

**CESED – CENTRO DE ENSINO SUPERIOR E DESENVOLVIMENTO
UNIFACISA – CENTRO UNIVERSITÁRIO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

HUMBERTO DOS SANTOS

**UMA ANÁLISE SOBRE AS DIMENSÕES DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR
SE DETEGERE*, FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO**

CAMPINA GRANDE-PB

2019

HUMBERTO DOS SANTOS

UMA ANÁLISE SOBRE AS DIMENSÕES DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR
SE DETEGERE*, FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo Científico - apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela UniFacisa – Centro Universitário.

Área de Concentração: Direito Constitucional.

Orientadora: Prof.^a da UniFacisa Waléria Medeiros Lima, Esp.

Campina Grande – PB

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
(Biblioteca da UniFacisa)

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo Científico – Uma análise sobre as dimensões do princípio *Nemo tenetur se detegere* frente aos direitos fundamentais da não autoincriminação, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito, outorgado pela UniFacisa – Centro Universitário.

APROVADO

EM

____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. ^a da UniFacisa, Waléria Medeiros Lima, Esp.

Orientadora

Prof. ^o da UniFacisa, Nome completo do Segundo Membro, Titulação.

Prof.º da UniFacisa, Nome completo do Terceiro Membro, Titulação.

UMA ANÁLISE SOBRE AS DIMENSÕES DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR*
SE DETEGERE, FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO

Humberto dos Santos^{*}

Waléria Medeiros Lima^{**}

RESUMO

O princípio *Nemo tenetur se detegere* consagrado como direito fundamental na Constituição Federal tem como eixo a não autoincriminação do acusado no curso do processo penal. Mesmo diante de uma indefinição quanto a sua origem, tal princípio se consolida a partir dos movimentos revolucionários do século XVIII, na Europa, que culminou no Iluminismo, resultando assim, na queda de regimes absolutistas que utilizavam o sistema inquisitivo no processo penal. Daí, surge uma nova concepção de homem, e assim, em vez de objeto de provas, o acusado passa a ser sujeito de direitos, sob a égide do novo modelo de persecução penal, o sistema acusatório. Desta forma, enfatiza-se a dimensão do princípio da não autoincriminação ratificada pelos tratados internacionais e constituições democráticas de diversos países. Por outro lado, observa-se leituras e aplicações distintas quanto a sua extensão de direitos, que dividem o mundo jurídico, sobre aqueles que relativizam o *Nemo tenetur se detegere* sob a égide do silêncio, e outros que o vê, segundo o princípio da efetividade, que oferece ao acusado uma série de garantias frente a não autoincriminação, cabendo à acusação o ônus da prova. Por fim, observa-se a polarização quanto ao princípio em análise, que de um lado põe o indivíduo, como sujeito de direitos e garantias fundamentais, e do outro o Estado, responsável pela garantia no combate à criminalização e sustentação da paz social.

^{1*} Graduando do Curso de Bacharelado em Direito. Endereço eletrônico: gabriel.arrudac@hotmail.com

^{**} Professora Orientadora. Graduada em Direito, pela Universidade Estadual da Paraíba, Pós-Graduada em Direito Penal e Criminologia, pela Universidade Potiguar. Docente do Curso de Bacharelado em Direito da UniFacisa, das disciplinas de Economia Política Contemporânea e de Direito Constitucional 1. Endereço eletrônico: waleriamedeiros@hotmail.com.

PALAVRAS-CHAVES: *Nemo tenetur se detegere*. Não autoincriminação. Persecução penal. Direitos fundamentais

ABSTRACT

The principle *Nemo tenetur detegere* consecrated as a fundamental right in the Federal Constitution has as its axis the non-self-incrimination of the accused in the course of criminal proceedings. Even in the face of an uncertainty as to its origin, this principle is consolidated from the 18th century revolutionary movements in Europe, which culminated in the Enlightenment, thus resulting in the fall of absolutist regimes that used the inquisitive system in criminal proceedings. Hence, a new conception of man emerges, and thus, instead of being the object of evidence, the accused becomes the subject of rights, under the aegis of the new model of criminal prosecution, the accusatory system. In this way, the dimension of the principle of non-self-discrimination ratified by the international treaties and democratic constitutions of several countries is emphasized. On the other hand, there are distinct readings and applications regarding its extension of rights, which divide the legal world, on those who relativize *Nemo tenetur*, under the aegis of silence, and others who see it, according to the principle of effectiveness., which offers the accused a series of guarantees against non-self-incrimination, while the prosecution bears the burden of proof. Finally, there is the polarization of the principle under analysis, which on the one hand puts the individual as the subject of fundamental rights and guarantees, and on the other the state, responsible for ensuring the fight against criminalization and the maintenance of social peace.

KEYWORDS: *Nemo tenetur se detegere*. Non-self-incrimination. Criminal persecution. Fundamental rights

1. INTRODUÇÃO

A polarização existente quanto ao jogo de interesses entre o Estado e seus indivíduos é inerente de cada sociedade desde os tempos mais remotos, em uma luta de direitos e deveres políticos, econômicos, sociais, dentre outros, de ambos os lados.

Em se tratando especificamente da seara da persecução penal, vê-se a complexidade do tema, frente a história e a cultura de cada povo, que tem criado e aplicado suas leis, conforme as necessidades e/ou interesses vigentes de cada época.

De um lado, o poder estatal incumbido de punir os crimes e as infrações penais como demonstração de poder, de justiça e de equilíbrio social e, de outro, o indivíduo como sujeito de direitos, que mesmo na condição de investigado ou réu, como membro de um Estado efetivamente democrático, possui direitos e garantias asseguradas pela Constituição Federal.

Deste modo, o direito penal e o direito processual penal são embasados por garantias constitucionais, seja no Brasil, seja nos países de democracias consolidadas, em que o direito de ação e o direito de defesa são corolários do devido processo legal, somado a princípios como a ampla defesa, o contraditório, o tratamento paritário entre as partes processuais etc., essenciais a um processo justo e equânime.

Nesse contexto, vale enfatizar o direito a não autoincriminação, objeto de análise do presente artigo, princípio este manifestado pela expressão latina '*Nemo tenetur se detegere*', que na tradução de Maria Elizabeth Queijo (2003, p. 4) significa que: "ninguém é obrigado a se descobrir, ou a se acusar".

Sobre esse viés, é importante observar as várias vertentes do princípio em foco, que exime o acusado da obrigação de qualquer participação ativa que possa incriminá-lo no curso de um processo, que além do direito ao silencio, como premissa maior, também desobriga-o da prática de ações como acareação, reconstituição de crime, exame de alcoolemia, sendo este

obrigatório por meio do teste do bafômetro, assim como intervenções corporais invasivas etc.

Portanto, a extensão do referido princípio não deixa de ser uma evidência presente nas jurisprudências dos tribunais, doutrinas, leis e tratados internacionais, que serviram de base de conhecimento por meio das leituras realizadas. Deste modo, o presente trabalho pauta-se na análise do princípio *Nemo tenetur se detegere* ou não autoincriminação consagrado como direito fundamental, com o intuito de apresentar leituras e posicionamentos distintos de consideráveis doutrinadores, a partir do que assegura a Constituição Federal ao acusado no curso do processo penal. Para tanto, será feita uma abordagem histórica do referido princípio, para a partir de então tecer a análise, mostrando as vertentes possíveis quanto ao *Nemo tenetur se detegere*, numa polarização sobre os direitos individuais versus os direitos coletivos e o combate a criminalização representados pela ação do Estado na persecução penal.

1.1. FATOS E REVOLUÇÕES NA CONSOLIDAÇÃO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Apesar de não haver um período histórico definido quanto ao seu surgimento, sabe-se que o princípio da não autoincriminação ou '*Nemo tenetur se detegere*' se edifica como uma reação do sistema inquisitório processual que configura a pessoa do investigado como objeto de provas e não como sujeito de direitos.

De certo, é que, onde predominou o absolutismo estatal, no que diz respeito ao direito penal e o direito processual penal, sabe-se que suas garantias eram violadas, pelo uso da força, excluindo-se os direitos humanos fundamentais e até mesmo as liberdades de pensamento e expressão.

Deste modo, o interrogatório tido como instrumento de prova, teria como fundamento maior a confissão do acusado, que assim sendo, pautava-se na presunção de culpabilidade deste, inclusive, sendo comuns o uso da força e da tortura em busca da verdade, na visão do inquiridor, ao ponto do acusado

confessar falsamente contra si, por não suportar a tortura física e psicológica, as quais era submetido.

Vale salientar, que tal processo deu-se de modo indefinido, no que concerne a tempo e a espaço, conforme Queijo (2003, p. 27-40), que, mencionando vários estudiosos, faz uma descrição de sociedades distintas quanto à aplicação da lei penal, cite-se por exemplo, o código de Hamurabi, as leis de Manu, o direito egípcio, o direito greco-romano clássico, os hebraicos, a inquisição na Idade Média, e assim, sucessivamente, só para enfatizar épocas e lugares distintos, que possuíam métodos e leis próprias para punição de seus infratores.

Não obstante, que há outros brocados latinos de sentidos similares, quanto a não autoincriminação o ‘*Nemo tenetur se detegere*’, *tais como* ‘*Nemo tenetur se ipsum prodere*’, ‘*Nemo tenetur edere contra si*’, ‘*Nemo tenetur turpidum suan*’, ‘*Nemo testes se ipsum*’ ou ‘*Nemo tenetur*’ (Menezes, 2017, p. 117). Assim, tais expressões nasceram de circunstâncias históricas e sociais distintas, já em decorrência das primeiras manifestações do direito ao silêncio como garantia da não autoincriminação.

Sobre o princípio em foco, Oliveira (2004, p. 207) tece uma leitura bem elaborada sobre os fatores da sua origem:

Na perspectiva de sua origem, pode-se concluir que o nascimento de “*Nemo Tenetur se Detegere*”, está ligado à necessidade de superação das mais variadas formas de absolutismo, estatal ou eclesiástico, que ao longo da história submeteram o homem ao exercício do poder. Seja como instrumento de manipulação religiosa, como ocorreu entre católicos e não católicos no início da Renascença na velha Inglaterra ou na França, seja como instrumento de imposição de determinada ordem nos sistemas processuais inquisitoriais, a exigência do compromisso de revelação da verdade sempre esteve a serviço de certos poderes públicos, em face dos quais o indivíduo recebia o tratamento de sujeito de direitos.

Deste modo, o panorama descrito revela que assim como toda lei ou fato social, para consolidar-se depende de um conjunto de fatores, gestado pelo tempo, o princípio da não autoincriminação não foi diferente. Dada a opressão, dos mais fortes aos mais fracos, como mecanismo de dominação e permanência no poder, seja de cunho político ou religioso, de forma inevitável o

confronto de interesses surge, de modo que tudo se concretiza como parte de um sistema, que impõe suas regras de cima para baixo, conforme descreve Dias Neto (1997, p. 183):

Nos processos inquisitivos da Idade Média, ou ainda hoje, em Estados totalitários, a compreensão [cênica dos participantes do processo] se dá basicamente sem a participação do acusado. O inquirido é visto pelo inquiridor como objeto de investigação e não como participante de um processo de comunicação recíproca. A elucidação da verdade é assumida como um objetivo absoluto que exclui a participação do acusado na compreensão cênica. A possibilidade de participação do acusado no procedimento é uma demanda com raízes nas ideias liberais e democráticas da filosofia política e jurídica do Iluminismo. Trata-se de uma extensão ao imputado do *status* de cidadão daquele que deixa sua condição passiva de súdito para converter-se em um cidadão ativo com possibilidades de controle sobre as decisões estatais de seu interesse.

Portanto, no que concerne à vertente processual dicotômica, que expõe de um lado o sistema inquisitivo e de outro um sistema embasado nos direitos do acusado, torna-se fundamental o entendimento de cada período histórico gestado no tempo, Idade Média e depois o Iluminismo, períodos distintos, mas que, representam os dois lados da moeda, o primeiro como apogeu da opressão inquisitiva, comandados pela igreja católica e o estado absolutista, e o segundo, como corrente filosófica, social e política, defensora dos direitos e garantias do homem, base para sedimentação do princípio da não autoincriminação.

2. OS IDEAIS DE LIBERDADE DO HOMEM COMO FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Entre 1680 e 1780, emerge em toda a Europa o movimento Iluminista, fruto de um longo processo advindo desde o Renascimento. Tendo como bandeira de luta a democracia, o liberalismo econômico e a liberdade de culto e de pensamento. a nova ordem rompe com o antigo regime, representado pelo

absolutismo monárquico, pelo Mercantilismo e pelo poder da Igreja e seus dogmas.

Nesse contexto, vale mencionar também a Revolução Inglesa, a Revolução Industrial, a Revolução Francesa e a independência dos Estados Unidos da América. De fato, o mundo vivia uma nova ordem econômica, social e política acompanhada do progresso científico, da liberdade de pensamento e da igualdade de todos os homens perante as leis. Daí então, surge o novo conceito de homem como indivíduo, como mola propulsora de tais movimentos, conforme a declaração americana de independência. “[...] todos os homens foram criados iguais e dotados pelo Criador de direitos inalienáveis, como a vida, liberdade busca da felicidade.” (KARNAL, 2006, p. 142).

Nessa linha de descobertas, grandes pensadores destacavam-se pela defesa do pensamento racional-científico de modo a refletir sobre a definição de cidadania e liberdade, dentre os quais merecem ênfase René Descartes (1596-1650), Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1756), Voltaire (1694-1778), Denis Diderot (1713-1784), Jean Jacques Rousseau (1712-1778), Immanuel Kant (1724-1804), Hegel (1770-1851) dentre muitos outros. (STENGER, 1998, p. 10).

Nesse rol revolucionário, ainda que não se possa afirmar a interligação direta desses movimentos políticos e filosóficos, mesmo assim, a influência de um movimento sobre o outro se dá de modo inexorável, como leciona Karnal (2006, p. 143), sobre a independência das colônias norte americanas:

A influência e o alcance desse êxito eram surpreendentes. A liberdade norte-americana atingia as outras colônias e inspirava novos movimentos. A própria França, que tanto ajudara na guerra contra a Inglaterra começava a viver um movimento revolucionário, que teve a influência da guerra na América.

Nesse contexto, Silva e Silva (2013, p. 210), ilustra a expansão iluminista não só no campo da filosofia, ou em outras áreas do conhecimento humano, mas de uma forma generalizada que alcançou a Europa, assim como o continente americano.

O Iluminismo abarcou tanto a filosofia quanto as ciências sociais e naturais, a educação e a tecnologia, desde a França até a Itália, a Escócia e mesmo a Polônia e a América do Norte. Os pensadores e escritores de diversas áreas que aderiram a esse movimento de crítica às ideias estabelecidas pelo Antigo Regime, eram chamados comumente de *Philosophes*, filósofos em francês, mas entre eles havia também economistas, como Adam Smith, e historiadores como Vico e Gibbous.

Nesse contexto, a Revolução Francesa, firmada pelo ideário de liberdade, fraternidade e igualdade, eclode como ápice do movimento Iluminista, que segundo Bobbio (1992, p. 111) representou grande mudança na história, com a queda em definitivo do antigo regime. Sobre esse viés, o autor cita Kant (apud BOBBIO, 1992, p. 86) sobre os efeitos de tal revolução:

[...] direito de um povo decidir sobre seu próprio destino. Esse direito, segundo Kant, revelara-se pela primeira vez na Revolução Francesa. E esse era o direito de liberdade num dos dois sentidos principais do termo, ou seja, como autodeterminação, como autonomia, como capacidade de legislar para si mesmo, como antítese de toda a forma de poder paterno ou patriarcal que caracterizava os governos despóticos tradicionais.

Por outro lado, há de se considerar a influência da burguesia frente a essa nova ordem de poder, que ajudou a permear a Revolução Francesa, o movimento Iluminista e atingiu seus objetivos com a Revolução Industrial nascida na Inglaterra, propiciando, também, uma nova dinâmica produtiva e comercial no mundo, conforme Hobsbawm (2003, p. 50),

[...] pela primeira vez na história da humanidade, foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornavam capazes da multiplicação rápida, constante, e até o presente ilimitada, de homens, mercadorias e serviços. Este fato é hoje tecnicamente conhecido pelos economistas como a partida para o crescimento autossustentável. (HOBSBAWM, 2003, p. 50)

Por fim, pode-se enfatizar que a Revolução Industrial, a Revolução Francesa, a independência das colônias norte-americanas e o Iluminismo, operavam sobre uma nova ordem mundial ocorrida sobretudo no século XVIII, que desencadeou para sempre o comportamento humano frente às transformações ocorridas, mas que de modo indiscutível continuaram a

influenciar sobre as ações do homem na construção social, política e econômica do meio do qual faz parte.

3. OS LIMITES E CONTRAPESOS DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Não há como deixar de se admitir a força do princípio ‘*Nemo tenetur se detegere*’, diante da dimensão alcançada na proteção dos direitos fundamentais do indivíduo.

Contudo, a dualidade de interesses entre o indivíduo versus a coletividade tem dividido opiniões do mundo jurídico, de modo a acalorar o debate sobre as garantias asseguradas constitucionalmente sobre o referido princípio, em confronto com os limites existentes da não autoincriminação na persecução penal. Queijo (2003, p. 485) preleciona,

[...] o Nemo tenetur se detegere, como outros direitos fundamentais não é absoluto, devendo coexistir no ordenamento jurídico com outros direitos e valores, como a paz social e a segurança pública, igualmente tutelados (limites implícitos imanentes). Por isso, admitem-se restrições ao referido direito, em caráter excepcional, que deverão ser operados por lei, escrita e prévia, que atenda ao princípio da proporcionalidade, sob pena de inconstitucionalidade. (QUEIJO, 2003, p. 485)

Se de um lado os direitos fundamentais individuais são inalienáveis, por outro, o equilíbrio social requer do Estado, força e justiça frente àqueles que transgridam a lei. Daí, a ponderação é necessária no sentido de preservar os valores individuais e coletivos, numa mesma seara, de tal sorte que o processo penal atinja seus objetivos, respeitando os preceitos básicos da Constituição Federal. Nesse sentido, preleciona Dworkin (2002):

quando dois princípios entram em colisão, ganha aplicação aquele princípio que, pelas circunstâncias concretas do caso, mereça primazia sem que isso importe na invalidade do princípio oposto. Diversamente, se duas regras entram em conflito, uma delas definitivamente não pode ser considerada válida. A colisão dos princípios portanto, resolve na dimensão do peso; já o conflito entre regras resolve no plano da validade. (Dworkin, 2002, p. 24)

Há de se considerar a complexidade existente no que tange ao conflito de normas e princípios, uma vez que o posicionamento doutrinário, jurisprudencial e do mundo jurídico como um todo, vai além de uma simples leitura ou interpretação hermenêutica quanto ao entendimento do princípio da proporcionalidade frente a casos que requerem a aplicação justa e correta de tal ponderação.

Tudo parte de entendimentos distintos, tecidos por uma base político-filosófica oriunda de legados históricos, associados a valores culturais, garantias legais e conquistas de direitos que dividem posicionamentos, que se de um lado torna-se positivo e enriquece o debate jurídico no campo da ideias e do Direito, por outro, pode causar uma celeuma jurídica que impede a eficiência, tanto da garantia dos direitos adquiridos, quanto da punição estatal em defesa da paz social. Diante dessa vertente, Larenz (1997, p. 575) preleciona:

Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em curta medida são abertos, móveis, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrarem facilmente em colisão entre si, porque na amplitude não está de antemão fixada.

No que diz respeito ao princípio '*Nemo tenetur se detegere*' como garantia fundamental, o art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, preceitua que, "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo assegurada a assistência da família e do advogado".

Nesse diapasão, também vale enfatizar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por meio do Pacto de São José da Costa Rica, em que o Brasil é signatário. Entre as garantias fundamentais a serem observadas, o art. 8º, § 2º, "g" resguarda à pessoa acusada o "direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem se declarar culpada".

Por conseguinte, o Código de Processo Penal, art. 186, prescreve:

depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de

permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Ainda em seu parágrafo único, o referido diploma assegura que “o silêncio não importará em confissão, como também não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Em se tratando dos preceitos legais do princípio ‘*Nemo tenetur se detegere*’ pode-se afirmar que as garantias da não autoincriminação estampadas nos diplomas acima, de modo expresso, são os pilares de extensão para os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários frente aos direitos fundamentais dos acusados. Nesse contexto, Lopes Jr. (apud Gesu, 2010, p. 50), ensina:

Conforme Lopes Jr., o “direito de silencio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, esculpida no princípio Nemo tenetur se detegere, segundo a qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silencio quando interrogado” e acrescenta que do exercício do direito ao silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico ao imputado. Apesar de sua previsão Constitucional prescindir ao “direito de permanecer calado”, o princípio do Nemo tenetur se detegere não se reduz as manifestações orais, deve abranger todas ações físicas e não verbais, capazes de contribuir para a própria condenação. O princípio inclui tanto o direito ao silêncio quanto ao direito de não ser constrangido a produzir prova contra si mesmo, na medida em que no processo penal só há presunção de inocência. Por consequências, qualquer tipo de recusa não autoriza presumir-se a culpabilidade muito menos por configurar delito de desobediência. Portanto o princípio da não autoincriminação decorre não só de poder calar no interrogatório, como também do fato de o imputado não poder ser compelido a participar de acareações, de reconhecimentos, de reconstituições, de favorecer material para exames periciais, tais como exame de sangue, de DNA ou de escrita, incumbindo à acusação desincumbir-se do ônus ou carga probatória de outra forma.

De modo indiscutível, o princípio ‘*Nemo tenetur se detegere*’, a partir da Constituição Federal de 1988, ganhou uma larga extensão de direitos que tem se fortalecido cada vez mais pelas decisões jurisprudenciais e doutrinárias de modo majoritário, de forma a consagrar os direitos do acusado como garantia inviolável.

Diante de um conjunto de fatores que teceram a história política, social e econômica do Brasil, que foi submetido a períodos ditoriais, pode-se considerar esse contexto como um marco do amadurecimento do Estado democrático de direito.

Entretanto, como já exposto, há de se questionar se tais garantias, de fato, amparam igualmente a todos os indivíduos, no trâmite processual pátrio, assim como, se de fato tais garantias implícitas não extrapolam os limites fixados nos diplomas legais, de modo a refletir a eficiência da persecução penal do Estado no combate aos crimes que assolam a sociedade de um modo geral. Por outro lado, Oliveira (2014, p. 390) sustenta que:

No Brasil, as intervenções corporais previstas em lei são pouquíssimas e, não bastasse, nem sempre vêm sendo admitidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal geralmente sob a fundamentação-equivocada, segundo nos parece desrespeito a um suposto princípio constitucional da não autoincriminação.

Sobre esse viés, vale também ver o posicionamento de Queijo (2003, p. 64), no que concerne à verdade material no curso do processo penal:

[...] com relação às provas que dependem da colaboração do acusado, modernamente argumenta-se contra o princípio *Nemo tenetur se detegere*, que, se fosse, ele aplicado em toda sua extensão, levaria à completa inviabilização da apuração da verdade material.

4. O CONTEXTO CONTEMPORÂNEO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* FRENTE A DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS.

A leitura que se faz sobre o princípio em foco dá-se intrinsecamente a partir dos grandes acontecimentos na esfera global. Não obstante, que a partir das revoluções culminadas no Iluminismo, que ocorre a predominância processual do sistema acusatório (indivíduo sujeito de direitos) sobre o inquisitivo (indivíduo objeto de provas), em diversos países do mundo.

Todavia, como já enfatizado, o processo de sedimentação de lutas e conquistas, dá-se por meio de uma dinâmica que não se pode ter como concluído, nem tampouco limitado aos fatos históricos futuros, bem como

depende do contexto de cada Estado, ou continente. Assim, de modo imensurável surgem novos conflitos permeadores da ação humana sobre o meio social, que não deixam de influenciar nas relações de poderes de cada povo, tanto de ordem interna, quanto externa.

Desta forma, antes de adentrar no mérito do direito a não autoincriminação na contemporaneidade, vale enfatizar o peso da primeira e segunda guerras mundiais, que tanto afetaram a humanidade no século passado, propiciando assim, maior sensibilidade no que tange aos direitos humanos tão violados nesse período, mas que por outro lado, serviu de canal para os tratados internacionais em defesa de tais direitos e consequentemente à adesão de muitos países, incluindo seus legados de direitos no seio de suas constituições.

Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, por meio da Assembleia Geral das Nações Unidas, traz como bandeira o combate à tortura, a presunção de inocência etc., que mesmo não fazendo menção expressa ao princípio *Nemo tenetur se detegere*, não deixa de fortalecê-lo pelos ideais de liberdades individuais que se convergem.

Por outro lado, o princípio em foco, é reconhecido por outros diplomas internacionais, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, via Pacto de São José da Costa Rica, em 1969, e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em 1966, vigente em 1976, (Art. 14, n.3.g), segundo o qual, a pessoa acusada de um crime, goza do direito de “não ser obrigada a depor contra a si mesma, nem a confessar-se culpada”.

4.1. SOBRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O princípio *Nemo tenetur se detegere* por essência faz parte dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Contudo, entre ambos, ocorre certa distinção, estes dão-se pela positivação nos ordenamentos jurídicos, enquanto aqueles, tidos como direitos naturais do homem, são supranacionais e independem de qualquer positivação. Lopes (2001, p. 42) assim o distingue:

[...] a expressão direitos humanos faz referência aos direitos do homem em nível supranacional, informando a ideologia política de cada ordenamento jurídico, significando o pré-positivo, o que está antes do Estado, ao passo que os direitos fundamentais são a positivação daqueles nos diferentes ordenamentos jurídicos, adquirindo características próprias de cada um deles.

O fato é que os direitos humanos positivados garantem segurança jurídica frente à liberdade, igualdade e dignidade humana, pilares norteadores de ambos os direitos. Moraes (2000, p. 41) leciona:

O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

Nesse diapasão, vale citar Queijo (2003),

O princípio *Nemo tenetur se detegere* tem sido considerado direito fundamental do cidadão e, mais especificamente, do acusado. Nesse sentido, Varsali, Grevi e Zeuccaia já se manifestaram. Cuida-se do direito à não autoincriminação, que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, que não se resume ao direito ao silêncio. Parece acertado referido entendimento de acordo com as novas características dos direitos fundamentais. Neles se dá ênfase à proteção do indivíduo contra excesso e abusos por parte do Estado. (QUEIJO, 2003, p. 54-55)

Portanto, de acordo com os autores acima citados, a relação Estado-indivíduo na persecução penal tem sido razão de críticas pelo fato do Estado, que deveria ser o guardião dos direitos estabelecidos, aparece como agente que tolhe as liberdades individuais, com uso de práticas até mesmo desumanas, em nome da defesa da garantia, da paz e da justiça social.

4.2. APLICAÇÃO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO CONTEXTO DO DIREITO COMPARADO

O Brasil é um país que se destaca no plano da garantia ao direito da não autoincriminação como direito fundamental, vedando acareações, reconstituições de crimes, provas corporais invasivas etc., se assim, o acusado não permitir. Isso tudo, em nome do princípio da efetividade, que permite uma leitura extensiva por parte dos julgadores, do que reza os institutos jurídicos pátrios, pois de modo expresso, é assegurado ao acusado o direito de permanecer calado, e que esse silêncio não implique em prejuízo a sua defesa.

Todavia, em outros países, tal princípio além de não ser absoluto, fica adstrito ao direito de permanecer calado, permitindo portanto a produção de provas sem a permissão do acusado, a exemplo, o teste de alcoolemia por meio do bafômetro.

No direito norte-americano, o princípio *Nemo tenetur se detegere* equivalente ao termo *privilegie against self-incrimination*, que assegura o direito ao silêncio do acusado, no entanto, é permitido outras ações na produção de provas, como intervenção corporal invasiva, até mesmo de modo coercitivo, diferentemente do que ocorre no Brasil.

Em referência à aplicação do *Nemo tenetur se detegere* no direito português, aduz Mendes (2010):

O princípio segundo o qual ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, que engloba o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de provas, não consta expressamente do texto da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), sua, “a doutrina e a jurisprudência portuguesa são unâimes não só quanto à vigência daquele princípio no direito processual português, como quanto à sua natureza constitucional”. Há quem baseia o princípio muito simplesmente nas garantias processuais [...] (MENDES, 2010, p. 125-126)

Por fim, citando mais um exemplo do referido princípio, no que diz respeito à Alemanha, preleciona Andrade (1992):

A Lei fundamental não consagra expresses verbi o princípio *Nemo tenetur se detegere*. Mas isto não tem impedido a doutrina e a jurisprudência germânicas de sustentarem, de forma praticamente unânime, que aquele princípio configura verdadeiro “direito constitucional não escrito”. Nesta linha, é já possível contar com um conjunto significativo de decisões do Tribunal Constitucional Federal, sistematicamente fieis ao entendimento de que o princípio goza hoje, na ordem jurídica alemã, de autêntica dignidade constitucional.

(ANDRADE, 1992, p. 124)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio *Nemo tenetur se detegere* como instrumento de garantias de direitos do indivíduo é um dos mais nobres direitos já alcançados, visto que busca assegurar um processo justo por meio da ampla defesa do acusado.

Vale dizer que sua consagração deu-se a partir das lutas por direitos em várias partes do mundo, sobretudo quando impactadas por revoluções e acontecimentos históricos que buscavam a liberdade do homem como corolário dos direitos fundamentais e humanos.

Quanto a sua aplicação nos casos concretos, salienta-se que no contexto internacional cada Estado-nação possui sua soberania em adotar tal princípio conforme costumes e entidades estabelecidos.

De qualquer modo, há uma grande influência das decisões e julgados internacionais de um país sobre o outro, nos dias de hoje, sobretudo os Estados Unidos da América, cita-se como exemplo, o emblemático caso *Miranda versus Arizona*, ainda tão discutido nos tribunais do mundo inteiro.

No tocante ao fortalecimento do princípio em foco, salienta-se os pactos e as convenções internacionais como luta dos direitos fundamentais e humanos, que de modo expresso ou indireto pauta a não autoincriminação como conquista de direito.

Ainda no que concerne ao princípio da não autoincriminação, o direito ao silencio tornou-se um gênero de sua espécie, visto que, o entendimento

doutrinário e jurisprudencial estende tal direito ao acusado, de não participar de acareações, não se submeter a determinados exames tido como invasivos, exemplo DNA, não participar de reconstituições de crime etc., na persecução penal do direito pátrio.

Algumas garantias asseguradas, pelo princípio *Nemo tenetur se detegere* no Direito brasileiro, como exemplo não se submeter a exames corporais invasivos, deu-se pela interpretação extensiva sumular e jurisprudencial dos tribunais, visto que o institutos pátrios, de modo expresso, tratam apenas do direito ao silencio, sem prejuízo à defesa do acusado. (Art. 5º, LXIII, cf; Art. 186 do CPP e Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, Art. 8º, inc 2, letra “g”).

Mesmo diante de avanços incontestáveis na seara do Direito Penal e Processual Penal ao acusado, há de se convir a necessidade da paz social e do combate à criminalidade pelo Estado, de modo que deve se usar a ponderação nos julgamentos quando ocorrer confronto de normas e princípios.

Apesar de não discutir o emérito, é importante citar a Lei 9.455/97, que tipifica como crime de tortura constranger alguém com uso da violência ou grave ameaça com o fim de obter informações da vítima ou de terceira pessoa.

Por fim, assim como todo direito fundamental, o princípio *Nemo tenetur se detegere*, não é absoluto, devendo ser relativizado quando confrontado com outros princípios que amparem direitos de outrem.

REFERÊNCIAS

- GESU, Cristina Di. Prova Penal e Falsas Memórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LOPES, Ana Maria D'ávila. Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2001.
- MORAES Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral. São Paulo: Atlas, 2000
- QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003).
- BOTTINO, Thiago. O direito ao silêncio na jurisprudência do STF. São Paulo: Campus Jurídico, 2009.
- DIAS, Augusto Silva. RAMOS, Vânia Costa. O direito à não autoincriminação (*Nemo tenetur se ipsum accusare*) no processo penal e contra ordenal portuguesa. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Jones. Direito Constitucional e teoria da Constituição – 4 ed. – Coimbra: Almeida Editora, 2007.
- LAREZ, Kal. Metodologia da Ciência do Direito. – 2 ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOPES JR., Auty. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. – 18 ed. – São Paulo: Atlas, 2014.
- DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos ... e norte americano. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, V. S, n-119, p. 179-204, Jul, set, 1997.