES PARCIAIS ..... **ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**

2 DO DIREITO AO SILÊNCIO AO DIREITO A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO ..... ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL **ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**

2.1.1 Decisões de controle e limites ..... Erro! Indicador não definido.

2.1.2 Interpretação ampliativa: normas estruturais vs. direitos fundamentais Erro! Indicador não definido.

2.1.3 Direitos fundamentais: significado jurídico objetivo e ampliação Erro! Indicador não definido.

2.2 DOS VALORES A AMPARAR OS DIREITOS AO SILÊNCIO E A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI ..... **ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**

2.2.1 Racionalidade ..... Erro! Indicador não definido.

2.2.1.1 Fundamentos epistêmicos ..... ***Erro! Indicador não definido.***

2.2.1.2 Fundamentos não epistêmicos ..... ***Erro! Indicador não definido.***

2.2.1.3 Fundamentos sistêmicos ..... ***Erro! Indicador não definido.***

2.2.1.3.1 Abuso de autoridade ..... **Erro! Indicador não definido.**

2.2.1.3.2 Encorajar a colaboração de terceiros ..... **Erro! Indicador não definido.**

2.2.1.3.3 Teoria dos jogos ..... **Erro! Indicador não definido.**

2.2.1.3.4 Inexistência de dever moral de colaborar ..... **Erro! Indicador não definido.**

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS CORRELATOS ..... **ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**

2.3.1 Direitos fundamentais materiais ..... Erro! Indicador não definido.

2.3.1.1 Dignidade da pessoa humana ..... ***Erro! Indicador não definido.***

2.3.1.2 Direito à liberdade ..... ***Erro! Indicador não definido.***

2.3.1.3 Privacidade e intimidade ..... ***Erro! Indicador não definido.***

2.3.1.4 Vedação à tortura ..... ***Erro! Indicador não definido.***

2.3.1.5 Direito à integridade pessoal ..... ***Erro! Indicador não definido.***

2.3.1.6 Direito à honra ..... ***Erro! Indicador não definido.***

2.3.1.7 Direito à liberdade de expressão ..... ***Erro! Indicador não definido.***

2.3.1.8 Direito à liberdade de crença e de opinião ..... ***Erro! Indicador não definido.***

2.3.1.9 Conclusões parciais ..... ***Erro! Indicador não definido.***

2.3.2 Direitos fundamentais processuais ..... Erro! Indicador não definido.

2.3.2.1 Presunção de Inocência ..... ***Erro! Indicador não definido.***

2.3.2.2 Direito a um processo justo ..... ***Erro! Indicador não definido.***

2.3.3 Direito de resistência (*auxiliary rights*) ..... Erro! Indicador não definido.

2.4 CONCLUSÕES PARCIAIS ..... **ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**

2.4.1 Direito ao silêncio ..... Erro! Indicador não definido.

PARTE II: FUNCIONAMENTO E APLICAÇÃO DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.....ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

1 O QUE É O DIREITO A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SIERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

1.1 FRONTEIRA SILÊNCIO X DIREITO GERAL À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO..... **ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**

1.1.1 Equiparação ao direito ao silêncio .....Erro! Indicador não definido.

1.1.2 Distinção entre condutas ativas e tolerância .....Erro! Indicador não definido.

1.1.3 Provas materiais .....Erro! Indicador não definido.

1.1.4 Existência independente da vontade.....Erro! Indicador não definido.

1.1.5 Captação de processos de pensamento .....Erro! Indicador não definido.

1.1.6 Tomada de posição.....Erro! Indicador não definido.

1.2 NORMAS QUE COMPÕEM O DIREITO A NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI... **ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**

1.2.1 Direito a não participar da produção de provas em uma investigação ou processo em curso.....Erro! Indicador não definido.

1.2.1.1 Engajamento ..... ***Erro! Indicador não definido.***

1.2.1.1.1 Referência à pessoa..... **Erro! Indicador não definido.**

a) Pessoa jurídica..... **Erro! Indicador não definido.**

1.2.1.1.2 Persecução penal..... **Erro! Indicador não definido.**

a) Acusação cível ou administrativa ..... **Erro! Indicador não definido.**

b) Fatos difamantes..... **Erro! Indicador não definido.**

c) Persecução atual ..... **Erro! Indicador não definido.**

1.2.1.1.3 Coação ..... **Erro! Indicador não definido.**

a) Voluntariedade da colaboração..... **Erro! Indicador não definido.**

b) Meios ocultos ou enganosos de investigação..... **Erro! Indicador não definido.**

b.1) Agente estatal ou homem de confiança..... **Erro! Indicador não definido.**

b.2) Extração da informação (*elicitation*) ..... **Erro! Indicador não definido.**

b.3) Exceções à invalidade da prova ..... **Erro! Indicador não definido.**

1.2.1.2 Limitação..... ***Erro! Indicador não definido.***

1.2.1.2.1 Papel da lei..... **Erro! Indicador não definido.**

a) Meios de prova atípicos..... **Erro! Indicador não definido.**

b) Aplicador..... **Erro! Indicador não definido.**

1.2.1.2.2 Justa causa..... **Erro! Indicador não definido.**

1.2.1.2.3 Escusas..... **Erro! Indicador não definido.**

1.2.1.2.4 Crueldade da coação ..... **Erro! Indicador não definido.**

1.2.1.2.5 Subsidiariedade..... **Erro! Indicador não definido.**

1.2.1.2.6 Potencial valor da prova ..... **Erro! Indicador não definido.**

1.2.1.2.7 Possibilidade de atingir outros direitos fundamentais**Erro! Indicador não definido.**

1.2.2 Direito a não ser sancionado pela negativa em participar da produção da prova... Erro! Indicador não definido.
1.2.2.1 Engajamento ..... ***Erro! Indicador não definido.***
1.2.2.1.1 Coação indireta ..... **Erro! Indicador não definido.**
a) Desobediência ..... **Erro! Indicador não definido.**
b) Inferências negativas e referências à recusa..... **Erro! Indicador não definido.**
c) Incentivos ..... **Erro! Indicador não definido.**
1.2.2.2 Limitação..... ***Erro! Indicador não definido.***
1.2.2.2.1 Silêncio parcial ..... **Erro! Indicador não definido.**
1.2.2.2.2 Defesa por emboscada ..... **Erro! Indicador não definido.**
1.2.2.2.3 Crueldade da coação ..... **Erro! Indicador não definido.**
1.2.3 Direito à inadmissibilidade, em processo criminal, das provas obtidas mediante coação em processo não criminal.....Erro! Indicador não definido.
1.2.3.1 Engajamento ..... ***Erro! Indicador não definido.***
1.2.3.2 Limitação..... ***Erro! Indicador não definido.***
1.2.4 Direito a não fornecer elementos que deem notícia da própria responsabilidade criminal .....Erro! Indicador não definido.
1.2.4.1 Engajamento ..... ***Erro! Indicador não definido.***
1.2.4.1.1 Persecução em perspectiva ..... **Erro! Indicador não definido.**
1.2.4.1.2 Obrigações administrativas e criminalização..... **Erro! Indicador não definido.**
1.2.4.1.3 Incentivos..... **Erro! Indicador não definido.**
1.2.4.1.4 Requisito negativo – potencial trânsito da prova .... **Erro! Indicador não definido.**
1.2.4.2 Limitação..... ***Erro! Indicador não definido.***
1.2.4.2.1 Neutralidade da informação..... **Erro! Indicador não definido.**
1.2.4.2.2 Sujeitos passivos ..... **Erro! Indicador não definido.**
1.2.4.2.3 Salvaguardas ..... **Erro! Indicador não definido.**
1.2.4.2.4 Uso da prova ..... **Erro! Indicador não definido.**
1.3 CONCLUSÕES PARCIAIS.....**ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**
2 CASOS ESPECÍFICOS.....ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.1 INTERVENÇÕES E EXAMES CORPORAIS .....**ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**
2.1.1 Perfil de DNA.....Erro! Indicador não definido.
2.1.2 Alcoolemia .....Erro! Indicador não definido.
2.2 DECLARAÇÕES A ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS.....**ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**
2.3 ENTREGA DE DOCUMENTOS OU COISAS NO PROCESSO PENAL**ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**
2.4 FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE.....**ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**
2.5 RECONHECIMENTO.....**ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**
2.6 POLÍGRAFO (DETECTOR DE MENTIRAS).....**ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**
2.7 LEITORES DE MENTE .....**ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**
2.8 AUTOLAVAGEM DE DINHEIRO E A CRIMINALIZAÇÃO DO DEVER DE DAR NOTÍCIA DA PRÓPRIA RESPONSABILIDADE CRIMINAL .....**ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**

CONCLUSÃO **36**
REFERÊNCIAS **44**

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.

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.