

O PRINCÍPIO DA INEXIGIBILIDADE DE AUTOINCRIMINAÇÃO: GARANTIA DO INDIVÍDUO INAFASTÁVEL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Ana Carolina Biagi de ANDRADE¹

RESUMO: Este artigo aborda o tema no qual o assunto pode ser visto de lados opostos. Não é de necessidade do réu, suspeito, indicado ou acusado falar sem a presença de um advogado. Tais pessoas tem o direito de exigir a presença de alguém com experiência formada para que não seja interpretado algum discurso de forma indevida, criando-se assim provas contra si mesmo. Leis constatadas na Constituição Federal, Código de Processo Penal e Código de Trânsito Brasileiro explicitam muito bem esse direito, que foi adotado na era Moderna e se mantém atualmente.

Palavras-chave: Origem histórica. *Nemo tenetur se detegere*. Direito ao silêncio.

1 INTRODUÇÃO

A finalidade do presente artigo é conseguirmos entender os direitos e garantias individuais de não produzir provas contra si mesmo, que é um direito cabível a todos e que está presente nas normas brasileiras. Esses direitos e garantias podem ser encontrados na nossa Constituição Federal, Código de Trânsito Brasileiro e Código de Processo Penal.

No quesito que se trata de direitos e garantias fundamentais, a constituição brasileira nos traz premissas que são tratadas como no art. 5º, LVII, CF: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"; art. 5º, LXIII, CF: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogados" e outros que tratam dos princípios da dignidade da pessoa humana, encontrados em textos legais.

Se analisarmos com mais atenção o artigo 5º da Constituição Federal, inciso LXIII, podemos perceber que o preso tem o direito de permanecer em silêncio,

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. anacarinabandrade@hotmail.com.

porém esta norma abrange uma ideia bem maior, sabendo que a maior parte dos doutrinadores utilizam o princípio da interpretação efetiva, por meio da qual busca-se uma interpretação mais eficaz, compreensiva aos direitos fundamentais e constitucionais, conferindo-lhes real eficácia, como merecem as normas constitucionais de aplicabilidade plena que são. Então, pensando dessa forma, esse não é um direito só de quem está preso, mas sim de todos aqueles que estão sendo acusados.

Além disso, como se verá, não consiste exclusivamente no direito de não falar (direito ao silêncio), mas, de maneira mais ampla, no direito de recusar-se a, por qualquer forma, produzir prova ou elemento que possa vir a prejudicá-lo em processo judicial ou administrativo.

A atitude de permanecer em silêncio é a manifestação de uma garantia maior, é o direito da não autoacusação para que não haja prejuízos jurídicos. Nesse sentido, nota-se que a citada garantia encontra amparo não apenas na Constituição da República, mas também na legislação infraconstitucional, como se vê do disposto no artigo 186 do Código de Processo Penal, em seu parágrafo único: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”. Partindo disso, damos entrada ao princípio conhecido como *nemo tenetur se detegere*, estudando sua essência e sua real amplitude.

2 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO – NEMO TENETUR SE DETEGERE

Nemo tenetur se detegere ou *Nemo tenetur se ipsum accusare* ou *Nemo tenetur se ipsum prodere* é uma expressão latina que significa, literalmente, que ninguém é obrigado a se descobrir, ou seja, qualquer pessoa que esteja sendo acusada de algum ato ilícito penal não tem a obrigação de se auto incriminar, produzindo provas em seu desfavor, e tem o direito de se manifestar da maneira mais comum, porfiando o seu silêncio.

PINTO (2010, p.100), mencionando Jan Martin Rybnicek e Lissa Griffin, afirma que “O princípio *Nemo tenetur se ipsum accusare* teve a sua origem no Reino Unido, no séc. XVII como reação às práticas inquisitoriais dos tribunais eclesiásticos”. Portanto, é importante ressaltar as origens históricas da presente

norma, que é confundida com a origem do próprio sistema jurídico romano-germânico, sob o qual é baseada toda a estrutura jurídica brasileira.

A consagração de tal princípio foi uma das grandes vitórias da processualização da jurisdição penal, estabilizada no século XVIII, com o enfraquecimento do absolutismo. Há quem diga que esse princípio se firmou no período Iluminista, pois, a partir daí, o acusado deixou de ser considerado exclusivamente como objeto de prova, exaltando-se o combate ao emprego da tortura e à postura antinatural até então soberbo, de o réu ser obrigado a contribuir com o alcance da verdade, objetivando-se a contar de então a ideia de que ninguém é obrigado a se auto incriminar.

É justamente neste período em que se passa a ter uma visão de indivíduo mais ampla, surgindo, então, as ideias de liberdades individuais, consistindo estas no rol indisponível de direitos de cada cidadão, oponíveis *erga omnes*, e, especialmente contra o Estado, o monstro Leviatã citado por Thomas Hobbes.

É por isso que, como se nota, o citado princípio já surge como uma forma de tutelar os direitos individuais indisponíveis do cidadão contra a ânsia punitiva do Estado, cujo *jus puniendi* encontra limite no *jus libertatis* do cidadão.

Também remonta-se fortemente a presença deste princípio, fortemente associado à presunção de inocência, no famoso direito dos “*Miranda Warnings*” (avisos de Miranda), originário do famoso caso estadunidense de *Miranda v. Arizona*, no qual a falta de aviso ao acusado de seus direitos levou à anulação do julgado (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Vol. 1. Niterói: Impetus, 2011. P. 58).

Nota-se, portanto, que, ainda que o indivíduo tenha praticado ilícitos, o direito de punir do Estado deve desenvolver-se nos limites da Lei e da Constituição, isso porque, em um Estado Democrático de Direito, as leis e a Constituição, nada mais são do que atos de consentimento do jurisdicional, isso porque elaboradas pelo sistema da democracia indireta, no qual o povo, por meio de seus representantes, elege as leis. Por isso, o Estado, como forma de respeito ao indivíduo, deve respeito às Leis, bem como aos princípios, especialmente os elencados na Constituição, como é o aqui estudado.

Este princípio é também presente em tratados internacionais e constituições além do Brasil. *Nemo tenetur se detegere* se faz presente na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, é encontrado, expressamente, em seu artigo 8º, 2, g, configurando garantia mínima a ser observada a toda pessoa acusada de um ato ilícito, conservando o direito de não ser obrigado a fazer uma confissão se mostrando culpado e nem a depor contra si mesmo.

No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, também se certificou, expressamente, dispositivos reconhecendo o princípio, afirmando-se, assim, que a pessoa acusada de um delito tem direito “a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.” (v. artigo 14º, 3, g). Apesar de sua importância como tratado internacional de proteção aos direitos do homem, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual foi aprovada, em 1948, pela Assembleia Nacional das Nações Unidas, mesmo que faça referências à não-utilização da tortura e à presunção de inocência, deixou de citar, especialmente, o princípio *nemo tenetur se detegere*.

O princípio *nemo tenetur se detegere* se mantém presente não só na Constituição do Brasil (artigo 5º, LXIII), mas também é encontrada, declaradamente, na Constituição da Espanha (artigo 17º, 3), dos Estados Unidos da América do Norte (Emenda 5ª) e na da Argentina (artigo 18º). Em certos casos, a presença, implícita, do princípio é prevista na Constituição de Portugal, que mostra que o princípio surge no Código de Processo Penal (CPP), no amparo do direito ao silêncio (artigos 61º, nº 1, al. d; 132º, nº 2; 141º, nº 4, a), e 343º, nº1, do CPP); na da Alemanha, que entende-se que o princípio tem flexibilidade constitucional, não podendo ser desrespeitado em seu núcleo essencial (cf. artigo 19º, n. 2, da Lei Fundamental) nem pelo Legislativo e nem pelo Judiciário e é somente incluído entre os direitos fundamentais; e na da Itália, que diz que o princípio é inserido no direito à auto defesa, defendida no artigo 24, n, 2, do texto constitucional.

3 ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O direito de não autoincriminação vem de uma origem muito antiga, pois provém dos instintos naturais do homem de se autodefender, não se incriminar,

preservação. De uma maneira muito clara, pode-se afirmar que esse direito surgiu, na era moderna, como contradição das tragédias geradas pela inquisição, na Idade Moderna, que era conduzida pela Igreja e pelo absolutismo monárquico, que possuía em sua confissão a prova mais importante que podia ser alcançada, principalmente, por meio de tortura.

Passado um tempo, o investigado passou a não ser mais objeto de prova e passou a ser sujeito de direitos, supondo-se em seu benefício a inocência, informada no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789. Durante a inquisição a tortura ainda não era ilegal e ainda era exigido do suspeito o juramento de que estealaria somente a verdade.

É justamente neste momento em que o direito penal e o sistema persecutório penal passa a ser moldado e interpretado de forma diversa, mostrando-se os primeiros indícios do fim de um direito penal do autor, e do início de um direito penal do fato, passando a ser o autor do crime um sujeito de direito, e o objeto do processo penal, apenas o fato por ele praticado.

Na República Romana o réu não possuía a obrigação de confessar ou de fazer qualquer declaração. Tudo isso começa a mudar com o Direito Canônico, que percebia na confissão arrependimento e expiação. Esse tenebroso cenário para os direitos fundamentais do acusado sofreu várias transformações durante os séculos XVII e XVIII. Na Declaração dos Direitos de Virgínia (1774), em seu artigo 8º, já proclamava que “em todos os processos criminais o acusado não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo”.

Conforme citado acima, é neste momento que, atento às necessidades fáticas que se faziam presentes naquele momento, o jurista da época, fundamentado nos ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade, e até mesmo nos mais básicos instintos humanos, como o de sobrevivência, passa a entender, e aplicar em casos concretos o direito de todo indivíduo de não ser forçado a se prejudicar, de não ser forçado a confessar, nem mesmo de auxiliar o Estado em sua condenação.

Ora, se o Estado deseja quebrar a presunção de inocência com a qual nasce todo cidadão, que o faça por seus próprios meios, e por suas próprias forças, tendo o indivíduo o direito de, inclusive, opor-se a esta força.

4 ATUAÇÃO DO DIREITO DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NOS DIAS DE HOJE

Visando a legislação brasileira, qualquer coação que obrigue qualquer pessoa a se confessar é considerada ilícita e configurará crime de tortura conforme a alínea “a”, inciso I, artigo 1º da lei 9.455/97.

No Código de Processo Penal, artigo 186, proíbe a interpretação do silêncio caso seja em prejuízo do réu. Porém, se analisarmos o artigo 198 do mesmo código podemos perceber que o silêncio “*poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz*”. Diversos doutrinadores discordam com essa parte do artigo 198 (CPP) e dizem que este não deve ser aplicado por conta da sua incompatibilidade com um princípio do direito e que este convencimento não pode ser utilizado em prejuízo do réu.

Esse direito se faz presente em todos os casos em que alguém estiver sendo obrigado a realizar alguma produção de prova contra si mesmo. Há três casos que tiveram repercussões no âmbito nacional, que foram o da realização do exame de DNA, em caso de interrogatório e da utilização do bafômetro.

Em relação ao exame de DNA, focando em caso de exame de paternidade, também possui a ocorrência desse princípio, e o ato de recusa do réu de realizar o exame não pode ser tomada como pressuposto absoluto de paternidade, como é defendido pela ministra Nancy Andrighi, mesmo com a súmula 301 do STJ, mas antes de a hipótese resultante da recusa em submeter-se ao exame de DNA é necessário ser adicionadas outras provas produzidas pela pessoa que entrou com a ação, ou seja, esta pessoa precisa ter a certeza de que sua acusação é verdadeira e que consiga proceder-se, e com isso buscar meios para provar sua afirmação.

Tratando da relação do bafômetro, o condutor do veículo automotor não pode ser obrigado a praticar com o pedido da autoridade no que diz respeito à utilização do bafômetro, pois realizando este teste violaria o seu direito de não produzir prova contra si mesmo e qualquer prova que seja adquirida nessas circunstâncias é considerada ilícita. Apesar das várias mudanças ocorridas no código de trânsito brasileiro, e das várias críticas que ainda pode ser gerada, a alteração foi bastante positiva, pois vem trazendo maior efetividade ao Código de Trânsito, além da redução do número de acidentes envolvendo motoristas embriagados. Isso pode ser observado quando visualizamos o artigo 306 do Código

de Trânsito Brasileiro, Lei 12.760/2012, quando diz que o crime de embriaguez ao volante é constatado quando há alteração na capacidade psicomotora do motorista logo após a ingestão do álcool ou do uso de qualquer outra substância psicoativa, como, por exemplo, maconha e/ou cocaína.

E a lista de exemplos não finda. Além dos casos em que o agente tem o nítido direito de não participar de exame de DNA, inclusive em casos criminais, da sua não obrigatoriedade de realização do teste do etilômetro, ou mesmo de exame clínico para a constatação de sua embriaguez, e do direito ao silêncio, hoje é pacífico o entendimento no sentido de que o réu tem o direito de, querendo, não participar do interrogatório, de mentir no interrogatório, desde que não acuse outro de crime, e, em geral, de omitir-se na prática de qualquer ato que possa incriminá-lo.

Assim, conclui-se que, na prática, a aplicação do citado instituto hoje é corriqueira em nosso país.

Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu expressamente o citado direito:

“Esta Suprema Corte, fiel aos postulados constitucionais que expressivamente delimitam o círculo de atuação das instituições estatais, enfatizou que qualquer indivíduo “tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. ‘nemo tenetur se detegere’. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal (RTJ 141/512, re. Min. CELSO DE MELLO). Em suma: o direito ao silêncio – e o de não produzir provas contra si próprio (HC 96.219 MC/SP. Rel. Min CELSO DE MELLO) constitui prerrogativa individual que não pode ser desconhecida por qualquer dos poderes da República”. (STF – HC 96982/DF. Rel – Min celso de Mello – Info nº 530).

Com esse reconhecimento do STF dizendo que qualquer pessoa possui o direito de permanecer em silêncio, conseguimos constatar também a presença de um princípio fundamental, a igualdade, que pode ser encontrada explicitamente no caput do artigo 5º da Constituição Federal “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. Portanto, como este é um princípio regido pela nossa Constituição, não pode haver diferença em relação aos indivíduos que quiserem continuar em silêncio.

5 CONCLUSÃO

Conseguimos perceber que o princípio *neto tenetur se detegere* possui uma importância fundamental para o direito, pois este garante um direito de grande relevância que é reconhecido por muitos como uma garantia mínima de todos aqueles acusados, levando em conta que este não deve se restringir somente ao âmbito processual, mas em toda esfera em que o sujeito esteja sendo acusado ou esteja desenvolvendo alguma acusação e qualquer prova formulada em seu desrespeito a esse princípio.

Esse direito fundamental refere-se ao direito à não autoincriminação. Por sua vez esse direito é inserido na esteira de liberdade ao indivíduo, diferente dos interesses do Estado, não se privando ao direito ao silêncio. Tal entendimento se junta aos direitos fundamentais ao focalizar a proteção do sujeito contra excessos e abusos vindos do Estado, tendo como finalidade acoitar a dignidade humana.

Em síntese, o citado direito hoje faz parte permanente do rol de garantias individuais do jurisdicionado, podendo ele opô-lo contra o Estado a qualquer tempo, de modo a fazer valer sua liberdade individual. É uma das formas por meio das quais se demonstra que o Estado não é absoluto, mas se limita à vontade do povo, concretizada nas leis e normas, às quais este se submete, cristalizando, assim, o chamado Estado Democrático de Direito.

É por este motivo que a importância do citado princípio não pode, jamais, ser minimizada, sendo ele equivalente à própria liberdade individual em face do ente coletivo. A existência deste direito é, sem sombra de dúvidas, uma das formas mais eficazes de se tutelar o direito de minorias, das quais tanto se fala hoje. Mais ainda, da menor minoria existente: o indivíduo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei Seca: menos mortes, mais impunidade**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2208, 18 jul. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13178>>. Acesso em: 11.mai.2016

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>. Acesso em: 11.mai.2016

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. 1. Niterói: Impetus, 2011.

PINTO, Lara Sofia. Privilégio Contra a Auto-Incriminação Versus Colaboração do Argüido. **Prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal**. Org: Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Lisboa: Almedina, 2010.

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.

STJ. **STJ começa a julgar legalidade de outros meios de prova, além do bafômetro, para atestar embriaguez**. Processo REsp 1111566. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=20&id_noticia=77974. Acesso em: 18.mai.2016