

Direito À Não Autoincriminação: Panorama Histórico E Contornos Constitucionais Contemporâneos

Tiago Carneiro Magalhães¹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo precípua estudar o direito à autoincriminação, desde sua concepção histórica até os contornos atuais, conforme integrada ao constitucionalismo moderno. O método utilizado para tal é a revisão bibliográfica. A importância do estudo da referida garantia se demonstra em breve análise do cenário político atual em que se encontra o Brasil, cenário este em que as instituições democráticas são ameaçadas quase que diariamente e, não somente, a cada dia que se passa, fala-se mais em restringir direitos, ao invés de ampliá-los. A análise histórica do presente artigo busca, portanto, não somente relembrar o passado, mas também aprender com ele, de forma que os erros cometidos permaneçam na história, e não mais se repitam.

Palavras-chave: Direito à não autoincriminação. Privilege. Garantia. Direito Penal. Direito Processual Penal.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se o direito à não autoincriminação de garantia imprescindível, cuja observância e aplicação empresta ao sistema penal de um Estado o status de democrático e civilizado. Tal princípio, intrínseco e inerente à condição humana, uma vez que trata especificamente da autopreservação frente à uma força externa, garante ao indivíduo, muitas vezes sozinho, armas para defender-se no âmbito do processo penal, situação esta que coloca atores com forças desiguais em conflito. Fora da observância e alcance do referido princípio, resta somente o autoritarismo e a barbárie.

Nesta seara, torna-se pertinente o estudo da garantia, suas raízes históricas e sua evolução ao longo das eras, de forma que seja possível compreender seu surgimento e sua aplicabilidade no passado, para que os erros anteriormente cometidos sejam evitados, e os

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia

acertos sejam reforçados. Também é pertinente o estudo do conceito moderno, seu âmbito de atuação, abrangência e seus limites, a visar sempre a melhor aplicação do princípio, em busca de uma sociedade mais igualitária e justa.

É importante ressaltar, entretanto, que existem demasiadas interpretações sobre a aplicação do princípio à não autoincriminação, de forma que o estudo pormenorizado de cada corrente extrapolaria os limites da presente tese. Dessa forma, apenas as correntes majoritárias, e seus pontos mais importantes serão abordados, para fins de contextualização, e para que a presente análise torne-se mais concisa.

O presente artigo, portanto, busca recapitular a origem histórica do *privilege*, seus avanços ao longo dos últimos séculos, até o estudo de seus contornos atuais, e sua consequente inserção no panorama constitucional contemporâneo.

2. ORIGEM, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONTORNOS MODERNOS DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

2.1. ORIGEM

Determinar por certo a exata origem do princípio da não autoincriminação não é tarefa das mais simples, visto que cada doutrinador e historiador do direito tende a reconhecer características da referida garantia em diversos sistemas jurídicos, ao longo das eras. Alguns admitem ser impossível determinar tal marco, por ser a garantia uma das regras gerais intrínsecas ao direito, outros, enxergam vestígios e relances do princípio em ordenamentos antigos, tal como no direito hebreu, a título de exemplo.²

Resta majoritária, no entanto, a visão que assume a Europa, seja medieval, renascentista, ou mesmo iluminista, como berço da garantia. Determinadas vertentes posicionam o nascimento da garantia com o fim do *accused speaks*, em tradução livre, “o acusado fala”, sistema esse que vigorou até meados do século XVIII e XIX, e que vedava a intervenção de advogados em defesa do réu, durante julgamentos realizados nas cortes inglesas. Outras, marcam o início da garantia com o advento do chamado *privilege against self incrimination*, produto de diversos (e acalorados) debates nos Tribunais do *Common Law* Britânico, linha esta que será aproveitada no presente trabalho.

² QUEIJO, M. E. *O Direito de não produzir provas contra si mesmo*, 2012. São Paulo: Saraiva, p. 29

2.2. NEMO TENETUR E JUS COMMUNE MEDIEVAL NA EUROPA

O brocardo romano *nemo tenetur prodere se ipsum*, traduzido como “ninguém deverá acusar a si mesmo”, reflete, talvez, a mais antiga menção ao princípio da não autoincriminação no *jus commune* medieval. Interessante apontar que, embora seja um brocardo romano, este não encontra similar na lei romana clássica.³

Dessa forma, acredita-se que o princípio tenha sido cunhado e inserido pelos eclesiásticos versados na lei canônica medieval, seguindo os costumes perpetrados na época, visto que existem referências, em um decreto de Graciano, monge italiano responsável por compilar o direito canônico, no ano 1151, e tenha também sido mencionado no *Speculum Judiciale*, manual de procedimentos medieval recorrente, editado em 1296.⁴

2.2.1. Manifestações da garantia durante o medievo

A garantia ao silêncio e sua área de atuação não era ampla, tal como a conhecemos hoje, e possuía caráter fragmentário. Existiam determinados brocardos, traduzidos em princípios, cujos quais possuíam o escopo de trazer certa razoabilidade ao processo medieval. É importante frisar que nenhuma dessas garantias era absoluta, agiam somente como norte, e não tinham caráter vinculante, de forma que as circunstâncias ditariam se o juiz iria ou não acatar a garantia.

A primeira manifestação a ser citada traduz-se no brocardo romano *nemo tenetur punitor sine accusatore*. Este brocardo tinha como objetivo evitar as chamadas “*fishing expeditions*”, traduzido literalmente como “expedições de pesca”, situações nas quais o juiz, ou seus comandados, varriam ostensivamente a localidade em busca de ilícitos praticados pelos cidadãos. Tais ilícitos seriam descobertos por intermédio do próprio acusado, com a imposição do chamado juramento de ofício. Não é difícil imaginar o motivo da veemente oposição, mesmo à época, à esta prática, tendo em vista que um indivíduo poderia acordar como homem livre, e ir dormir como prisioneiro, em razão de ter tido eventuais ilícitos arrancados de si ao longo do dia. Desnecessário dizer o quão elevado era o grau de insegurança que era dispendido à sociedade como um todo.⁵

³ MARTELETO, W.F. *O Direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. p.6-7

⁴ Idem, op, cit, p.7

⁵ Idem, op, cit, p.7

É importante ressaltar que o principal argumento contra tal prática encontrava base nas próprias escrituras, as quais durante o medievo, serviram como norte às práticas jurídicas da época. Tratava-se, basicamente, de verdadeiro argumento de autoridade, cujo qual remetia ao próprio Jesus Cristo, quando Esse, na ocasião, absolve a mulher adúltera, em razão da inexistência de acusador, uma vez que ela havia sido vítima de semelhante empreitada⁶.

Outro brocardo que visava proteger a esfera pessoal do indivíduo era o *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*. Resumidamente, estabelecia a obrigação do homem confessar seus pecados, vergonhas, e eventuais crimes somente perante a Deus. Embora seja um pouco forçoso denominar tal princípio como algo próximo ao moderno direito à privacidade, inegável é reconhecer que, de certa forma, trata-se de primitiva fonte da referida garantia moderna.⁷

Embora presentes no cotidiano do período denominado como Alta Idade Média (476 – 1000), tais garantias viriam a ser mitigadas, se não completamente extintas, com o surgimento da Santa Inquisição, e posterior advento do procedimento inquisitorial, o qual nortearia a prática processual durante a chamada Baixa Idade Média, e vincularia a atuação das autoridades dos Estados ao longo dos séculos que viriam a se seguir.

2.3. A INCOMPATIBILIDADE DA GARANTIA À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E DO SISTEMA PROCESSUAL INQUISITORIAL: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA

É correto afirmar que o sistema processual inquisitorial remonta diretamente à Santa Inquisição, em breve análise etimológica. Cabe ressaltar que, uma vez que a distinção entre crime e pecado demonstrava-se de certa forma nebulosa durante o baixo medievo, depreende-se que o objetivo principal da Santa Inquisição não era o de combater diretamente a criminalidade, e, conseqüentemente, a defesa ou retribuição dos danos causados ao patrimônio, seja ele público ou particular, ou mesmo a bens mais importantes, como a vida, liberdade dentre outros, tutelados pelo direito penal moderno, mas sim ao desvio (ou completa negação) em relação aos dogmas estabelecidos pela Santa Igreja Católica Romana, as chamadas heresias⁸, do grego *haíresi*, que significa escolha, opção. Para alguns teólogos, a perfeita metáfora para

⁶ Idem, op, cit, p.8

⁷ Idem, op, cit, p.9

⁸ KHALED JÚNIOR, S.H *O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?* Civitas Revista de Ciências Sociais, vol. 10, núm. 2, mayo-agosto, 2010 p.295

explicar-se a heresia demonstra-se no ato de Eva, ao colher o fruto proibido, inaugurando dessa forma um “pensamento discordante” do próprio Deus.⁹

O sistema inquisitorial, tal como ficou conhecido o procedimento processual utilizado pela Santa Inquisição para inibir as heresias, data do ano de 1215, com a realização do IV Concílio¹⁰, que teve como sede a cidade italiana de Latrão. Por intermédio de 70 cânones, estabeleceu-se o sistema inquisitorial no continente europeu, sob a bandeira de moralizar os costumes, hierarquizar de forma apropriada o clero, além da catolicização da sociedade como um todo¹¹. Ponto central a ser analisado é o do cânon 18 do concílio, que banuiu as chamadas purgações canônicas, como o juramento, e as vulgares, tal como duelos e ordálias (de origem germânica, e, portanto, bárbaras, para os pensadores da época), de forma que o processo inquisitorial fosse conduzido de forma mais “técnica”. Tratava-se de verdadeiro esforço para resgatar as tradições jurídicas romanísticas¹².

Desta forma, encontrava-se estabelecido o sistema que perduraria pelos séculos que se seguiram. Ao final do século XV, o Papa Inocência VIII designou dois homens de sua confiança, a saber, Henry Kramer e James Sprenger, como inquisidores oficiais, por intermédio das chamadas cartas apostólicas. Não somente, incumbiu-lhes a tarefa de escrever o que talvez seria, na opinião de estudiosos do assunto, um dos mais infames livros produzidos, o chamado *Malleus Malleficarum* (comumente traduzido como Martelo das Bruxas), datado de 1487¹³.

Este livro serviria como verdadeiro manual, que possuía como objetivo precípua a padronização do procedimento pelo qual a Santa Inquisição deveria ser conduzida, com ênfase no tratamento destinado àquelas pessoas acusadas de bruxaria, baseado no conhecimento operacional e técnico adquirido ao longo dos dois últimos séculos em que a Inquisição se fez presente, de forma a condensar as práticas já corriqueiras na obtenção das provas necessárias a condenar aqueles acusados pelos mais diversos crimes.

De forma breve e resumida, o *Malleus* revogava os (poucos) direitos do réu: se alguém por acaso viesse a ser acusado de bruxaria, bruxo era. O acusado não possuía os direitos e

⁹ BARROS, J.D’A. Heresias entre os séculos XI e XV: Uma revisão das fontes e da discussão historiográfica. in Arquipélago. Ponta Delgada (Açores): Universidade dos Açores, 2007-2008, p. 127

¹⁰A definição de concílio, segundo a *Catholic Encyclopedia*: “Councils are legally convened assemblies of ecclesiastical dignitaries and theological experts for the purpose of discussing and regulating matters of church, doctrine and discipline”. Ou seja, concílio é uma reunião de autoridades eclesiais, legalmente convocadas, que tem por objetivo discutir e deliberar sobre questões doutrinárias referentes ao corpo da igreja, e sobre sua disciplina.

¹¹MARTELETO, W.F. *O Direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. p.11

¹²Ide, op, cit, p.12

¹³SAGAN, C. *O Mundo Assombrado pelos Demônios: A ciência vista como uma vela no escuro*. Tradução de Rosaura Eichenberg Ed. Companhia das Letras, 2006, p.n.p.

garantias que hoje, para nós, demonstram-se indissociáveis da figura do réu, tal como a presunção de inocência, ou o direito de não produzir provas contra si mesmo. A identidade daqueles que acusam, tal como as investigações e a produção de provas, seguiam no mais estrito sigilo.¹⁴ A confissão, que durante muito tempo foi considerada a “rainha das provas”¹⁵, era arrancada do acusado, por intermédio de cruéis (e deveras criativas) torturas, estas quais a história viria a revelar para a posteridade.

O emprego da tortura como método de obter a confissão foi regulada em 1252¹⁶. Sobre a matéria, conforme ensinamentos do professor Marteleto Filho, Inocêncio IV instituiu a *Bula ad extirpanda*, a qual visava regulamentar o emprego das torturas no procedimento instituído. Curiosamente, a bula estipulava determinados limites, tal como a proibição de emprego da mesma tortura por mais de uma vez. Não somente, existia também a exigência de confirmação da confissão obtida durante a tortura após o término desta.

Já no Século XVIII, Cessare Beccaria¹⁷ viria a denunciar a tortura como método bárbaro e ineficaz na busca pela verdade, em seu livro *Dei delitti e delle pene* (Dos Delitos e das Penas). Senão, veja-se:

O interrogatório de um acusado serve a descobrir a verdade, mas, se essa verdade dificilmente é descoberta em um homem tranquilo, muito menos ela será descoberta em um homem cujas convulsões causadas pelas dores alteram todos os sinais pelos quais transpira a verdade de seu rosto, às vezes, para seu próprio infortúnio. [...] Assim, de dois homens igualmente culpados ou inocentes, o mais resistente e resoluto será absolvido e o mais fraco e covarde será condenado pelo seguinte raciocínio do juiz: eu, o juiz, devo entre vós, encontrar o culpado. Tu, vigoroso, que suportaste mais às dores do tormento imposto, te absolvo. A ti, que foste fraco e cedeste, te condeno. Sou sensível a que a confissão de vós extraída não tem peso; mas, se não admitirdes por juramento aquilo que já tiverdes confessado, vos ordenarei novo tormento.

O comum resultado de tamanha barbárie, era que o réu, mesmo inocente, confessava o crime do qual era acusado, ainda que este fosse passível de ser punido com a morte, com o único intuito de fazer cessar os terríveis flagelos sobre seu corpo.

¹⁴Ide, op, cit, p.n.p.

¹⁵LOPES JUNIOR, A. *Direito Processual Penal*. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.452

¹⁶ MARTELETO, W.F. *O Direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. p.12

¹⁷ BECCARIA, Cessare. *Dos Delitos e das Penas*. p.54

2.3.1. Principais características do sistema inquisitório

Em breve síntese, o sistema inquisitorial, vigente na Europa durante o citado panorama histórico, possuía determinadas características que lhes eram próprias, extraídas e compiladas pelos historiadores do direito, por intermédio de documentos da época que sobrevivem até os dias atuais, quais sejam:

a) a acumulação exagerada e exacerbada de funções na mão do juiz, o qual deixa de ser, tal como o imaginamos hoje, um ente imparcial, com o intuito de zelar pelo devido andamento do processo e pelo resguardo das garantias, para se tornar verdadeiro ator no campo processual, visto que poderá dar início ao procedimento *ex officio*, ordenar a coleta de provas (ou mesmo produzi-las), determinar que o acusado seja torturado, ou tenha seus bens confiscados e tudo mais que se julgue necessário. Trata-se, portanto, de acusador julgador, com plenos poderes para perseguir a mitológica, e sempre inalcançável verdade real, a qualquer custo¹⁸;

b) Praticamente todos os atos, desde a identidade dos acusadores e testemunhas, até os motivos que o levaram a essa situação, correm ao inteiro desconhecimento e revelia do réu, que se descobre sozinho, ignorante, além de obrigado a provar a própria inocência, em razão da existência de verdadeira presunção de culpabilidade. Frente à Instituição responsável por lhe extrair a verdade a todo custo, e ao Estado Secular Todo-Poderoso, responsável por lhe aplicar a pena, o acusado tem tudo a perder por manter-se calado (*reus tenetur se detegere*);

c) A existência da chamada prova legal (ou tarifada), a qual permitia a condenação por intermédio do testemunho convergente de duas testemunhas, ou da confissão do acusado. Além do mais, todo método é apto a buscar a verdade da boca do réu, inclusive (e principalmente) a tortura, o que diminuía para quase zero a chance de o réu escapar incólume após a prolação da sentença, seja condenatória ou, em raríssimas oportunidades, absolutória.

2.3.2. Fim da vigência do sistema inquisitório histórico: abre-se espaço para o florescer da garantia à não autoincriminação

O sistema inquisitorial perdurou e resistiu até próximo ao fim do século XVIII, quando, inexoravelmente, veio à bancarrota, juntamente com a derrocada dos Estados Absolutistas por

¹⁸ LOPES JUNIOR, A. *Direito Processual Penal*. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.346

toda a Europa. É ponto pacífico que o principal motivo esteve atrelado principalmente ao desgaste sofrido nos últimos séculos e, não somente, também pelo advento de novos ideais, ventilados por autores iluministas, tais como o Marques de Beccaria (anteriormente citado neste trabalho), Jean-Jacques Rousseau, Voltaire, Barão de Montesquieu, dentre outros importantes nomes.

No campo do Direito, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, viria a ser importante marco histórico na questão relacionada aos Direitos Humanos, e serviria, principalmente, a proibir e banir a prática da tortura. Desta maneira, seria desmantelada umas das maiores máquinas de injustiça da história, de forma que, de uma vez por todas, a Inquisição no Continente Europeu estaria finalizada.

Interessante ressaltar que, até então, o *nemo tenetur se detegere*, embora ainda não tivesse sido positivado na maioria das novas codificações que se seguiram ao Código de Napoleão, teria seus alicerces fundados, visto que resulta corolário, e encontra legitimação na presunção de inocência, garantia essa agora concretizada, conforme explicitado no art. 9º da Declaração acima citada.

2.4. SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO (OU ADVERSARIAL):

Ao estudar o sistema acusatório atual, banhado nas águas do constitucionalismo moderno, *prima facie* é natural sentir-se tentado a acreditar que o sistema acusatorial trata-se de natural evolução frente ao barbarismo empregado na Europa durante o período que convencionou-se chamar Baixa Idade Média, até meados dos Séculos das Luzes. Entretanto, importante faz-se ressaltar que o sistema acusatório atual não se confunde com sua vertente histórica, de forma que somente algumas de suas características são portadas para o presente tempo.

No mesmo sentido, também é possível observar que o sistema acusatório possui raízes muito mais antigas, as quais remontam ao período clássico, conforme ensina o professor Luigi Ferrajoli¹⁹, senão veja-se:

É pacífico que o processo penal da Antigüidade, tal como se configura na Grécia e Roma republicana, tem uma estrutura essencialmente acusatória por causa do caráter na Roma republicana, tem uma estrutura essencialmente acusatória por causa do caráter predominantemente privado da acusação e da conseqüente natureza arbitral tanto do juiz como do júízo.

¹⁹ FERRAJOLI, L. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. p. 452-453.

Desta forma, depreende-se que o sistema acusatório não era um sistema novo, desconhecido, não tratando-se, portanto, de criação iluminista, com vista a contrapor o nefasto sistema inquisitorial outrora adotado. É possível dizer, por conseguinte, que houve verdadeiro resgate de um sistema que já existia, e, em razão das circunstâncias históricas, jazia esquecido (pelo menos na porção continental europeia, conforme já estudado) até o fim do século XVIII.

Destarte, feitas as devidas considerações sobre a origem do sistema que dá nome a este subcapítulo, para melhor compreensão e adequação com o tema tratado, a saber, o florescimento da garantia da não autoincriminação, o presente trabalho deverá dar ênfase ao sistema acusatório britânico, e à sua evolução histórica.

2.4.1. Desenvolvimento histórico do sistema acusatório na Inglaterra

A Inglaterra sempre foi um mundo à parte da Europa, com suas próprias características, costumes e tradições. Acredita-se que isso se dá, principalmente, em razão das condições geológicas da região, ou seja, pelo fato de o país ser uma ilha, fato este que, durante o curso da história, retardou o intercâmbio de informações, ou mesmo dificultou a dominação por parte de povos agressivos, que muitas vezes dizimavam a população nativa do local e impunham sua cultura.

Tal condição possibilitou aos ingleses, e aos demais povos que partilhavam a ilha, que estes mantivessem sua cultura de certa maneira incólume, frente às tendências que corriam livremente pelo continente. Esse fato não passa despercebido, visto que os britânicos sempre gozaram de certa autonomia, desde a época da dominação por parte dos romanos. Esse status não se modificou durante os períodos que se seguiram à queda de Roma, tal como pode-se depreender pela análise de certas características, como a evolução histórica de seu sistema processual ao longo das eras.

Já no início do século XIII, os nobres ingleses obtiveram importante vitória, com a assinatura da Carta Magna, frente ao seu monarca, o Rei João, o João Sem-Terra, que regeu a Inglaterra do período de 1199 a 1216²⁰.

A Carta Magna, reconhecida atualmente como precursora do constitucionalismo moderno (a título de exemplo, um de seus princípios, qual seja o *due process of law*, o devido

²⁰ SILVA, E.O. *A Magna Carta de João Sem-Terra e o devido processo legal*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4455, 12 set. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33931>>. Acesso em: 6 jan. 2020

processo legal, o qual permeia nosso ordenamento, positivado no art. 5º, LIV, de nossa Constituição, encontra seus rudimentos no art. 39, da Carta Magna Britânica²¹) tinha, por objetivo, limitar os poderes do monarca frente a sociedade britânica, ainda que focada na defesa do direito dos nobres, tal como se observa em relação à impossibilidade de um homem ser punido, salvo por julgamento realizado por outros cidadãos, em razão da *law of the land*²².

Durante o período que se seguiu após a queda do Império Romano do Ocidente, a tradição britânica herdou das primeiras jurisdições bárbaras os ritos das ordálias, além dos duelos judiciais, os quais eram utilizados como meio de obtenção de prova. Embora oriundas dos sistemas jurídicos praticados pelos invasores, em sua grande maioria pagãos, é interessante ressaltar que esses ritos passaram por certa “latinização” ao entrar em contato com a cultura romanística. Assim, nota-se forte influência cristã, por exemplo, nos métodos de obtenção de prova aplicados seja na Inglaterra, ou na Europa Continental, antes da Santa Inquisição²³.

As ordálias resumiam-se a testes físicos aplicados ao acusado que, sob observação do responsável, tinham poder de absolver ou condenar o acusado. Um exemplo de ordália, que se tem notícia, amplamente utilizada durante a Alta Idade Média, seria a ordália pela cruz, na qual ambos os litigantes deveriam manter seus braços levantados, em posição que remetia a um crucifixo. Aquele que por acaso desistisse, ou falhasse, seria considerado culpado, visto que havia sido desfavorecido pelo próprio Deus naquele teste. Por sua vez, os duelos judiciais, ou batalhas, consistiam na possibilidade do acusado optar por contender contra seu acusador, contando que Deus auxiliaria aquele quem possuísse razão a sair vitorioso do embate²⁴.

É possível depreender, da análise dos métodos citados, a alta carga de subjetividade atrelada a eles, que mesmo à época não passava despercebida, visto que dava azo a julgamentos que muitas vezes não refletiam à realidade dos fatos. Em razão disso, em 1215, as ordálias foram terminantemente banidas, após o IV Concílio de Latrão²⁵.

Conforme visto anteriormente, a Europa Continental sofreu forte guinada em direção à Inquisição após a realização do referido Concílio. Entretanto, o mesmo não pode ser dito em relação à Inglaterra, pelo menos não completamente. Cabe ressaltar que, mesmo com o desenvolvimento de procedimento processual penal autônomo daquele praticado pela Igreja

²¹ Disponível em: <http://georgelins.com/2009/08/09/a-magna-charta-de-joao-sem-terra-1215-a-peticao-de-direitos-1628-e-o-devido-processo-legal/>. Acesso em: 6 jan. 2020

²² MARTELETO, W.F. *O Direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. p.18

²³ DIDIER, T. Ordálias na Idade Média Ocidental (Parte 3.) Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/ordalias-na-idade-media-ocidental-parte-3>, 2016. Acesso em 6 jan. 2020

²⁴ Idem, op, cit, p.n.p

²⁵ MARTELETO, W.F. *O Direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. p.19

Católica, com características distintas, a Inglaterra não passou incólume à Inquisição, visto que, tardiamente, já no século XV, o sistema inquisitorial viria a ser introduzido no país, principalmente em reação aos movimentos considerados heréticos pela Igreja, inspirados pelas reflexões de John Wycliffe, executado em 1384, os quais posteriormente viriam a culminar na reforma protestante, iniciada por Martinho Lutero na Alemanha, em 1517, e condensada e racionalizada por João Calvino, concomitantemente.

Desta forma, o banimento das ordálias e demais métodos de provas herdados dos povos germânicos e normandos abriu caminho para criação de método distinto, focado no contraditório, denominado *adversary system*²⁶, sistema adversarial.

2.4.2. Origens do *adversary system* e o julgamento pelo júri

Uma marcante e inovadora característica a ser contemplada nesse sistema, seria a submissão do acusado ao julgamento por intermédio do Júri. Sua estrutura primitiva serviu de base para um procedimento que até hoje é utilizado na esfera do *Common Law*²⁷:

De início, o corpo de jurados apenas afirmava a existência de indícios ou suspeitas contra o acusado, ao que se sucedia o julgamento por um juiz. O sistema se aperfeiçoou, separando-se o grande júri (Grand Jury), responsável pelo indiciamento e composto por 24 jurados, do pequeno júri (Petty Jury), formado por 12 jurados, ao qual competia o veredicto, caso o réu não confessasse (guilty plea). [...] As provas passaram a serem produzidas durante o julgamento, perante os jurados. Ainda que fosse negado ao acusado o direito de apresentar testemunhas, este poderia confrontar diretamente (cross-examination) aquelas apresentadas pelo representante da Coroa. O Juiz assumia um papel de controlador da regularidade do procedimento, competindo aos jurados proferir o julgamento no final.

Esse procedimento, embora representasse imensurável avanço frente ao sistema inquisitorial que predominava na porção continental da Europa, estava longe de ser perfeito: além da impossibilidade de apresentar testemunhas que corroborassem sua versão dos fatos, ao réu restava a obrigação de realizar a própria defesa, dada que restava vedada a representação por intermédio de procurador.

Portanto, ou réu se pronunciava (*accused speaks*), ou então mantinha-se calado, o que resultaria em verdadeira renúncia à defesa²⁸, de forma que torna-se impossível falar em direito

²⁶ FERRAJOLI, L. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. p.453

²⁷ MARTELETO, W.F. *O Direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. p.20

²⁸ Idem, op. cit. p. 21

ao silêncio, tal como garantia moderna, enquanto no contexto do *accused speaks*, de forma que tal situação perduraria até meados do século XVIII.

2.4.2.1. Fim do *accused speaks* e advento de institutos precursores ao *privilege against self incrimination*

Devidamente colocado o plano histórico, volta-se o presente trabalho para os séculos XVII, XVIII e XIX, quando, conforme oportunamente estudado, deram-se as revoluções culturais que viriam a derrubar o sistema inquisitório na Europa Continental.

Na Inglaterra, a garantia da não autoincriminação dava seus primeiros passos, principalmente em razão da profunda transformação que o sistema processual britânico sofria. Com instauração do chamado *Treason Act*, em 1696, fez-se possível nas cortes inglesas a representação do réu por intermédio de procurador, entretanto, somente em relação à determinados procedimentos, situação essa que se manteve por aproximadamente 30 anos, quando, em 1730, após embates doutrinários e jurisprudenciais, as cortes inglesas permitiram a completa e irrestrita representação do acusado mediante advogado em todos os crimes²⁹.

Nesse ínterim, ainda era defeso ao advogado se dirigir ao Júri, de forma que o réu deveria realizar sua defesa frente ao corpo de jurados, conforme a tradição do *accused speaks* apregoava. Pode-se dizer que tal instituto perdurou até o ano de 1836, quando houve, finalmente, a possibilidade do advogado dirigir-se diretamente ao corpo de jurados, de forma que a carga probatória de realizar sua autodefesa foi retirada do réu³⁰.

Por conseguinte, o fim do *accused speaks* permitiu a introdução, no ordenamento britânico, de determinados institutos, os quais tinham por objetivo proteger tanto testemunhas, quanto acusados do vício da autoincriminação. Não somente, permitiu também que esses viessem a moldar as bases do que atualmente a garantia do direito ao silêncio moderna representa³¹:

Na segunda metade do século XVIII e no decorrer do século XIX, nota-se uma modificação substancial do sistema processual inglês, passando-se, gradativamente, do *accused speaks* para o *testing the prosecution* – que viria a se tornar o atual sistema adversarial. Durante tais transformações, e até meados do século XIX, o *privilege* ainda não possuía seus contornos atuais. No início do século XIX, o *privilege* se manifestava, de forma restrita e indireta, por intermédio de três regras procedimentais, a saber: o *witness privilege*, a *disqualification for interest* e a *confession rule*.

²⁹ MARTELETO, W.F. *O Direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. p.29

³⁰ Idem, op. cit. p. 31

³¹ Idem, op. cit. p. 29

O *witness privilege* garantia à testemunha (e tão somente), chamada a colaborar com a produção de provas, a possibilidade de silenciar sobre fatos que poderiam vir a ser usados em sua própria incriminação, seja em processos que tramitassem tanto na esfera cível quanto criminal, ou viesse a prejudicá-la de qualquer maneira. Contudo, se por acaso ela concordasse em falar, deveria se comprometer a proferir somente a verdade, vez que, caso faltasse com esta, viria a ser processada pelos fatos revelados, que porventura poderiam ser usados contra ela, em algum outro procedimento, em razão de ter renunciado ao privilégio³².

Outro instituto que de certa forma foi útil para delimitar o que viria a ser o direito à não autoincriminação seria o *disqualification for interest*. Tratava-se da proibição do acusado de testemunhar na ação que era movida contra si. Em razão disto, conseqüentemente, ao réu restava a impossibilidade de produzir tanto provas contra si mesmo, quanto a favor, de forma que lhe era negada a possibilidade da autodefesa positiva³³.

Por fim, o acusado era protegido pela chamada *confession rule*, que tornava ilegítima qualquer confissão obtida de forma compulsória do acusado³⁴. O contorno da *confession rule*, embora claramente demonstrasse evolução frente ao que havia sido vivenciado nas cortes britânicas, demonstrava-se insuficiente, em razão de tutelar somente a ilicitude intrínseca à confissão obtida de forma compulsória, e ignorar qualquer outra forma involuntária que o réu pudesse vir a se descobrir, como pelo erro, a título de exemplo.

Embora tais regramentos tenham pavimentado o caminho para que o *nemo tenetur* se tornasse verdadeira garantia, inata ao indivíduo, é possível observar que no contexto histórico britânico, as citadas garantias demonstravam-se, muitas vezes, insuficientes, e mesmo ineficientes, seja em razão de sua restrita abrangência, ou da exclusividade de usufruto da garantia, ora para a testemunha, ora para o acusado, proibido de se manifestar. Derradeiros ajustes seriam realizados, para que o direito à não autoincriminação se tornasse verdadeiro expoente sobre como o procedimento penal moderno deve seguir em relação ao acusado.

³² Idem, op, cit. p. 29

³³ Idem, op, cit. p. 30

³⁴ Idem, op, cit. p. 30

2.5. EXTENSÃO DO SISTEMA BRITÂNICO: EVOLUÇÃO DA GARANTIA NOS ESTADOS UNIDOS

Interessante destacar também, ainda que de forma breve, o funcionamento e aplicabilidade do *nemo tenetur* nos Estados Unidos, em razão da proximidade para com o sistema britânico. Durante o período colonial, até meados de sua independência, em 1776, o privilégio contra a não autoincriminação funcionou tal como decretado pela Coroa Inglesa, conforme anotado alhures no presente trabalho, de forma que “todos os colonos deveriam gozar das mesmas prerrogativas destinadas aos cidadãos britânicos”³⁵.

Com os Estados Unidos figurando como nação independente, em 1791, e com a subsequente edição da 5ª Emenda Constitucional, o privilégio contra a não autoincriminação finalmente foi positivado no ordenamento americano. Digno de nota ressaltar que, somente a positivação da garantia não demonstrar-se-ia suficiente³⁶:

A mera constitucionalização dos direitos não garantiu, de pronto, uma efetiva mudança de cenário no âmbito dos processos criminais da nova República. Foram, na verdade, a ampliação dos direitos de Defesa e a atuação dos advogado – que arguíam o *privilege* para invalidar confissões – que provocaram o real desenvolvimento da garantia contra a autoincriminação, conferindo-lhe os contornos contemporâneos.

Além disso, somente no século XX, por intermédio do caso *Miranda v. Arizona* (1966), o *privilege* encontraria respaldo definitivo pela Suprema Corte Americana. Ao ser levado sob custódia e interrogado pela polícia, Miranda confessou a prática dos crimes de sequestro e estupro, o que viria a ser determinante em sua condenação. Entretanto, ao ser levado a interrogatório, aferiu-se que os responsáveis não haviam informado Miranda de seus direitos, garantidos pela Constituição Americana, dentre eles, o de permanecer em silêncio, de forma a não gerar provas contra si próprio. Dessa forma, a Suprema Corte revisou a sentença condenatória, ordenando que Miranda fosse novamente julgado, devendo a confissão obtida de forma ilegal ser retirada do processo. Apenas a título de curiosidade, Miranda foi novamente condenado, contudo, seu caso seria referenciado como o mais importante precedente americano, quando trata-se na efetivação do direito ao silêncio.³⁷

³⁵ PITTMAN, R. C. *The Colonial and Constitutional History of the Privilege against Self-Incrimination in America*. Virginia Law Review, vol. 21, no. 7, 1935, pp. 763–789. JSTOR, Disponível em: www.jstor.org/stable/1067113. Acesso em 04 Fev. 2020.

³⁶ MARTELETO, W.F. *O Direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. p.34

³⁷ LIMA, R. B. D. *Manual de processo penal: volume único*. p. 690

2.6. EVOLUÇÃO DA GARANTIA NO BRASIL

É possível depreender que, em *Terra Brasilis*, durante o período em que se convém chamar Brasil Colônia, durante o período de 1530 até 1822, o sistema processual praticado era claramente de cunho inquisitório. Adotavam-se as chamadas Ordenações Portuguesas, cujas quais tinham o objetivo de nortear a prática jurídica nas colônias do Império Português, de forma que algumas de suas características remontavam diretamente aos métodos vigentes na Europa Continental, tal como o sistema da prova legal e tarifada, ou mesmo a infundável busca pela confissão, inclusive aquela obtida sob tortura³⁸.

Com o Brasil já estabelecido como império, durante o período pós independência, importantes marcos viriam a ser alcançados, os quais pavimentariam o caminho a ser percorrido pela garantia, tal como a abolição da prática da tortura, em razão da positivação situada na Constituição Imperial, precisamente prevista no art. 179, XIX, que havia sido promulgada por Dom Pedro I em 1824, e impôs limites à sanha inquisitorial que permeava a prática jurídica no país, sempre em busca da confissão, e eventual condenação do suspeito. No mesmo sentido, a adoção do procedimento do júri, tal como nos moldes do *Common Law*, pelo Código de Processo Penal de 1832, trouxe consigo algumas das características embrionárias que viriam a se tornar o direito à não autoincriminação moderno. Isto posto, observa-se o alinhamento do ordenamento brasileiro com o pensamento imperante na Europa à época que, por sua vez, relegava o método inquisitorial às páginas dos livros de história.

A Constituição de 1891, editada após a Proclamação da República, prescreveria em seu art. 72, 16, *ipsis litteris*: “Aos acusados se assegurara na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas”³⁹. Mesmo que não descrito de forma explícita na Carta Maior, ao adotar a expressão “mais plena defesa”, torna-se claro e cristalino que o direito ao silêncio estaria abarcado pela citada ordem constitucional.

Somente em 1941, com o advento do Código de Processo Penal, vigente até os dias atuais, a garantia que o réu possui de não se incriminar encontraria respaldo positivo e explícito

³⁸MARTELETO, W.F. *O Direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. p.37

³⁹Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm Acesso em 02 mar 2020

em nosso ordenamento. Descrito no art. 186, garante ao acusado o direito de recusar-se a responder quaisquer perguntas direcionadas a si. Cabe ressaltar que, conforme constava na redação original do certame, o direito ao silêncio prescrito no referenciado Código, escondia característica deveras perniciososa, visto que o silêncio do acusado poderia vir a ser interpretado em prejuízo do réu. Travava-se de contrapartida cara ao acusado, de forma a obrigá-lo a se revelar, sob pena do seu silêncio ser interpretado como possível presunção de culpabilidade. Ensina Nucci⁴⁰

A necessidade de permanecer calado, muitas vezes, é uma consequência natural para pessoas frágeis, emocionalmente perturbadas ou que não possuem a devida assistência jurídica. Não se nega que no espírito do magistrado o silêncio invocado pelo réu pode gerar a suspeita de ser ele realmente o autor do crime, embora, ainda que tal se dê, seja defeso ao magistrado externar o seu pensamento na sentença. Ora, como toda decisão deve ser fundamentada, o silêncio jamais deve compor o contexto de argumentos do julgador para sustentar a condenação do acusado. É preciso abstrair, por completo, o silêncio do réu, caso o exerça, porque o processo penal deve ter instrumentos suficientes para comprovar a culpa do acusado, sem a menor necessidade de se valer do próprio interessado para compor o quadro probatório da acusação.

Hoje, é entendimento uníssono que tal contrapartida possuía clara influência fascista, proveniente do código processual penal italiano de 1930, denominado Código Rocco⁴¹, qual veio a influenciar profundamente o Código Brasileiro de 1941.

Por muito tempo, a contrapartida anteriormente questionada municiou acalorados embates doutrinários, sobre a possibilidade de o juiz apreciar negativamente a escolha do réu por manter-se recôndito, visto que todas as Constituições que haveriam de ser promulgadas pós independência, tanto as imperiais quanto as republicanas, silenciavam a respeito do assunto. José Frederico Marques⁴², importante magistrado paulista, por exemplo, acreditava que a o silêncio do acusado, ainda que não pudesse ser tomado como equivalente à uma confissão, abria possibilidade de valoração negativa por parte do julgador. Dessarte, pode-se afirmar que, mesmo com algumas tímidas tentativas do legislador de constar a garantia contra a autoincriminação, e seus institutos decorrentes na legislação pátria, até pouco tempo atrás os contornos e abrangência do *nemo tenetur se detegere* não estiveram bem definidos.

⁴⁰ NUCCI, G. D. S. *Código de Processo Penal Comentado*. p. 738.

⁴¹MARTELETO, W.F. *O Direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. p.39

⁴²MARQUES, J.F. *Elementos do direito processual penal*, p.52

Com o advento da chamada Constituição Cidadã, em 1988, a garantia contra a autoincriminação encontraria sua base definitiva e suficiente, pontualmente no art. 5º, 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”⁴³. O inciso claramente aponta verdadeiro acervo, arcabouço de direitos, e acerta em dar ênfase ao direito de permanecer calado, de maneira que o acusado possa se deter antes que venha a produzir prova contra sua presumida inocência.

Ponto também interessante, a ser observado, é a escolha da palavra utilizada para se referir ao sujeito, objeto da garantia, no caso, “preso”, o que demonstra preocupação do constituinte para com a figura do encarcerado, visto sua evidente situação de vulnerabilidade frente ao Estado Todo Poderoso, encarregado de acusá-lo. Majoritariamente, entende-se que a escolha pela expressão preso serve justamente para enfatizar proteção aos direitos daquele privado de sua liberdade, ainda que a proteção da garantia indubitavelmente abarque todo e qualquer cidadão, sujeito de direitos.

2.7. CONTORNOS ATUAIS

Concluído o estudo em relação às raízes históricas da garantia contra a autoincriminação, mister se faz analisar os contornos modernos do *nemo tenetur*, tal como inserido no panorama jurídico atual, seja no âmbito de abrangência do *common law* britânico, estendido às suas colônias, quanto do *civil law*, predominantemente continental.

Na Inglaterra, o direito à não autoincriminação encontra posituação no *Civil Evidence Act* de 1968, na *section 14*⁴⁴, e traduz-se na possibilidade do acusado de negar-se a responder qualquer questionamento que possa vir a incriminá-lo, e, não somente, mas também ao seu cônjuge (ou parceiro civil). Além disso, evidências e provas coletadas de forma a ferir a garantia contra a autoincriminação, não serão admitidas no procedimento.

Nos Estados Unidos, conforme estudado anteriormente, a garantia consolidou-se, principalmente, por intermédio do caso *Miranda v. Arizona* (1966), cujo desfecho resultaria no *privilege*, encontrando, portanto, respaldo definitivo na Suprema Corte Americana.

⁴³Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 15 mar 2020

⁴⁴Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/64>. Acesso em 14 jan 2020

Na Alemanha, não existe previsão constitucional para a garantia da não autoincriminação, entretanto, a doutrina e jurisprudência vem solidificando o entendimento sobre a abrangência e aplicação da garantia em território alemão. Um exemplo de como o *privilege* demonstrou-se presente no contexto jurídico germânico é provido pelo caso Jalloh v. Germany, ocorrido em 1993, e que viria a ser julgado pela Câmara Superior da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), em Estrasburgo, no ano de 2006. Na ocasião, M. Abu Bakah Jalloh, ao perceber que seria abordado por policiais, engoliu determinado invólucro plástico, cujo qual supostamente continha substância semelhante à cocaína em seu interior. Levado sob custódia, visto que se recusou a ingerir substância capaz de forçar-lhe o vômito, foi coagido a cooperar pelos policiais, e por um médico, que introduziu lhe uma sonda por sua narina, de forma a ser administrada substância vomitória, como também houve administração de morfina intravenosa. Dessa forma, expeliu o envelope plástico, que de fato possuía cocaína em seu interior, sendo, portanto, prova determinante e irrefutável em sua condenação⁴⁵.

Julgado culpado tanto em 1ª instância, quanto posteriormente, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, esse que veio julgar constitucional a obtenção forçada da prova, somente em 2006, em julgamento da questão perante a CEDH, que Jalloh viria a ser inocentado, em razão das circunstâncias que haviam ensejado sua condenação, ou seja, a prova ilegitimamente obtida pela administração de substâncias nauseantes que o obrigaram a autoincriminar-se, ferindo, portanto, o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Assim, o caso concreto em comento tornou-se importante precedente, cujo qual viria a nortear entendimentos não somente na Alemanha, mas em toda a Europa.

Finda a exposição histórica do *nemo tenetur se detegere* tal como concebido historicamente, passa-se desta maneira à análise de sua estrutura moderna, e sua relação com o sistema constitucional vigente.

3. DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO FRENTE À ORDEM CONSTITUCIONAL MODERNA

Entender a estrutura normativa das normas fundamentais é de importância ímpar, visto que, somente assim, torna-se possível teorizar sobre seus efeitos, alcance, amplitude, restrições

⁴⁵ GODOY, A.S.M *O eterno problema da prova mal colhida e o dilema de Jalloh*, Conjur, 21 de fev. de 2016
Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-21/embargos-culturais-eterno-problema-prova-mal-colhida-dilema-jalloh> Acesso em: 09 fev 2020

e eventuais violações. A garantia contra a autoincriminação refere-se a um direito de liberdade, ou de resistência aos excessos da persecução penal do Estado. Portanto, é correto afirmar, que trata-se de verdadeiro direito fundamental de primeira geração⁴⁶.

Nesta senda, entende-se, também, sua manifestação como princípio-garantia, responsável por salvaguardar os interesses dos indivíduos, muitas (se não todas) as vezes em evidente desvantagem frente ao Estado, tanto no sentido de assegurar a liberdade do indivíduo, quanto por permear o procedimento responsável por trazer concretude à referida garantia⁴⁷.

É importante pontuar que, como qualquer outra garantia moderna, não é absoluta, plena, e, portanto, pode vir a sofrer restrições e limitações, sem que disso decorra qualquer ilegalidade. O Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, define, em seu art. 32.2, que “os direitos de cada pessoas estão limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”⁴⁸. No mesmo sentido, assim o apregoa a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. 29, II⁴⁹:

No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades, toda pessoa estará somente sujeita às limitações estabelecidas pela lei com o único fim de assegurar o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos demais e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral em uma sociedade democrática

Em um século notadamente reconhecido por polarizações e adoção de extremos, faz-se necessário estabelecer que não somente o indivíduo é importante, em uma ordem com bases fincadas em bases constitucionais, mas também o é a coletividade.

3.1. BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE A ESTRUTURA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos e garantias fundamentais do cidadão agem como instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado. Encontram-se previstos no título I, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. Trata-se, portanto, de direitos protetivos, os quais possuem como escopo garantir, precipuamente, a existência digna do indivíduo em uma sociedade gerida pelo Estado.

⁴⁶ QUEIJO, M. E. *O Direito de não produzir provas contra si mesmo*, 2012. São Paulo: Saraiva, p. 77

⁴⁷ MARTELETO, W.F. *O Direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. p.43

⁴⁸ Idem, op, cit, p. 46

⁴⁹ Idem, op, cit, p. 47

Como baluarte principal desse sistema, está o princípio da dignidade da pessoa humana, este qual serve como norte, e permeia todo o ordenamento jurídico brasileiro, de forma que, qualquer norma que atente contra esse princípio, não deverá subsistir no referido ordenamento. É característica principal e intrínseca dos direitos fundamentais sua inalienabilidade, oriunda do contrato social realizado entre o indivíduo, que renuncia a sua liberdade plena, e o Estado, encarregado de assegurar a existência e segurança desse mesmo indivíduo.

Paulo Bonavides⁵⁰ prevê a existência de dois critérios que servirão para caracterizar, de forma dogmática, os direitos fundamentais, quais sejam, o critério formal e material. Em breve síntese, formal é aquele princípio que se encontra positivado na Constituição. Dentre algumas de suas características, podemos citar tanto sua inalienabilidade quanto irrenunciabilidade, extremamente importantes para que possam cumprir seu objetivo precípua, qual seja, o de proteger o cidadão. Trata-se de princípio que, geralmente, poderá vir a ser alterado via Emenda Constitucional. Já o critério material é mais amplo, e abrange direitos que se moldam de acordo com valores previamente consagrados na Carta Magna de cada sociedade em específico, relacionando-se intimamente com seus alicerces.

3.2. DISTINÇÃO ESTRUTURAL ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS NA DOGMÁTICA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

As normas de direito fundamental traduzem-se em proposições, que tem por escopo prescrever a ordem, proibição ou faculdade de determinada conduta. Podem, também, atribuir competência de direito fundamental. Versam, portanto, sobre o dever-se de disposições fundamentais da Constituição⁵¹.

No estudo da parte estrutural, assume-se que a principal diferenciação teórica é aquela referente às regras e princípios, em razão da sua importância quando fala-se em teorias relacionadas à colisão destes princípios⁵². É de suma importância compreender que sem essa distinção, impossível se torna estabelecer teoria adequada e suficiente no âmbito das restrições dos direitos fundamentais⁵³.

⁵⁰ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, p.514

⁵¹ MARTELETO, W.F. *O Direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. p.47

⁵² ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2015, p.85

⁵³ Idem, op, cit, p.86

Inicialmente, cabe afirmar que ambos princípios e regras são, antes de tudo, normas, visto que atuam no campo do dever ser, sendo a recíproca também verdadeira⁵⁴. Avançando um pouco mais em sua diferenciação, entende-se que princípios são mandamentos de otimização, ou seja, poderão ser satisfeitos de variadas maneiras, e que sua devida aplicação depende não somente das situações fáticas apresentadas pelo caso concreto, mas também da adequação das possibilidades jurídicas. Ainda, neste sentido, vale mencionar que os princípios, na atual conjuntura neoconstitucional, exercem importante papel não somente para nortear, mas também para se fazer cumprir as garantias do cidadão.

As regras, no entanto, são de certa forma inflexíveis, visto que sua satisfação ou não depende exclusivamente do cumprimento das condições a ela atrelada, não sendo possível o meio termo. Trata-se de determinação, que foi ou não cumprida⁵⁵.

Depreende-se assim que a natureza dos princípios é intrinsecamente ampla, o que enseja, portanto, que não serão definitivos, existindo possibilidade de seu afastamento apresentadas as devidas razões, enquanto as regras, de estrutura mais rígida, reclamam que sejam obrigatoriamente observadas, o que deriva em situações as quais se afere se o direito existe ou inexistente.

3.3. COLISÕES ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

3.3.1. Colisões entre regras

Com os conceitos já fundados, torna-se possível estudar os desdobramentos referentes aos princípios e regras, mais especificamente a resolução de conflitos. Ao tratar sobre o conflito entre regras, existem duas soluções: a primeira passa pela introdução da chamada cláusula de exceção, a qual possui como escopo antagonizar a regra geral, para melhor adaptação à realidade fática. Nas palavras de Alexy⁵⁶:

Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.

⁵⁴ Idem, op, cit, p.86

⁵⁵ ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2015, p.91

⁵⁶ Idem, op, cit, p.92

A segunda possibilidade de solucionar o conflito entre regras, é a partir da declaração de invalidade entre umas delas, o que virá a resultar na retirada da norma declarada inválida do ordenamento jurídico, tendo em vista a impossibilidade de se graduar a validade jurídica de determinada norma⁵⁷.

3.3.2. Colisões entre princípios

Tecidas as devidas considerações, passa-se à análise daquilo que parece ser o cerne da questão acerca da constitucionalidade do instituto estudado no presente trabalho, qual seja, a colisão de princípios fundamentais. Tal como em relação às regras, ocorrem situações as quais exigem que um princípio seja sobreposto a outro, seja devido à sua importância, ou mesmo efetiva aplicabilidade nas infinitas situações proporcionadas pelo caso concreto. Neste cenário, um dos princípios deverá ceder, sem que este princípio seja considerado inválido posteriormente, ou que seja necessário o acréscimo de uma cláusula de exceção⁵⁸.

Ainda que existam diversas teorias que busquem solucionar essa questão, é entendimento majoritário hoje, que a melhor forma de resolução de conflitos passa pela prática do chamado sopesamento de princípios, ou *dimension of weight*, ocasião em que se procede à análise do caso controvertido e, a partir da utilização do princípio da proporcionalidade, define-se qual será o princípio que deverá prosperar naquela situação⁵⁹.

Faz-se necessário pontuar que, em uma colisão de princípios, conforme citado anteriormente, não há se falar em invalidade de nenhum deles. Antes, fala-se em preferência da adoção do princípio “a” frente ao princípio “b”. O preterido, na situação em comento, restará mitigado, enquanto aquele que prevaleceu resultará na adoção de uma regra, responsável por tutelar o caso que deu origem ao conflito.

3.4. GARANTISMO PENAL

É o garantismo expressão cunhada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, expressão essa a qual busca conciliar o Direito Penal e Processual Penal com a visão constitucionalista moderna,

⁵⁷ Idem, op, cit, p.92

⁵⁸ ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2015, p.93

⁵⁹ MARTELETO, W.F. *O Direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. p.48

adotada na maioria dos países ocidentais. Afirma-se que o garantismo (chamado por SG – Sistema Garantista, por seu idealizador) objetiva trazer paridade de armas entre o indivíduo, alvo da pretensão punitiva estatal, e o Estado, que exercerá a persecução penal contra esse mesmo indivíduo, acusado de cometer um crime. Nas próprias palavras de Luigi Ferrajoli⁶⁰:

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia aos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

Em suma, o garantismo penal traduz-se na proteção dos direitos e, não somente, na observância das garantias do cidadão envolvido em uma situação penal. Trata-se de ponto fundamental e pacífico, importante basilar para qualquer sociedade que se intitule ser um Estado de Direito.

4. CONCLUSÃO

Resgatar as origens do direito à não autoincriminação demonstra-se deveras importante nos dias atuais, tendo em vista que cada vez mais vozes se levantam para que os direitos sejam restringidos, ao invés de ampliados. Relembrar a história, e os erros cometidos no passado, trazem ferramentas e argumentos para aqueles que advogam pela defesa das garantias e prerrogativas, as quais vieram e se estabeleceram a preços altíssimos no passado.

Importante ressaltar que a visão de que indivíduo deva permanecer invulnerável frente ao *jus puniendi* estatal não coaduna com a visão ideal de Estado Social buscado pela sociedade hoje. O *privilege* não trata da hipótese de invulnerabilidade do réu, tampouco na ausência de consequência de seus atos, mas sim, na defesa do indivíduo frente ao Estado todo-poderoso, na paridade de armas, e na garantia de um processo penal mais justo e humano.

É a garantia contra a autoincriminação, portanto, princípio que garante ao acusado a prerrogativa de recusar-se a colaborar com o Estado, no sentido em que não será ele obrigado a produzir provas contra si mesmo. Entretanto, tal garantia não é absoluta, sendo passível de restrições, as quais serão aplicadas em seu âmbito de proteção, de forma que, em determinadas

⁶⁰ FERRAJOLI, L. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 453

situações, deverá o referido princípio ceder, quando contraposto com princípios fundamentais que, naquele momento, reclamem para si a observância e aplicação imediata.

Em arremate, espera-se que o presente trabalho tenha cumprido seu papel em trazer luz a esse passado, muitas vezes esquecido, de forma a reforçar os pilares democráticos de nossa sociedade.

5. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2020.

BARROS, J. D. Heresias entre os séculos XI e XV: Uma revisitação das fontes e da discussão historiográfica. **ARQUIPÉLAGO - Revista da Universidade dos Açores**, Açores, v. 11-12, 2007-2008.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Planalto**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 2 março 2020.

DIDIER, T. Ordálias na Idade Média Ocidental (Parte 3.). **Empório do Direito**, 2016. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/ordalias-na-idade-media-ocidental-parte-3>>. Acesso em: 6 janeiro 2020.

FERRAJOLI, L. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, W. M. **O Direito à não Autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo**. Uberlândia: Del Rey, 2012.

GODOY, A. S. D. M. CONJUR. **O eterno problema da prova mal colhida e o dilema de Jalloh**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-21/embargos-culturais-eterno-problema-prova-mal-colhida-dilema-jalloh>>. Acesso em: 9 fevereiro 2020.

KHALED JÚNIOR, S. H. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas Revista de Ciências Sociais**, v. 10, Maio 2010.

LIMA, R. B. D. **Manual de Processo Penal**. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, v. único, 2020.

LIMA, R. B. D. **Manual de processo penal: volume único /**. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, v. Único, 2020.

MARQUES, J. F. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millennium, 2009.

NUCCI, G. D. S. **Código de Processo Penal Comentado**. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. único, 2020.

PITTMAN, R. C. The Colonial and Constitutional History of the Privilege against Self-Incrimination in America. **JSTOR**, 1935. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1067113>>. Acesso em: 4 fevereiro 2020.

QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAGAN, C.; DRUYAN, A. **O Mundo Assombrado pelos Demônios: A Ciência Vista Como Uma Vela No Escuro**. [S.l.]: Random House, 1995.

SILVA, E. D. O. A Magna Carta de João Sem-Terra e o devido processo legal. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33931>>. Acesso em: 6 janeiro 2020.