



Volume 30

2023

Presidente Prudente/SP

ISSN 1516-8158

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Reitor: Sérgio Tibiriçá Amaral
Pró-Reitor Acadêmico: Igor de Toledo Pennacchi Cardoso Machado
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral
Coordenadora Financeira: Maria Eduarda de Toledo Pennacchi Tibiriçá Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade semestral

EDITORES

Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

COMISSÃO EDITORIAL

André Simões Chacon Bruno (USP)
Alessandra Cristina Furlan (UEL)
Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Daniela Braga Paiano (UEL)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UFMT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UENP)
Vladimir Brega Filho (UENP)
Ana Carolina Greco Paes (PUC-PR)

EQUIPE TÉCNICA

Delaine de Oliveira (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca “Visconde de São Leopoldo” – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe.coordenador@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 30 – 2023

Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2023. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158

SUMÁRIO/CONTENTS

LA TRANSFORMACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN. A LA LUZ DE LA TRANSFORMACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA INTERDISCIPLINARIEDAD.....06
MARINQUE, Jorge Isaac Torres

ASPECTOS PENAIS DO CANCELAMENTO VIRTUAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO.....28
TEIXEIRA, Geovanny Cavalcanti
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima

O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....44
ASSIS, Éder Pereira de
ALMEIDA, Patrícia Silva de
PISSOLATO, Solange Teresinha Carvalho

O CONCEITO E OS EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO SIMBÓLICAS SOB A ÓTICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....69
SILVESTRIN, Álvaro Graça
BREGA FILHO, Vladimir

A POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AOS INFLUENCIADORES DIGITAIS: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA TUTELA CONSUMERISTA.....94
MARANGONI, Lara Wehbe
DESTRO, Carla Roberta Ferreira Destro

BORDADO NO TEMPO: A METAMORFOSE DO ESTUPRO NO BRASIL.....116
ARAÚJO, Manoel Matias Medeiros de
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima

DESAFIOS DO DIREITO ANTITRUSTE EM FACE DO AVANÇO TECNOLÓGICO DOS MERCADOS DIGITAIS.....135
BORGES, Bruna Fernanda Sales
HARO, Guilherme Prado Bohac de

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL TRIBUTÁRIO.....156
ANSELMO, José Roberto
MOTA, Ademar Ferreira

ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓPTICA DA NOÇÃO DE DIREITO COMO INTEGRIDADE EM RONALD DWORKIN.....183

OLIVEIRA, Stella Mendes de
LEITE, Leonardo Delatorre
MORAES, Gerson Leite de

**O PAPEL DA AUTOCOMPOSIÇÃO NA EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS
PROCESSUAIS: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA COMARCA DE JARDIM DE
PIRANHAS-R.....206**

SILVA, Heverton Olimpio
MAIA, Augusto de França

**O EQUILÍBRIO IMPLACÁVEL E A JUSTIÇA POÉTICA EM O SOL É PARA TODOS:
ASPECTOS DA INJUSTIÇA, DA RETRIBUIÇÃO PELA VINGANÇA E O
REEQUILÍBRIO DAS ASSIMETRIAS PELO IMPONDERÁVEL.....231**

GUILHERME, Thiago de Mello Azevedo

**O RESGATE DA FILOSOFIA DO DIREITO PARA A CORREÇÃO DA APLICAÇÃO
JURÍDICA LÍQUIDA.....260**

SALATI, Marcos

**A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS E A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA
CONTEMPORÂNEA.....288**

MOLINA, Glauce Manuela
FERNANDES, Josiane Marcia

**(RE)ESTRUTURANDO A CULTURA DA BARGANHA: UMA CONEXÃO ENTRE A
JUSTIÇA RESTAURATIVA E O PROCESSO ESTRUTURAL.....305**

OICHI, Camila Mayumi

NOTA AO LEITOR

A 30ª Edição da Revista Intertemas mais uma vez se propõe a apresentar temáticas de relevância jurídica nacional e internacional.

Convidamos cada leitor a se debruçar nos temas propostos pelos pesquisadores. É com enorme satisfação que esta edição é publicada, levando ao conhecimento de todos o melhor da nossa pesquisa científica.

Publicamos também o trabalho premiado na 19ª edição do ETIC – Encontro Toledo de Iniciação Científica, com a temática “Desafios do Direito Antitruste em Face do Avanço Tecnológico dos Mercados Digitais”, de autoria da discente Bruna Fernanda Sales Borges, sob a orientação do Dr. Guilherme Prado Bohac de Haro.

Desejamos uma ótima leitura.

Cordialmente,

Carla Roberta Ferreira Destro
Editora da Revista Intertemas

O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

THE RIGHT AGAINST SELF-INCRIMINATION: ORIGIN AND DEVELOPMENT IN THE HISTORY OF BRAZILIAN CONSTITUTIONS

ASSIS, Éder Pereira de¹
ALMEIDA, Patrícia Silva de²
PISSOLATO, Solange Teresinha Carvalho³

RESUMO: o artigo explora aspectos gerais da não autoincriminação e o instinto de autopreservação, sua possível gênese no direito hebreu, direito anglo-saxão sob as vestes do *the privilege against self-incrimination*, no direito romano, dentre outros. A questão norteadora é a dificuldade para definição de sua origem por ser da essência do homem, em todo o tempo e lugares. A pesquisa é bibliográfica e o método é o dedutivo, ancorado na legislação, artigos científicos e jurisprudência. A previsão da quinta emenda à Constituição dos Estados Unidos da América em 1791, foi um marco para o reconhecimento e efetivação do direito a não autoincriminação, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969. No Brasil, durante o período das Ordenações do Reino, não havia o reconhecimento explícito ou implícito do direito à não autoincriminação e ao longo das Constituições que se seguiram, previsto em nível de cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988. Por conclusão têm-se a dificuldade na definição da origem do direito a não autoincriminação, havendo defensores de que decorre do direito canônico, outros sustentando que das ideias iluministas, e outros de que deriva do *common law*, com aplicação mais restrita sob a forma do *privilege against self-incrimination*.

PALAVRAS-CHAVE: Não autoincriminação. História. Constituição Federal.

ABSTRACT: The article explores general aspects of non-self-incrimination and the instinct of self-preservation, its possible genesis in Hebrew law, Anglo-Saxon law under the garb of the privilege against self-incrimination, in Roman law, among others. The guiding question is the difficulty in defining its origin because it is of the essence of man, in all times and places. The research is bibliographic, and the method is deductive, anchored in legislation, scientific articles, and jurisprudence. The provision of the Fifth Amendment to the Constitution of the United States of America in 1791 was a milestone for the recognition and realization of the right not to self-incrimination, as well as the American Convention on Human Rights in 1969. In Brazil, during the period of the Ordinances of the Kingdom, there was no explicit or implicit recognition of the

¹ Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação “Sistema Constitucional de Garantia de Direitos” pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE), professor assistente da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). E-mail: eder.assis1@unemat.br. ORCID: 0009-0005-2487-7100.

² Doutora e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR), Oficiala Registradora e Tabeliã de Notas no Estado de São Paulo. E-mail: patriciadealmeida3110@gmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4094-4976>.

³ Doutoranda em Direito em Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas pela Universidade de Marília (UNIMAR). E-mail: solangepissolato.mestrado@gmail.com. ORCID 0000-0002-1447-5045.

right not to self-incrimination and, throughout the Constitutions that followed, provided for at the level of a stony clause in the Federal Constitution of 1988. In conclusion, there is the difficulty in defining the origin of the right not to self-incrimination, with some arguing that it derives from canon law, others arguing that it derives from Enlightenment ideas, and others that it derives from common law, with more restricted application in the form of privilege against self-incrimination.

KEYWORDS: Non-self-incrimination. History. Federal Constitution.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo buscou, explorar aspectos gerais sobre a não autoincriminação e o instinto de autopreservação. Realiza-se uma análise acerca da sua possível gênese no direito hebreu, no direito anglo-saxão sob as vestes do *the privilege against self-incrimination*, no direito romano, dentre outros. Examina-se a problemática perante a dificuldade de definição das origens do direito a não autoincriminação, que não ocorre exclusivamente no campo da doutrina, refletindo também nos julgados das cortes superiores.

A questão norteadora da pesquisa reside em demonstrar a dificuldade de precisar sua nascente, justamente por ser a autopreservação atinente ao ser humano, em qualquer tempo e lugar. Da abordagem das possíveis origens, embora se identifiquem elementos embrionários no direito romano e canônico, o sistema inquisitorial com a primazia da confissão enquanto meio de prova, a imposição de juramento *ex officio* de dizer a verdade e o emprego de tortura, inviabilizava qualquer efetivação do direito a não autoincriminação, verificando-se no common law sob a forma do *the privilege against self-incrimination*, ainda que mais restrito que o *nemo tenetur se detegere*, importantes bases de sustentação e desenvolvimento para o último, o que foi objeto de várias manifestações expressas pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do HC 78.708/SP.

Para alcançar os resultados da pesquisa foi adotado o método dedutivo, partindo de ideias gerais para as particularidades. A pesquisa é bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Analisa ao redor do texto, alguns elementos essenciais cingidos pelas Constituições Brasileiras, compaginando os traços comuns entre elas.

A pesquisa parte de uma leitura ampla da bibliografia pertinente ao tema, além da introdução e da conclusão, o trabalho está estruturado em tópicos, empregando-

se o esforço para discorrer sobre o tema direito a não autoincriminação: origem e desenvolvimento na história das constituições brasileiras.

Enseja o primeiro na introdução, destinando-se o segundo a apresentar o ponto de origem do direito a não autoincriminação, o qual deita raízes na antiguidade, faz uma discussão sobre o tema percorrendo o trajeto histórico que o conduz até a contemporaneidade, na sequência acompanha a tecitura do fio condutor presente nas constituições brasileiras.

No que se refere as Constituições brasileiras, inicia-se a abordagem com a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, na sequência a constituição Republicana de 1891, mais a frente, foi tratado sobre a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, seguida pela abordagem da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Outro ponto de destaque é a Emenda Constitucional n.1 de 1969 -Constituição da República Federativa do Brasil de 1969, discorrendo na sequência sobre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por derradeiro traça as considerações finais.

2 A ORIGEM DO DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Definir a gênese do direito a não autoincriminação mostra-se dificultoso, tendo em vista que o instinto de autopreservação é atinente a todo ser humano, em todo o tempo e lugares, consistindo em princípio de justiça universalmente acolhido (Capotorti, 1947).

Segundo Haddad (2005, p. 89) o direito a não autoincriminação deita suas raízes na Antiguidade, segundo o aforismo latino *nemo tenetur prodere seipsum*, oriundo da carta de São João Crisóstomo aos hebreus que proclamava que nenhuma pessoa poderia ser compelida a descobrir-se em público (407 a. C.).

Havendo posicionamentos sobre a previsão no Talmude, de disposições voltadas ao direito a não autoincriminação, inclusive, com o reconhecimento do brocardo jurídico supracitado (Andrade, 1992, p. 121).

Com a advertência de Haddad (2005, p. 90) no sentido de que não basta a mera insurreição do imputado contra uma acusação que entende injusta, pois inerente ao instinto de autopreservação, somente se podendo falar em surgimento do direito a não autoincriminação a partir do momento em que tal insurgência passou a ser respeitada, ainda que não positivada nos ordenamentos jurídicos.

No direito romano, embora vários de seus institutos tenham servido de base para o sistema *civil law*, alguns empregados até os dias atuais, ainda que de forma parcial ou modificada, verifica-se debate doutrinário quanto à possibilidade do direito a não autoincriminação ter se originado no mesmo, já que admitia a existência de poderes ilimitados ao julgador, inclusive para obrigar o acusado a depor, pois o silêncio era inadmitido, legitimando o emprego de tortura para obtenção de declarações e para confissão, pela imposição de juramento de dizer a verdade e pela defesa em determinado período ter sido realizada exclusivamente pelo mesmo.

Segundo José de Souza Gama (1984, p. 63) “[...] o princípio *nemo tenetur se accusare* secularmente inspirou o *common law* inglês, mas remonta ao Direito Romano: *nec enim oequum est, dolum suum quemquam revelae*”. Já Helmholtz (1997, p. 186) sustenta que “[...] o princípio contra a auto-incriminação era desconhecido em Roma.”

Quanto à contradição entre o direito a não autoincriminação e a imposição de juramento de dizer a verdade, sustenta Malatesta (1996, p. 431) que “o juramento é uma coação sobre seu espírito e toda a coação, interior ou exterior, forçando o acusado a confessar, é sempre ilegítima e, por isso, rejeitada.”

E afirma Haddad (2005, p. 99) que “é perigoso afirmar não terem os romanos conhecido o princípio contra a auto-incriminação, ainda que em sua forma embrionária”, pois em Roma “o homem foi concebido como pessoa e tornou-se, pela primeira vez, sujeito de direitos”.

Embora, posteriormente, consigne que, ainda que reconhecidas as contribuições dos institutos do direito romano para o processo penal, não parecia haver uma cultura civilizatória no Império Romano que acatasse o direito a não autoincriminação e lhe desse efetividade, assegurando ao acusado “aquela área intocável da liberdade humana subtraída à intervenção dos poderes estatais (Malatesta, 1996, p. 100-101).

No direito canônico surgiu o aforismo *nemo tenetur se detegere turpitudinem suam*, segundo o qual, ninguém seria obrigado a se tornar testemunha contra si mesmo, porque ninguém deve ser obrigado a revelar sua própria vergonha.

Segundo Queijo (2012, p. 32):

A regra que vedava compelir alguém à autoincriminação foi expressa no mais popular manual processual medieval do *ius commune*, o *Speculum iudiciale*, compilado por William Durantis, em 1.296, representada pela máxima *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, significando que ninguém pode ser

compelido a ser testemunha contra si mesmo porque ninguém está obrigado a revelar sua própria vergonha.

Marteleteo Filho (2012, p. 9) afirma em relação ao possível surgimento do direito a não autoincriminação do direito canônico, que “a ideia central consiste em que o homem somente é obrigado a revelar suas faltas perante Deus, não possuindo o dever de confessar seus próprios pecados a outros homens, expondo-se ao risco de ser processado criminalmente.”

E que, “ainda que não se tivesse a consciência, no medievo, de um verdadeiro direito à privacidade, ao menos nos contornos da contemporaneidade, já se construíam importantes bases teóricas para a proteção de uma esfera da vida privada, imunizando-a contra a ingerência do Estado e da Igreja” (Marteleteo Filho, 2012, p. 9).

Entretanto, o direito canônico enquanto período marcado pelo sistema inquisitorial e pelo alinhamento entre Estado e Igreja, atribuindo à última, poderes quase ilimitados para a investigação, julgamento e repressão a crimes não só de heresia, mas também aos crimes comuns, não apresentou solo fértil ao desenvolvimento e efetivação do direito a não autoincriminação, dado o emprego de tortura e de imposição de juramento de dizer a verdade (*veritate dicenda*), inadmitindo-se o silêncio do acusado, sendo considerado um escárnio ao inquisidor.

Nesse sentido Ada Pelegrini Grinover (1978, p. 98) afirma que o procedimento da Inquisição visava, inicialmente, repreender com mais eficácia os excessos cometidos pelos membros do clero. Contudo, a forma inquisitória foi estendida ao procedimento comum por favorecer a luta contra os hereges, primeiramente abrangendo as ofensas à moral ou à religião. Em seguida, acabou por prevalecer sobre todos os delitos, devido ao inevitável favor que encontrava junto aos governos absolutos.

Com o que concorda Haddad (2005, p. 99) ao asseverar que o Direito Canônico não foi “o cenário inaugural ou de desenvolvimento do princípio contra a não auto-incriminação”, porque o mesmo somente poderia ter se desenvolvido em um sistema acusatório, com supressão da tortura e da submissão à juramento *veritate dicenda*.

Nesse sentido Haddad (2005, p. 99) consigna:

Parecer não haver dúvida de que fora invocado nos julgamentos promovidos pela Igreja, como protesto contra os métodos manifestamente inquisitórios e injustos de interrogatório das pessoas acusadas de um crime. Mas por se

constituir em infrutíferas irresignações em relação às quais as autoridades encarregadas da repressão penal pouca atenção dispensável, não é exato dizer ter sido o Direito Canônico cenário inaugural ou de desenvolvimento do princípio contra a auto-incriminação.

Já no sistema do *common law*, verifica-se a origem e desenvolvimento do *the privilege against self-incrimination*, reconhecido e efetivado a partir do século XVII no direito inglês e expressamente consagrado na Constituição dos Estados Unidos da América (1791), consistente na quinta emenda, que, embora possua contornos diversos em relação ao *nemo tenetur se detegere*, dadas as especificidades do direito anglo-saxônico e a figura do acusado em tal sistema, apresenta forte indicativo que o direito a não autoincriminação serviu de base para a instituição do primeiro.

Em relação aos países anglo-saxões, denota-se que, enquanto na idade média os demais países europeus encontravam-se em pleno sistema inquisitivo, com poderes ilimitados ao inquisidor e desprovido de direitos e garantias individuais, pautado na busca incessante pela confissão e na imposição de juramento *ex officio* ou *veritate dicenda*, na Inglaterra adotou-se o *trial jury*, com a submissão dos acusados a julgamento pelo júri, embora imperasse o sistema *accused speaks*⁴.

E prossegue Haddad (2005, p. 107):

A criação e o desenvolvimento do direito ao silêncio se deram na Inglaterra e estiveram intimamente ligados com a grande divergência entre os sistemas processuais rivais, acusatório e inquisitório: os tribunais do *common law* e os tribunais eclesiásticos. Enquanto aqueles privilegiavam o método de confiar primariamente em provas independentes, estes tinham como componente essencial a confissão.

Com a criação das cortes eclesiásticas (*Court of High Commission* e *Court of the Star Chamber*), que possuíam inicialmente competência exclusivamente para o julgamento de crimes de heresia e lesa majestade, e posteriormente passaram a avocar o julgamento de qualquer caso criminal ocorrido em qualquer lugar do país (Haddad, 2005, p. 108), e que aplicavam o juramento *ex officio*, intensificou-se o embate com as cortes do *common law*, com a concessão de *writs* de proteção contra a imposição de juramento e a anulação de sentenças por afronta à regras procedimentais e à direitos e garantias, em especial, ao *the privilege against self-incrimination*.

⁴ Pelo qual incumbia ao acusado realizar a própria defesa, sem a assistência por advogado.

No decorrer dos anos foram desenvolvidas teorias limitativas da utilização da prova (regras de exclusão) oriunda das declarações do acusado e testemunhas, coagidas a tal pelo juramento *ex officio*, consistentes na *confession rule*, na *desqualification for interest* e na *witness privilege*, as quais garantiam uma incidência restrita e indireta ao *the privilege against self-incrimination*.

Somente com a efetivação da defesa do acusado por advogado, a partir do século XVII (*Treason Act*, 1696) passou-se a admitir a autodefesa negativa, consistente no direito ao silêncio, o que restava inviabilizado anteriormente, já que era o próprio inculpado que realizava a defesa perante o júri e o silenciar importava praticamente em sua atitude defensiva suicida.

Queijo (2012, p. 40) consigna que

[...] o acusado poderia replicar, pessoalmente, as acusações formuladas contra ele. Não havia advogados de defesa. Assim, silenciar significava praticamente autoacusar-se, pois se ele não falasse, ninguém o faria em sua defesa. Valorizava-se o aspecto testemunhai das declarações do acusado, daí não se admitir que terceiro falasse por ele. Mas, surpreendentemente, não se registram invocações dos acusados, nessa fase, do *privilege against self-incrimination*.

A efetiva assistência por advogado somente se consagrou no direito inglês a partir de 1730, chegando ao seu apogeu em 1836, aliado à abolição pelo Parlamento das cortes eclesiásticas em 1641, que impediu a imposição do juramento *veritate dicenda*, criando solo fértil ao desenvolvimento do *privilege against self-incrimination*⁵.

Segundo Marteleto Filho (2012, p. 31), entre os séculos XVIII e XIX o direito inglês abandonou o sistema *accused speaks* e passou ao *testing the prosecution*, assegurando a efetiva participação de advogado na defesa do acusado: “Em 1836, garante-se ao réu o integral direito à Defesa, permitindo-se que o defensor se dirija diretamente ao Júri, pondo-se fim ao modelo do *accused speaks*, e viabilizando-se o exercício do direito ao silêncio.”

Nos Estados Unidos da América exsurgiu movimento pela efetivação de direitos e garantias individuais aos colonos, os quais só eram assegurados aos ingleses, além da busca pela aplicação às leis (*Common law*) por conta da

⁵ O caso *R. v. Garbett* (*Garbett case*) de 1847 é considerado o principal precedente no direito inglês para o desenvolvimento do *privilege against self-incrimination*, embora tenha havido menções ao mesmo anteriormente nos casos *Maunsell & Ladd* (1607) e *John Lilbourn* (*Freeborn John em 1637*)

preocupação com possíveis inovações tirânicas do parlamento, o que resultou na produção das *bill of rights* do final do século XVIII (Marteleteo Filho, 2012, p. 33).

Nesse sentido a Declaração de Direitos da Virginia de 1776 introduziu em seu artigo 8º o direito a não fornecer evidência contra si mesmo, sendo considerada a primeira posituação do *privilege against self-incrimination* no direito norte-americano, embora não tenha sido adotado em vários outros estados, vindo a ser consagrada na Constituição dos Estados Unidos da América em 1791 pela quinta emenda. Segundo Marteleteo Filho (2012, p. 33): “O *privilege*, é, então, acrescentado à Constituição em 1791, por intermédio da 5ª Emenda, proclamando-se, expressamente, que ‘*no person [...] shall be compelled in any criminal case to be witness against himself*’”.

O *Garbet case* de 1847 serviu de precedente para o *leading case* americano *Horstman v. Kaufman* em 1881, notando-se diversos julgados tratando da temática, tais como, o caso *Griffin vs. Califórnia* de 1965 (“o acusador não pode se valer do direito ao silêncio para prejudicar o réu”); o caso *Shmerber vs. Califórnia* de 1966 (limitação do *privilege* aos atos comunicativos orais e escritos); e o caso *Miranda vs. Arizona* de 1966, o mais importante caso e que resultou nas chamadas *Miranda rules/warnings*, consistentes em padrões de atuação policial, enfatizando que o Estado tem que produzir as provas de forma independente, sem contar com a colaboração do réu.

Nessa direção, verifica-se que a dificuldade de definição das origens do direito a não autoincriminação não ocorre exclusivamente no campo da doutrina, pois também se refletiu no Supremo Tribunal Federal brasileiro, a exemplo do HC 78.708/SP, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 09/03/1999, citado como precedente em diversos outros julgados.

No aresto em questão, o relator reconhece que o direito a não autoincriminação decorre do aforismo *nemo tenetur se detegere* e que, em sua faceta de direito ao silêncio, origina-se da máxima *nemo tenetur prodere se ipsum, quia nemo tenere detegere turpitudinem suam*, embora sustente que a feição contemporânea esteja ligada ao precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, *Miranda vs. Arizona* de 1966, a partir do que, “ganhou dignidade constitucional” (Brasil, 1999).

E mais recentemente no julgamento do RE 971.959 (Brasil, 2018), de relatoria do ministro Luiz Fux, julgado em 14/11/2018, com repercussão geral (Tema 907), em que reconhece que tem suas raízes no *jus commune* medieval, tendo se desenvolvido

tanto na Europa Continental a partir do século XVIII com o movimento iluminista, em resposta ao sistema inquisitivo então predominante.

Quanto na Inglaterra, com a “publicação da Carta Magna em 1215, tendo, ao longo dos séculos seguintes, se desenvolvido e expandido para as colônias, principalmente nos Estados Unidos, traduzida sob a forma do *privilege against self compelled incrimination*.”

E em relação ao desenvolvimento no contexto brasileiro, afirmou que no período da Ordenações do Reino não possuía campo fértil para tornar-se efetivo, o que foi mudando gradativamente ao longo das Constituições brasileiras, embora em algumas fosse perceptível o viés inquisitivo, tendo assumido status constitucional a partir da Constituição de 1988 e com a alteração do Código de Processo Penal advinda da Lei 10.792/2003, o que será abordado no tópico seguinte (Brasil, 2018).

Portanto, de difícil definição a origem do direito a não autoincriminação, havendo defensores de que decorre do direito canônico, outros sustentando que das ideias iluministas, e outros de que deriva do *common law*, ainda que, com aplicação mais restrita sob a forma do *privilege against self-incrimination*.

3 O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O primeiro ordenamento aplicado ao direito brasileiro foram as chamadas Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) com forte influência do direito canônico e com viés inquisitorial (sistema da prova legal), com a admissão do juramento *ex officio*, do emprego de tortura e do interrogatório por meio de técnicas cavilosas, com perguntas sugestivas e métodos violentos quando a confissão não era obtida nas primeiras (Nucci, 1997, p. 137).

Segundo Couceiro (2004, p. 103), embora houvesse previsão esparsa nas Ordenações do Reino do direito a não declarar ou a não prestar juramento, tais direitos mostravam-se notadamente ineficazes ao se admitir expressamente o emprego de tortura em determinados casos, mencionando o disposto no Livro V, Título LXIV das Ordenações Manuelinas e no Livro V, Título CXXXIII, das Ordenações Filipinas.

2.1 A Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824

Com a fundação do Império e outorga da Constituição de 1824, com forte influência do liberalismo inglês e na esteira da Constituição dos Estados Unidos da América e da Revolução Francesa, aboliu-se a tortura (art. 179, XIX) e o juramento *ex officio*, adotando o sistema do julgamento pelo júri, tendo o Código de Processo Criminal do Império de 1832 disciplinado o interrogatório como ato de defesa, possibilitando o silêncio do acusado (Haddad, 2005, p. 115-116), ainda que este não estivesse expressamente consignado no texto legal.

Característica defensiva esta, que foi confirmada pelo Regulamento 737, de 1850 (artigos 206 a 208) e pelo Decreto 848, de 1890 em sua exposição de motivos.

A Constituição do Império avançou ao reconhecer diversos direitos e garantias individuais, fortemente influenciada pelo movimento iluminista europeu, entretanto, quanto ao direito à não autoincriminação em sua veste originária de direito ao silêncio, não houve reconhecimento expresso.

2.2 A Constituição Republicana de 1891

A Constituição da República de 1891 (art. 72) igualmente reconheceu expressamente diversos direitos e garantias individuais concernentes à inviolabilidade dos direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade, tais como a legalidade, a igualdade, o asilo inviolável do cidadão, a ampla defesa, garantias referentes à presunção de inocência, à liberdade provisória e de não ser levado à prisão sem culpa formada e antes da pronúncia, dentre outros.

Entretanto, tal qual a Constituição do Império de 1824, não fez menção expressa ao direito à não autoincriminação na forma de direito ao silêncio, tendo por característica a atribuição de competência aos Estados para estabelecer suas próprias constituições e legislar, inclusive, em matéria processual, embora poucos tenham legislado em caráter local e alguns dos que legislaram, ainda que tenham reconhecido o direito ao silêncio, estabeleciam que tal silêncio poderia ser interpretado em desfavor da defesa. Nesse sentido Marteleto Filho (2012, p. 39) cita os códigos processuais do Distrito Federal (art. 139), do Rio Grande do Sul (art. 286) e do Paraná (art. 330).

Segundo Haddad (2005, p. 117): “Minas Gerais foi um dos poucos Estados a elaborar um Código de Processo Penal próprio, no qual a interrogatório era disciplinado como meio de defesa, [...]” E prossegue:

O Código de Processo Civil de Minas Gerais, datado de 1922, também assegurou o direito ao silêncio a quem corresse o risco de auto-incriminação. O art. 278, 2 estabelecia que a parte, apesar de ser obrigada a depor, poderia eximir-se caso os fatos fossem criminosos, difamatórios ou meramente negativos, à semelhança do Regulamento 737 de 1850 (Haddad, 2005, p. 117).

Na visão de João Cláudio Couceiro (2004 *apud* Marteleto Filho, 2012, p. 39), “a Constituição Republicana de 1891 consagrava, em seu artigo 72, § 16, a plenitude de defesa, outorgando, ainda que de forma implícita, o direito ao silêncio.”

2.3 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934

Já a Constituição de 1934 estabeleceu a competência exclusiva da União para legislar sobre direito penal e processual penal, acarretando na reunificação nas legislações de natureza processual editadas pelos Estados, o que ocasionou na publicação do Código de Processo Penal em 1941, cuja vigência deu-se a partir de 1º de janeiro de 1942 e que continua vigente até os dias atuais.

Tendo igualmente consagrado diversos direitos e garantias individuais (art. 113) como o sigilo de correspondência, a inviolabilidade do domicílio, a ampla defesa, a garantia de não ser preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei, o direito à liberdade provisória, dentre outros, igualmente sendo omissa quanto ao reconhecimento explícito do direito à não autoincriminação em sua versão originária de direito ao silêncio.

Necessário enfatizar que a Constituição Federal de 1934 reconheceu expressamente em seu art. 14 que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota”, deixando clara a opção do constituinte pela possibilidade de reconhecimento de outros direitos e garantias não consagrados expressamente no texto constitucional.

2.4 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil “Polaca” de 1937

Em 10 de novembro de 1937 é outorgada a quarta constituição brasileira, mesma data em que foi implantado o Estado Novo pelo então presidente Getúlio Vargas, conhecida por “Polaca” pela clara inclinação ao modelo semifascista polonês,

e embora se apresentasse como pretensamente democrática, revelou-se centralizadora e concessiva de poderes praticamente ilimitados ao presidente da república.

Afirma Villa (2011, p. 47-48):

A Constituição de 1937 em tudo difere das anteriores – e também nenhuma das posteriores vai seguir exatamente as suas pegadas. Ainda bem, como veremos. Diferentemente da tradição constitucional ocidental, o texto começa com um longo preâmbulo de cinco parágrafos. É como uma declaração de direitos às avessas, um grande salto para trás na defesa das liberdades e da democracia. Logo no primeiro parágrafo justifica a nova Carta. Diz que o presidente da República estava ‘atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social’. Bem de acordo com o clima da época, fala de “infiltração comunista”, que igia ‘remédios de caráter radical e permanente’.

Ademais, trouxe de volta a pena de morte fora dos casos de tempo de guerra e regulamentados na legislação militar (art. 13), com a redação dada pela Lei Constitucional nº 1, de 1938, pena capital esta, que havia sido abolida do ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição da República de 1981 (art. 72, § 21).

No tocante aos direitos e garantias individuais, reconheceu expressamente o contraditório e a ampla defesa, a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, a garantia de não ser preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei, o direito à liberdade provisória, a liberdade de pensamento e de expressão, a garantia do *habeas corpus*, dentre outros, igualmente sendo omissa quanto ao reconhecimento explícito do direito à não autoincriminação em sua versão originária de direito ao silêncio.

Tal qual o texto constitucional anterior, reconheceu outros direitos e garantias, ainda que não contemplados na Constituição, resultantes da forma de governo e dos princípios nela consignados, com clara limitação em favor da preponderância do bem e do interesse públicos, do bem-estar e da paz e ordem social.⁶

Direitos e garantias individuais que foram suspensos em 1942, por meio do Decreto n. 10.358, de 31 de agosto de 1942, que declarou estado de guerra em todo o território nacional.

⁶ Art. 123 - A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição. (Brasil, 1988).

E em decorrência da competência exclusiva da União para legislar em matéria processual penal, foi decretado o Código de Processo Penal de 1941, que inovou ao estabelecer em seu art. 186 o direito do acusado de não responder às perguntas que lhe fossem formuladas em seu interrogatório, no entanto, demonstrando o seu viés autoritário e a sua inspiração no Código de Processo Penal Italiano de 1930 (Código Rocco), de matriz fascista, consignou em sua redação original a possibilidade do magistrado interpretar o silêncio em desfavor da defesa do acusado.

Tal disposição ensejou profundas críticas doutrinárias no sentido de que o direito ao silêncio havia recebido tão somente um tratamento formal pelo Código de Processo Penal de 1941, conforme enfatizado por Ada Pellegrini Grinover (1978, p. 17).

Sustenta Haddad (2005, p. 118):

O Código deixou antever laivos de autoritarismo, mas sem se esquecer do direito de defesa. [...] Além de assegurar a liberdade de declaração, dispensar o juramento do acusado e relativizar o valor probatório da confissão, admitiu o exercício do direito ao silêncio. [...] Inicialmente, o Código de Processo Penal vigente assegurou a desnecessidade de o acusado responder às perguntas que lhe fossem formuladas durante o interrogatório. Contudo, acrescentou poder o silêncio ser interpretado em prejuízo da própria defesa, retirando com uma mão o direito conferido pela outra.

No mesmo sentido enfatiza Queijo (2012, p. 128):

É verdade que o acusado não estava obrigado a colaborar no interrogatório. Não estava obrigado a dizer a verdade e não era obrigado a responder às indagações, em que pese a advertência ameaçadora consignada na redação original do art. 186 do referido diploma. Contudo, a possibilidade de silenciar, arcando com conseqüências prejudiciais à defesa, nem de longe representava efetiva tutela do direito ao silêncio.

2.5 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946

Com a queda dos regimes fascista e nazista na Europa ao fim de Segunda Guerra Mundial, que serviram consideravelmente de inspiração à Constituição de 1937, percebe-se um enfraquecimento do Governo Vargas e de suas ideias nacionalistas e autoritárias, de repulsa ao comunismo e de poderes ilimitados ao chefe do poder executivo, acarretando na Constituição Federal de 1946.

Com a anistia a perseguidos políticos e a impossibilidade de reeleição de Vargas, temendo por novo golpe para perpetuar-se no poder, oposicionistas unem-se

a militares e forçam a deposição do presidente, assumindo temporariamente a presidência da república o ministro presidente do Supremo Tribunal Federal José Linhares, com a função de presidir a transição democrática, assegurando assim a realização das eleições presidenciais que resultou na vitória de Eurico Gaspar Dutra, iniciando-se os trabalhos da Assembleia Constituinte em 02/02/1946, que teve por base a Constituição de 1934 e suas ideias liberais.

Sustenta Iglésias (1987, p. 31):

Fiel às linhas do liberalismo clássico, a Constituição representa avanço pequeno relativamente às anteriores de 91 e 34, sobretudo se for considerada a profunda mudança verificada no país de 30 em diante. Reafirma os princípios liberais daqueles documentos, incorpora a legislação social feita sob o Estado Novo — no que se revela falta de sentido crítico, pois esse não tinha nada de liberal e carecia mesmo de legitimidade trabalhista —, não mais. Ora, a sociedade e a economia são bem diversas, de modo que a expressão política devia ser mais avançada. De fato, a política negou o Estado Novo, mas não se livrou de muitas de suas construções antidemocráticas, mantendo a legislação trabalhista tuteladora, as medidas equívocas de segurança nacional.

A Constituição de 1946 caracteriza-se por incorporar conquistas sociais da Constituição de 1934 e pela criação, autonomia e organicidade da Justiça do Trabalho, embora com críticas quanto ao seu caráter corporativista, igualmente com previsão expressa de diversos direitos e garantias individuais em seu art. 141.

No mesmo sentido, Iglésias (1987, p. 34):

O texto constitucional de 46 incorporou as conquistas sociais do de 34 e as medidas da política populista do estadonovismo. Em 34 já se tratava da ordem econômica e social (Título IV), a Justiça do Trabalho, mas como corpo independente do Judiciário comum, como uma Justiça especial; de 37 a 45 a legislação relativa aumenta consideravelmente, pelo corporativismo da Carta; 46 representa um avanço, dando mais organicidade a essa Justiça, como parte do Judiciário (Secção VI, Cap. IV, Título I). Ganha autonomia o Direito do Trabalho, mais reconhecido pelo novo texto..

Dentre os direitos e garantias individuais, reconheceu, dentre outros, a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, a garantia de não ser preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei, o direito à liberdade provisória, a liberdade de pensamento e de expressão, a garantia do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do contraditório e da ampla defesa (§ 25), igualmente nada dispendo sobre o direito à não autoincriminação em sua versão originária de direito ao silêncio.

Além disso, aboliu a pena de morte, com exceção aos casos dispostos na legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro (§ 31), confirmando o reconhecimento de outros direitos e garantias, ainda que não contemplados na Constituição, resultantes da forma de governo e dos princípios que ela adota (art. 144).

2.6 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967

Com o golpe civil-militar de abril de 1964 e a instituição do chamado Comando Supremo da Revolução, formado pelo general Costa e Silva, pelo vice-almirante Augusto Hademaker e pelo brigadeiro Francisco de Mello, foi editado o Ato Institucional (AI) n.º 1, de um total de 17, por meio do qual, ainda que se considerasse vigente a Constituição de 1946, foram sendo desrespeitadas suas disposições, iniciando pela não observância da ordem de sucessão prevista no texto constitucional, pois já havia um governo constituído, chefiado pelo presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzili.

Citando o preâmbulo do AI-1 e a autointitulada “revolução vitoriosa”, afirma André Ramos Tavares (2020, p. 158-159):

O primeiro Ato Institucional (n. 1), em seu preâmbulo, dispunha: ‘A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular’.

Em seguida pela convocação de eleições indiretas ao cargo de Presidente da República em 11/04/1964, com mandato até 31/01/1966, com a eleição do marechal Castelo Branco por um Congresso com número reduzido por contas das inúmeras cassações de mandato.

Nos Atos Institucionais que se seguiram verificou-se a imposição de período máximo de duração de projetos de lei nas duas casas (90 dias), sob pena de aprovação da forma como foram encaminhados, a abolição da eleição direta para Presidente da República, passando a ser realizada pelo Congresso Nacional, e posteriormente de governadores dos estados e prefeitos, a extinção dos partidos

políticos então existentes e a obrigação de que os novos tivessem, no mínimo, 120 deputados e 20 senadores, forçando o bipartidarismo, o fechamento do Congresso, dentre outros (Villa, 2011, p. 66-67).

Com a eleição indireta de Costa e Silva e posse em pleno fechamento do Congresso Nacional, por meio de mero ato da mesa do Senado, convocou-se o Congresso por meio do AI-4, para, no prazo de 43 dias, analisar o texto da nova Constituição, encaminhado pelo Executivo, resultando na sexta constituição brasileira, a Constituição de 1967, promulgada em 24/01/1967⁷.

Que em seu art. 150 reconheceu diversos direitos e garantias individuais, nos mesmos moldes das constituições anteriores, explicitando a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, a garantia de não ser preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei, o direito à liberdade provisória, a liberdade de pensamento e de expressão, o respeito à integridade física e moral do preso, a garantia do *habeas corpus*, do mandado de segurança, o contraditório (§ 16) e a ampla defesa (§ 15), omitindo-se quanto ao reconhecimento expresso do direito à não autoincriminação em sua versão originária de direito ao silêncio.

Enfatiza Bernardo Fernandes (2017, p. 280):

No que tange aos direitos e garantias fundamentais, foram previstos no Título II, a partir do art. 140 (prevendo os direitos de nacionalidade, direitos políticos, dos partidos políticos e individuais). Nesses termos, no Capítulo IV desse Título, foi alocado um rol exemplificativo de direitos e garantias individuais, assegurando a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos do art. 150. Também foram feitas previsões normativas sobre a ordem econômica e social, no Título 111, e sobre a família, educação e cultura no Título IV.

O reconhecimento formal de tais direitos e garantias não garantiu sua efetividade, haja vista a ampla discricionariedade e arbitrariedade atribuída ao Presidente da República, constando do texto constitucional a expressa vedação de abuso de direito e as consequentes sanções, não havendo solo fértil para o reconhecimento explícito e para qualquer aplicação prática do direito a não autoincriminação.

⁷ O que designou Bonavides e Andrade (1991, p. 431) de “farsa constitucional”, dado o estado de coação parlamentar e os prazos exíguos impostos para a análise do projeto enviado pelo Executivo.

O regime militar constitucionalizou parte da legislação arbitrária que tinha produzido. De acordo com o artigo 151, “aquele que abusar dos direitos individuais [...] e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla defesa”. O estilo era do Estado Novo, mas temperado com a linguagem do “pronunciamento” de 1.º de abril de 1964. Dessa forma, pendia uma espada de Dâmocles sobre qualquer parlamentar. Afinal, as definições de “abusar” e de “atentar contra a ordem democrática” eram elásticas, servindo ao poder segundo suas conveniências. (Villa, 2011, p. 69).

Entretanto, a Constituição de 1967 teve vida curta, pois em 13 de dezembro de 1968 foi editado o Ato Institucional n. 05, que, com claro viés recrudescedor da ditadura e rompendo com a ordem constitucional, estabeleceu poderes discricionários ao Presidente da República para fechamento do Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras dos Vereadores, cassação de mandatos, suspensão de direitos políticos e garantias funcionais, e de direitos e garantias individuais em determinados casos.

Nesse sentido Sarmento (2010, p. 69) consigna:

Nesses termos, [...] com a edição do AI-5, desfaz-se a expectativa de que a Constituição pudesse institucionalizar o regime. Tornara-se claro que o governo militar só seguiria a Constituição se e quando isto lhe conviesse. Quando não lhe interessasse cumpri-la, bastava editar um novo ato institucional. E, de fato, seriam editados outros doze atos institucionais, até a outorga da Constituição de 1969 – do AI-6 ao AI-17, impondo medidas diversas’.

2.7 A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de Outubro de 1969/Constituição da República Federativa do Brasil de 1969

Quanto a Constituição de 1969, verifica-se debate doutrinário até mesmo se tratou-se de uma nova constituição⁸ ou apenas de uma emenda constitucional à Constituição de 1967 (Tavares, 2020, p. 162-163), destacando-se o posicionamento de Paulo Bonavides (1999, p. 29) quanto à arbitrariedade e autoritarismo do regime militar imposto, ao consignar que “não era Emenda, nem Constituição, mas, com certeza, o estatuto da ditadura, o decreto magno do autoritarismo e da discricionariedade”.

⁸ Esta é a posição de José Afonso da Silva (2003, p. 89), de Daniel Sarmento (2010, p. 70-71, 2010), dentre outros.

Em decorrência dos problemas de saúde de Costa e Silva, os ministros das Forças Armadas assumiram provisoriamente a presidência da república (Ato Institucional n. 12), impedindo que o então vice-presidente o assumisse, tendo declarado vagos os cargos de presidente e vice-presidente da república (Ato Institucional n. 16), até que novas eleições fossem realizadas, outorgando a Emenda Constitucional n. 01, de 17/10/1969 antes da realização das eleições, utilizando-se da tese de competência do chefe do Poder Executivo (representado pelos ministros) para elaborar emendas à Constituição durante o recesso parlamentar (Tavares, 2020, p. 163).

Embora denominada de Emenda Constitucional, trouxe novo texto constitucional em relação à Constituição de 1967, alterando vários dispositivos, caracterizando-se pelo autoritarismo e pela concentração de poderes, de forma arbitrária, ao Presidente da República e aos seus Ministros de Estado e outras autoridades, com previsão expressa de limitação e suspensão de direitos políticos e de direitos e garantias individuais (Tavares, 2020, p. 163-164).

Tratou de reconhecer os direitos e garantias individuais em seu art. 153, tal qual o fizeram os textos constitucionais anteriores, prevendo novamente a pena de morte, de prisão perpétua, de banimento ou confisco, nos casos de guerra psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, nos termos que a lei determinar (art. 153, § 11), ampliando ainda, as hipóteses de abuso de direito individual e político, a ensejar a suspensão dos direitos políticos (art. 154, *caput*).

Embora tenha reconhecido expressamente as garantias individuais do contraditório (§ 16) e da ampla defesa com os recursos a ela inerentes (§ 15), além da obrigatoriedade de respeito à integridade física e moral do preso (§ 14), o viés autoritário do regime militar inviabilizava o reconhecimento e desenvolvimento do direito à não autoincriminação em sua veste inicial de direito ao silêncio.

2.8 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Com o desgaste do regime militar durante os governos de Ernesto Geisel e João Batista Figueiredo, ocorreram atos tendentes à lenta reabertura democrática, inicialmente com a revogação dos atos institucionais (AI) e complementares contrários à Constituição, seguido da anistia por crimes políticos, que permitiu que vários

personagens da política brasileira retornassem, além de reformas legislativas que possibilitaram o retorno do pluripartidarismo.

Com o amplo movimento popular postulando o restabelecimento da democracia, eleições diretas para Presidente da República e uma nova Constituição, foi encaminhada proposta de Emenda Constitucional pelo então presidente José Sarney convocando a instalação de Assembleia Nacional Constituinte, que iniciou seus trabalhos em 01/02/1987 sob a presidência do Deputado Ulisses Guimarães e que após vários meses de trabalho, resultou na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05/10/1988.

A Constituição Federal (Brasil, 1988) inovou ao reconhecer, além de direitos e garantias individuais, direitos sociais e direitos difusos e coletivos, enquanto direitos fundamentais, trazendo vedação expressa de alteração do texto por meio de emenda constitucional, quando voltada a abolição de direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º), revestindo-se de cláusulas pétreas.

Diferentemente dos textos constitucionais anteriores que reconheciam diversos direitos e garantias individuais, em especial, o contraditório e a ampla defesa, mas que em decorrência do momento histórico e dos regimes autoritários impostos pelos chefes do Poder Executivo, eram relegados a segundo plano, a Constituição Cidadã⁹ surgiu do anseio do povo pela redemocratização do país, pelo fim do autoritarismo, da violação a direitos políticos e desrespeito aos direitos e garantias individuais.

Apresentando solo fértil para o expresse reconhecimento do direito a não autoincriminação em sua forma originária de direito ao silêncio¹⁰, tendo sido explicitamente consagrado no inciso LXIII¹¹ do art. 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988), sendo a primeira previsão na história das constituições brasileiras, embora já constasse do art. 186 do Código de Processo Penal de 1941.

Não obstante ao reconhecimento do direito ao silêncio em nível de direito fundamental, prosseguia no Código de Processo Penal a advertência de que a autodefesa negativa poderia ser interpretada desfavoravelmente à defesa pelo

⁹ Assim definida pelo presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães.

¹⁰ Embora o Supremo Tribunal Federal já o tivesse reconhecido anteriormente à Constituição de 1988. (Brasil, 1987; Brasil, 1984).

¹¹ LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (Brasil, 1988).

magistrado¹², gerando debate doutrinário e jurisprudencial acerca da não recepção de tal dispositivo infraconstitucional pela atual Constituição.

Queijo (2012, p. 154-155) afirma:

Antes da promulgação do citado texto constitucional, admitia-se o silêncio do acusado, mas dele poderiam ser extraídas consequências desfavoráveis para a defesa, com repercussões sobre o convencimento do julgador. Vale dizer, não havia, efetivamente, direito ao silêncio, pois do exercício regular de um direito não pode advir qualquer consequência negativa para o seu titular. [...] Em que pese tal sedimentação doutrinária do direito ao silêncio e seus reflexos, na jurisprudência, sobretudo antes da Lei n. 10.792/2003, não raro, praticamente se negava o conteúdo desse direito fundamental, valorando-se o silêncio do acusado, de modo desfavorável à defesa, em uma versão contemporânea do modelo inglês *accused speaks*. Nessa ótica, defendia-se que o acusado, inocente, tinha todo interesse em responder ao interrogatório. Somente ao culpado interessaria ao silêncio.

Discussão esta, alimentada pela existência de tratados e convenções internacionais das quais o Brasil é signatário e que reconhecem expressamente o direito a não autoincriminação na forma de direito ao silêncio¹³ e pela divergência quanto a hierarquia dos direitos e garantias individuais reconhecidos em tais tratados, quando em confronto com a legislação interna, já que anteriores à Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da CF (Brasil, 1988)¹⁴.

Com a vigência da Lei 10.792/2003, deu-se nova redação ao art. 186 do CPP, extirpando a possibilidade de interpretação do silêncio em desfavor da defesa do acusado, incluindo-se o parágrafo único que consigna expressamente que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”, assegurando que a norma infraconstitucional se harmonizasse com o texto constitucional e dando efetividade ao direito a não autoincriminação em sua forma originária.

Em sede jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, mesmo anteriormente à Lei 10.792/2003 já possuía reiterado entendimento acerca do direito à não

¹² Até a vigência da Lei 10.792/2003, esta era a redação do art. 186 do CPP: “Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.” (Brasil, 2001, p. 53).

¹³ O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, 2 e 3, g), ratificado no direito interno pelo Decreto 592 (Brasil, 1992a) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, 2, g), ratificada no direito interno pelo Decreto 678 (Brasil, 1992b).

¹⁴ Tendo o Supremo Tribunal Federal firmado a tese de supralegalidade dos tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e que não foram submetidos ao quórum descrito no § 3º do art. 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988).

autoincriminação¹⁵, inicialmente limitado ao direito ao silêncio, e posteriormente, vindo a ampliar seu âmbito de proteção em face de qualquer ato estatal que obrigue o cidadão à prática de comportamento positivo na produção de provas de caráter autoincriminatório¹⁶, e por fim, de qualquer conduta positiva ou negativa¹⁷ da qual se possa extrair elemento de prova autoincriminatória¹⁸, além de ampliar os destinatários da garantia¹⁹.

Entretanto, em julgado recente consistente no HC 971.959 (Brasil, 2018), de relatoria do Min. Luiz Fux, com repercussão geral (tema 907), o relator posicionou-se pela ausência de violação ao direito a não autoincriminação em atividades persecutórias estatais que importem em intervenções corporais, enfocando a evolução jurisprudencial do Tribunal, e com base na existência de expressa previsão legal (art. 5, XII da Constituição Federal e Lei 12.654/2012) e na teoria da proporcionalidade, reputou constitucionais tais atos, embora não guardasse relação direta com a matéria objeto do habeas corpus, voto acompanhado pela maioria dos ministros.

Por fim, encontra-se pendente de julgamento o Recurso Extraordinário 973.837/MG (Brasil, 2016), de relatoria do min. Gilmar Mendes, que pretende o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 8.072/1990, introduzido pela Lei 12.654/2012, ao qual foi reconhecida repercussão geral do tema em 23/06/2016 (Tema 905), que prevê a coleta coercitiva de material genético para identificação criminal e abastecimento de Banco de Dados de DNA.

Julgamento este que, certamente abordará a possível colisão de tais diligências persecutórias com o direito a não autoincriminação e o seu âmbito de proteção no sentido de não ser o cidadão obrigado a ceder material genético ou a

¹⁵ Nesse sentido verificam-se os julgados: HC 69.026/DF – rel. Min. Celso de Mello, j. 10/12/1991; HC 69.818/SP – rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 03/11/1992; e o reiteradamente mencionado HC 78.708/SP –rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 09/03/1999.

¹⁶ RHC 64354/SP, rel.: Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, j. 01/07/1987 (reprodução simulada dos fatos); HC 77135 / SP - rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 08/09/1998 (fornecimento de padrões gráficos para exame grafotécnico); HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 18/11/2003 (fornecimento de padrões vocais); RE 1204152 AgR - rel(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 09/08/2019 (submissão a exame etilômetro); ADPF 444/DF – rel. Min. GILMAR MENDES, j. 14/06/2018 (condução coercitiva).

¹⁷ Rcl. 2040/DF – rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, j. 21/02/2002 (intervenções corporais invasivas).

¹⁸ HC 99.289/RS - rel. Min. Celso de Mello, j. 23/06/2009.

¹⁹ Inicialmente destinada ao suspeito/indiciado/acusado preso, abrangendo posteriormente também ao que se encontrava em liberdade (HC 68.742/DF, j. 28/06/1991); ampliando sua proteção à qualquer pessoa que deva prestar depoimento e no qual possa autoincriminar-se (HC 79812/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 08/11/2000), inclusive em Comissões Parlamentares de Inquérito (HCMC 206.773/DF, j. 22/09/2021).

permitir que lhe retire material genético para produção de prova pericial que possa vir a incriminá-lo.

Portanto, com a expressa previsão na Constituição Federal - art. 5º, LXIII (Brasil, 1988), em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil e com *status* supralegal, além de regulamentação no art. 186 do Código de Processo Penal, o direito a não autoincriminação foi consagrado como direito fundamental, com âmbito de proteção amplificado em relação ao direito ao silêncio, devendo ser observado tanto em procedimentos investigativos quanto em processos judiciais e tendo por titular de direito qualquer pessoa que deva prestar depoimento do qual possa se incriminar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Efetuada a pesquisa, inicialmente tratou de explanar sobre as origens do direito a não autoincriminação, com posicionamentos diversos sobre sua gênese na antiguidade, no direito romano, no direito canônico ou no *common law* sob a forma do *the privilege against self incrimination*, o que demonstra a dificuldade de precisar sua nascente, justamente por ser atinente ao ser humano, em qualquer tempo e lugar, o instinto de autopreservação.

Da abordagem das possíveis origens, embora se identifiquem elementos embrionários no direito romano e canônico, o sistema inquisitorial com a primazia da confissão enquanto meio de prova, a imposição de juramento *ex officio* de dizer a verdade e o emprego de tortura, inviabilizava qualquer efetivação do direito a não autoincriminação, verificando-se no *common law* sob a forma do *the privilege against self-incrimination*, ainda que mais restrito que o *nemo tenetur se detegere*, importantes bases de sustentação e desenvolvimento para o último, o que foi objeto de várias manifestações expressas pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do HC 78.708/SP.

E na história do ordenamento jurídico brasileiro, somente veio a receber expresso reconhecimento na Constituição Federal - art. 5º, LXIII (Brasil, 1988) e regulamentação com a alteração do art. 186 do Código de Processo Penal, trazida pela Lei 10.792/2003 que consagrou o interrogatório como ato de defesa e extirpou qualquer possibilidade do julgador interpretar o silêncio desfavoravelmente à defesa,

embora o STF já o reconhecesse anteriormente, ainda que no âmbito do devido processo legal e da ampla defesa.

Quanto ao âmbito de proteção do direito a não autoincriminação, foi concebido inicialmente na jurisprudência do STF como o direito de não declarar (silêncio), vindo a ampliar-se o âmbito protetivo para quaisquer medidas que demandem um comportamento ativo do cidadão, e por fim, a quaisquer diligências que ocasionem um fazer um apenas um tolerar, das quais se possa extrair provas autoincriminatórias, embora verifique-se uma tendência recente à limitação do *nemo tenetur se detegere* no tocante às intervenções corporais que não dependam de colaboração ativa do sujeito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manoel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. [Constituição de 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 07 out. 2021.

BRASIL. **Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992a**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992b**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Mesa da Câmara dos Deputados (Biênio 2001/2002). **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, ano LVI, n. 112, p. 1-624, ago. 2001. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD15AGO2001.pdf#page=53>. Acesso em: 29 nov. 2023).

BRASIL. Superior Tribunal Federal. 1. Turma. **Habeas corpus n.º 78.708-1**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 09 mar. 1999. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77928>. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n.º 971.959**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 14 nov. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753361628>. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 973.837**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 30 maio 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt n.º 103.266**. Relator: Min. Rafael Mayer. Brasília, 04 dez. 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC n.º 64.354**. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 01 jul. 1987.

CAPOTORTI, Enrico. Il contegno processuale dell'imputado. **Archivio Penale**, Roma, v. 3, n. 1-2, p. 227, gen./feb., 1947.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. Coleção Estudos de Processo Penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida. v. 8. São Paulo: RT, 2004.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GAMA, José de Souza. **Confissão penal e direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade**. São Paulo: Saraiva, 1978, p 15-31.

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

HELMHOLZ, Richard H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H.; MOGLEN, Eben; SMITH, Henry E.; ALSCHULER, Albert W. **The privilege against self-incrimination: its origins and development**. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

IGLÉSIAS, Francisco. **Constituintes e constituições brasileiras**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

MALATESTA, Nicola Framarino Del. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal.** São Paulo: RT, 1997.

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

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VILLA, Marco Antônio. **A história das constituições brasileiras:** 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo: Texto Editores, 2011.