

# O DIREITO AO SILÊNCIO: SUAS ORIGENS, DESENVOLVIMENTO E DESDOBRAMENTOS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Laura de Oliveira Mello Figueiredo\*<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho versa sobre o direito a não autoincriminação que possui o acusado, frente ao ordenamento jurídico constitucional brasileiro de 1988. Traçamos a origem do princípio *nemo tenetur se detegere* desde a sua origem no *Ius Commune* europeu até a sua consolidação na *common law* inglesa através do *privilege against self-incrimination* e sua transferência às colônias norteamericanas. Analisamos a situação do princípio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, enquanto direito fundamental. Igualmente, analisamos a situação do direito ao silêncio em outros ordenamentos jurídicos pertencentes ao Sistema Romano-Germânico e da *Common Law*, especificamente o direito alemão, o direito inglês e o norte-americano. No concernente aos países integrantes da *Common Law*, analisamos casos paradigmáticos da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Suprema Corte norte-americana.

Palavras chave: *Nemo tenetur se detegere*. *Privilege against self-incrimination*. Direito ao silêncio. Direito a não autoincriminação.

---

<sup>1</sup> Aluna do IX semestre da Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Artigo sugerido para publicação através de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof. Me. Fernanda Correa Osorio, aprovado em 23 de junho de 2016 por banca composta pelos eminentes Prof. Me Rogério Maia Garcia e Prof. Me. Marcos Eduardo Faes Eberhardt.

# **THE RIGHT TO SILENCE: ITS ORIGINS, DEVELOPMENT AND OUTSPREAD IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE**

## **ABSTRACT**

The current article is devoted to the right not to incriminate oneself, as disciplined in the constitutional order established in 1988. We searched the origins of the principle *nemo tenetur se detegere* since it was established in the european *Ius Commune* until its settlement in the english Common Law system, through the standard of the privilege against self-incrimination. We analysed the situation of the principle inside brazilian's juridical order, as a fundamental right. Closing this academic work, we analysed the discipline of the right to silence in different legal orders belonging to Civil Law and Common Law systems, more specifically, German Law, English Law and the United States Law. Regarding countries that are part of the Common Law system, we selected and examined cases submitted to the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court.

Keywords: *Nemo tenetur se detegere*. Privilege against self-incrimination. Right to silence. Right not to incriminate oneself.

## INTRODUÇÃO

O princípio *nemo tenetur se detegere* refere-se ao direito possuído por todo acusado de não cooperar com a persecução penal contra ele instaurada, abstendo-se de fornecer meios de prova que possam contribuir para a sua incriminação. Tal princípio é originário do *Ius Commune* europeu e encontra seu equivalente no Sistema Jurídico da Common Law, através do *privilege against self-incrimination*. Trata-se de uma conquista da defesa técnica, pois restou consagrado, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos da América após o esforço incansável dos advogados, que repudiavam a prática arbitrária do juramento *ex officio* bem como a presunção de que o silêncio do acusado produzia prova de sua culpabilidade. Também é corolário do abandono do sistema inquisitório e adoção do modelo acusatório. Acima de tudo, o princípio faz parte da humanização do direito penal e do processo penal, antes centrado no indivíduo como objeto e meio de prova, o que permitia a prática da tortura e penas cruéis.

Aqui buscaremos responder “qual a origem do princípio”, nosso questionamento inicial. Igualmente, segue-se questionamento seguinte, que deriva do primeiro – “qual a extensão do *nemo tenetur se detegere*” – uma pergunta de suma importância, porque capaz de inspirar não apenas o processo penal mas, acima de tudo, o valor supremo que rege a humanidade e é constantemente buscado por ela – a liberdade. Nossa pretensão é ter um vislumbre do surgimento do princípio, e do seu equivalente no sistema da *common law* – o *privilege against self-incrimination* -, buscando, a partir do contexto histórico em que foi concebido, identificar o modo como é aplicado no ordenamento jurídico pátrio, bem como igualmente analisar os seus desdobramentos no direito comparado.

Para tanto, empregaremos vasta pesquisa bibliográfica, de autores nacionais e estrangeiros, tanto no âmbito jurídico como histórico, porque acreditamos que o diálogo entre os diversos ramos do conhecimento leva à completude do saber. Buscaremos também trazer à baila casos importantes apreciados pelas cortes do sistema jurídico da *Common Law*, regido pela doutrina do precedente, para ilustrar a aplicabilidade do princípio. Igualmente, procederemos à análise da efetividade do princípio em ordenamentos jurídicos de outros países, fazendo uso do direito comparado.

## 2. O desenvolvimento histórico do princípio

### 2.1 O *nemo tenetur se detegere* – sua consolidação na Europa Continental, a Inquisição e o despertar do Iluminismo.

A máxima latina *nemo tenetur prodere se ipsum*, conexas à *nemo tenetur se detegere*, não possui suas origens no direito romano, mas sim no *Ius Commune* europeu. O direito da Europa Medieval – *Ius Commune* – era um direito culto, formado por dois direitos: i) o direito civil, originário das compilações do *Corpus Iuris Civile* de Justiniano; ii) o direito canônico, cujos ditames estavam nas coleções que viriam a formar o *Corpus Iuris Canonici*<sup>2</sup>. A princípio, o direito canônico se destinava à administração interna da Igreja Católica Apostólica Romana. Entretanto, gradualmente, sua jurisdição estendeu-se para atingir: i) objetivamente, qualquer matéria concernente à fé; e ii) subjetivamente, qualquer leigo que possuísse relação com a Igreja.<sup>3</sup> Sobre o *ius commune*, ensina Melodie H. Eichbauer<sup>4</sup>:

*Roman law and canon law were taught side by side at the nascent universities. Students at Oxford, for example, learned a curriculum comprising of Roman and canon law with the term *utrumque ius* referring to those who studied both laws. Johannes Bassianus, writing in Bologna in the 1180s, is an early example of a jurist trained in both canon and Roman law, as is the late 12th early 13th century English jurist Vacarius.*

*The melding of these two legal traditions comprised the medieval *ius commune*. It was a system of general principles drawn either from Roman or canon law, depending upon the issue in question.*

---

<sup>2</sup> O Direito Canônico – ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana – é formado pelo *Corpus Iuris Canonici*, que resultou do *Decretum Gratiani* (1140), sucedido pelos decretos dos Pontífices Romanos (séc. XII), de Gregório IX (1234), de Bonifácio VIII (1298) e pelas Clementinas, de Clemente V (1313).[...] Primitivamente, o Direito Penal Canônico teve caráter disciplinar. Aos poucos, com a crescente influência da Igreja e conseqüente enfraquecimento do Estado, o Direito Canônico foi-se estendendo a religiosos e leigos, desde que os fatos tivessem conotação religiosa. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 76.

<sup>3</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal – As interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 44 *apud* ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Marmora. O direito ao silêncio: Evolução histórica. do Talmud aos pactos e declarações internacionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Sao Paulo, rev. dos tribunais, jul/set, 2004. n.48, p.133-157. p. 2.

<sup>4</sup> EICHBAUER, Melodie H. *Medieval Inquisitorial Procedure: Procedural Rights and the Question of Due Process in the 13th Century*. *History Compass*. 2014. v. 12. p. 73.

O Direito Romano e o Direito Canônico eram ensinados em conjunto nas primeiras universidades. Estudantes de Oxford, por exemplo, eram instruídos através de um currículo que compreendia Direito Romano e Direito Canônico com o termo *utrumque ius* se referindo àqueles que estudassem ambas as modalidades. Johannes Bassianus, escrevendo em Bolonha nos anos 1180, é um exemplo prematuro de jurista instruído igualmente em Direito Romano e Canônico, assim como o jurista inglês Vacarius, de fins do século XII e início do século XIII. A fusão destas duas tradições jurídicas compunha o *ius commune* medieval. Era um sistema de princípios gerais extraídos do Direito Romano ou Canônico, dependendo do tema em questão. (Tradução livre).

Os canonistas passaram então a empregar a máxima latina, cuja autoria é atribuída a São João Crisóstomo<sup>5</sup>, a qual vinha contida no popular manual procedimental do *Ius Commune* – o *Speculum Iudiciale*.<sup>6</sup> Sobre o tema ensina Maria Elizabeth Queijo<sup>7</sup>:

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 1296, 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. O princípio foi acolhido pela maior parte dos comentadores medievais e repetido nos manuais de processo penal europeus dos séculos XVI e XVII. De acordo com a acepção do princípio, na época, era vedado exigir que alguém respondesse a perguntas específicas sobre seu comportamento ou atos da sua vida privada, submetendo-o a risco de infâmia ou persecução penal. Entendia-se que os homens deveriam confessar suas faltas a Deus, mas não deveriam ser compelidos a confessar seus crimes a ninguém mais.

Uma série de compilações de textos canônicos reconhece a proteção aos acusados: i) no ano de 850, uma compilação oferecia proteção contra os abusos dos senhores feudais; ii) em 1151, uma compilação levada a cabo por Graciano, tomando por base o comentário de São João Crisóstomo a trecho da carta de São Paulo aos Hebreus viria a repudiar a prática da tortura e proscrever a obrigatoriedade do juramento dos acusados.<sup>8</sup>

Entretanto, conforme ensina Paulo Mário Canabarro Trois Neto<sup>9</sup>, a proteção aos acusados em geral perde força a partir do IV Concílio de Latrão em 1215, que dentre outros métodos inquisitórios, viria a instituir o juramento:

[...] em 1215, no IV Concílio de Latrão, com a introdução do *jusjurandum de veritate dicenda* (juramento inquisitivo), pelo qual o acusado estava obrigado a dizer a verdade, a Igreja modifica o entendimento de que a confissão só poderia ser voluntária. Em 1252, Inocêncio IV autoriza o emprego de torturas para obtenção da confissão e do arrependimento do acusado em casos de heresia cátara. Argumentou o Papa que, se a violência contra os réus era comumente aplicada no direito comum em relação a ladrões assassinos, seria injustificável conceder tratamento privilegiado aos hereges, que não passariam de “ladrões e assassinos da alma”.

---

<sup>5</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *O direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 83.

<sup>6</sup> ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Marmora. *O direito ao silêncio: Evolução histórica. do Talmud aos pactos e declarações internacionais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Sao Paulo, rev. dos tribunais, jul/set, 2004. n.48, p.133-157. p. 2.

<sup>7</sup> 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. p. 36.

<sup>8</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *O direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 83.

<sup>9</sup> Ibidem. p. 83.

A realização do IV Concílio de Latrão se tornaria o marco da adoção do sistema inquisitório pelos canonistas na Europa Continental. Os inquisidores negariam ao acusado todos os direitos, sendo o procedimento nos casos de heresia realizado através de audiências secretas, nas quais as testemunhas não seriam inquiridas na presença do acusado. Inclusive, ao final do século XIII, o Papa Bonifácio VIII ordenaria a supressão dos nomes das testemunhas. Inevitavelmente, a adoção do sistema inquisitorial em detrimento do acusatório influenciaria a jurisdição laica e, até o final do século XV, o modelo acusatório estaria em completo desuso<sup>10</sup>.

O *ius commune* europeu lançaria as bases para que a Igreja Católica pudesse reavivar o procedimento inquisitório cujas bases estavam no Direito Romano. A inquisição para os romanos consistia no procedimento mediante o qual o magistrado procedia à investigação minuciosa dos fatos envolvidos em uma contenda judicial, fosse ela civil ou criminal. Até o advento do Renascimento Cultural, o procedimento inquisitório ainda possuía suas fundações no Direito Romano<sup>11</sup>.

O procedimento inquisitório, então, destinava-se não apenas à apuração do delito de heresia, mas também e especialmente aos delitos praticados pelos membros do clero, tais como condutas sexuais inadequadas e assassinato. O procedimento garantia direitos ao acusado, inclusive o de salvaguardar-se da autoincriminação e de consultar advogados – tais direitos eram referidos como *ordo iuris*, ou *ordu iudiciorum* para o Direito Romano. Entretanto, os julgamentos por crimes excepcionais - v.g. traição, heresia, feitiçaria – permitiam aos juízes que suspendessem os direitos procedimentais do acusado.<sup>12</sup> Sobre o tema, ensina Melodie H. Eichbauer<sup>13</sup>:

*What was innovative about trials for heresy was how inquisitors adapted procedures and doctrines to accompany the established inquisitorial procedure: the increasing comprehensiveness of punishment (condemnation, the confiscation of goods, the destruction of moveable property, infamy, exile, and disinheritment), an increasing cooperation between the secular and ecclesiastical realm, promoting the dangers that heresy posed to the Church and to society, and employing those specializing in theology in both judicial and investigatory capacities. The confiscation of property and disinheritment, established by Innocent III's letter *Vergentis in senium* (1199), condemned children of heretics to a life of poverty, a problem that by the 13th century led some jurists to question the equity of such punishment.*

---

<sup>10</sup> ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Marmora. *O direito ao silêncio: Evolução histórica. do Talmud aos pactos e declarações internacionais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Sao Paulo, rev. dos tribunais, jul/set, 2004. n.48, p.133-157. p. 2.

<sup>11</sup> EICHBAUER, Melodie H. *Medieval Inquisitorial Procedure: Procedural Rights and the Question of Due Process in the 13th Century*. History Compass. 2014. v. 12. p. 73.

<sup>12</sup> *Ibidem*. p. 74-75.

<sup>13</sup> *Ibidem*. p. 75.

Por fim, com a chegada da Idade Moderna e o advento do Iluminismo, temos o início do reconhecimento e da construção de garantias penais e processuais penais. Há com este movimento sociocultural um combate ao uso da tortura e do juramento, tão empregados no procedimento inquisitorial medieval. Considera-se, agora, uma imoralidade as tentativas de compelir o acusado a pronunciar-se de modo incriminatório.

Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria<sup>14</sup>, em sua célebre obra “Dos delitos e das penas”, refuta a extração da confissão do acusado, por meio do juramento e da tortura:

Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz! A lei que autoriza a tortura é uma lei que diz: “Homens, resisti à dor. A natureza vos deu um amor invencível ao vosso ser, e o direito inalienável de vos defenderdes; mas eu quero criar em vós um sentimento inteiramente contrário; quero inspirar-vos um ódio de vós mesmos; ordeno-vos que vos torneis vossos próprios acusadores e digais enfim a verdade ao meio das torturas que vos quebrarão os ossos e vos dilacerarão os músculos...”.

Diferente do procedimento inquisitório do medievo que encontrava na confissão a prova de máximo valor, no qual a linha entre delito e pecado era bastante tênue e a autoincriminação do acusado assumia a forma de expiação, o Iluminismo transforma a justiça penal, instituindo a separação das funções entre acusar, defender e julgar, diminuindo a distância entre o Estado-acusador e o acusado.<sup>15</sup> Por fim, é possível afirmar ainda que o direito a não autoincriminação manifestou-se bastante tardiamente nos Estados de direito codificado, apresentando-se nas legislações somente a partir do início do século XIX.<sup>16</sup>

## 2.2 A Inglaterra e o nascimento do *privilege against self-incrimination*

O desenvolvimento do privilégio contra a autoincriminação como o conhecemos se deu através do direito anglo-americano, no qual a máxima foi expressa através do *privilege against self-incrimination*.<sup>17</sup> Esse se consolidou na *common law*<sup>18</sup> inglesa, a partir da metade

---

<sup>14</sup> BECCARIA, Cesare, marquês de. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 46.

<sup>15</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *O direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 100.

<sup>16</sup> *Ibidem*. p. 84.

<sup>17</sup> 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. p. 35.

<sup>18</sup> A partir do século XII a Inglaterra passou a adotar o sistema jurídico conhecido como *common law*, tomando os costumes como a fonte única ou mais importante do direito, como fundamento básico da jurisdição real. Esta forma peculiar do exercício de jurisdição, por certo, afastou o direito inglês do modelo romano-germânico que então vigorara no resto da Europa, possibilitando a introdução, na Inglaterra, de um mecanismo de recursos a

do século XVII, com a abolição das cortes eclesiásticas de *High Commission* e *Star Chamber* e do procedimento do juramento *ex officio*, mas também através da busca pela defesa técnica.

O procedimento do juramento *ex officio* consistia em comparecerem as partes perante estas cortes, submetendo-se a um juramento de responder quaisquer questões que lhes fossem feitas. Comumente, as acusações eram desconhecidas. Assim, o *privilege against self-incrimination* desenvolveu-se, inicialmente, como uma proteção às *fishing expeditions*, prática por meio da qual os juízes, através do ato do interrogatório, investigavam aspectos e procediam a questionamentos alheios ao objeto da acusação.<sup>19</sup> Os advogados à época já se insurgiam contra a prática do juramento *ex officio*, por entender que ele conduzia ao perjúrio<sup>20</sup>.

A irrisignação dos Puritanos, contra as práticas das cortes de *High Commission* e *Star Chamber* tornaram-se maiores com relação ao fato de que o juramento conduzia o acusado a responder questões potencialmente incriminatórias, independentemente da existência de um acervo probatório suficiente a comprovar as acusações formuladas. John H. Langbein esclarece que os Puritanos estavam resistindo às tentativas dos reinados de Elizabeth I (1558-1603) e da Casa de Stuart (1603-1640 aproximadamente) de impor o credo Anglicano. Uma vez que os acusados submetidos à jurisdição de tais cortes eram comumente acusados de práticas em desconformidade com o Anglicanismo, havia resistência em submeterem-se ao procedimento do juramento *ex officio*. Ainda assim, o acusado que se recusasse ao juramento estaria sujeito à prisão pelo *contempt of court* – desobediência aos comandos da corte<sup>21</sup>.

Passaram os Puritanos a buscar assistência nas cortes de *common law*, que se provaram dispostas a intervir, expedindo *writs* de proibição contra as práticas de ambas as cortes.<sup>22</sup> O

---

precedentes (casos), condensado nos *Year Books*, que serviram de base para o desenrolar dos julgamentos, sempre em consonância com os costumes adotados nas decisões. Já no século XV, o *common law* cede lugar às designadas jurisdições de equidade (*equity*), que aplicava um processo escrito mais inspirado pelo procedimento do direito canônico. Entretanto, por volta do século XVII a *equity* se integrou à *common law*, admitindo-se uma dualidade jurisdicional, fundida posteriormente, por volta de 1873 e 1875, já na Idade Contemporânea. VALE, Ionilton Pereira do. *O direito ao silêncio no interrogatório no direito processual penal pátrio e comparado*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.929, p. 419-458, mar. 2013. p. 7.

<sup>19</sup> McINERNEY, Pat. *The privilege against self-incrimination from early origins to Judge's Rules: challenging the 'orthodox view'*. International Journal of Evidence & Proof, 2014, vol. 18, issue 2, p 101, ISSN 13657127. ISBN 13657127. p. 105.

<sup>20</sup> 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. p. 37.

<sup>21</sup> LANGBEIN, John H. *The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law*. Michigan: Michigan Law Review, mar. 1994. n. 05. v. 92. p. 1047-1085. p. 1073.

<sup>22</sup> McINERNEY, Pat. *The privilege against self-incrimination from early origins to Judge's Rules: challenging the 'orthodox view'*. International Journal of Evidence & Proof, 2014, vol. 18, issue 2, p 101, ISSN 13657127. ISBN 13657127. p. 106.



*habeas corpus* também se difundiu como instrumento jurídico capaz de proteger o acusado perante a corte de *High Commission*. Sobre o tema, ensina Maria Elizabeth Queijo<sup>23</sup>:

O *writ* de proibição e os *habeas corpus* eram instrumentos jurídicos das cortes de *common law* para interferir nos julgamentos eclesiásticos. Pelo *writ* de proibição decidia-se que o acusado não podia ser submetido a julgamento por determinada corte. Já o *habeas corpus* era utilizado contra o poder da *Court of High Commission* de decretar prisões.

Enfim, as cortes de *High Commission* e *Star Chamber* foram abolidas por um Ato do Parlamento Inglês de 1641, com o qual assentiu o Rei Carlos I<sup>24</sup>. Os tribunais eclesiásticos foram proibidos de impor juramento que viesse a provocar a confissão ou a autoacusação<sup>25</sup>.

Nas cortes de *common law*, durante o século XVI, contudo, o *privilege against self-incrimination* perde parte de seu significado original, consubstanciado no direito fundamental, não de silenciar, mas de falar, que possuía o acusado. Maria Elizabeth Queijo explica que a ausência de defesa técnica por advogado compelia o acusado a contrapor as acusações que lhe eram feitas, sendo o seu silêncio na prática uma autoacusação. Deveria o acusado contestar as acusações porque não lhe era assegurada a assistência de advogado, já que inadmissível que terceiro se manifestasse em seu lugar. A declaração do acusado contava então com caráter testemunhal. Havia igualmente restrições à convocação de testemunhas defensivas as quais, não comparecendo, não seriam intimadas para o ato. Sobre o tema em lume, ensina o professor John H. Langbein<sup>26</sup>:

---

<sup>23</sup> 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. p. 39.

<sup>24</sup> *When political and military reverses forced Charles I to summon Parliament in 1641, Parliament sided with the Puritans, abolished the courts of Star Chamber and High Commission, and forbade de ecclesiastical courts from using "ex officio" oath procedure. These events, especially the fall of Star Chamber, remain among the most celebrated landmarks of English political and legal history.* Tradução livre: Quando reverses políticos e militares forçaram Charles I a convocar o Parlamento em 1641, esse se posicionou ao lado dos Puritanos, abolindo as cortes de *Star Chamber* e *High Commission* e proibiu as cortes eclesiásticas de empregar o procedimento do juramento *ex officio*. Estes eventos, especialmente a queda da corte de *Star Chamber*, são tidos como alguns dos mais celebrados marcos da história política e jurídica da Inglaterra.

LANGBEIN, John H. *The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law*. Michigan: Michigan Law Review, mar. 1994. n. 05. v. 92. p. 1047-1085. p.1073-1074.

<sup>25</sup> ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Marmora. O direito ao silêncio: Evolução histórica. do Talmud aos pactos e declarações internacionais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Sao Paulo, rev. dos tribunais, jul/set, 2004. n.48, p.133-157. p. 3.

<sup>26</sup> O objetivo de pressionar o acusado a falar em sua própria defesa era atingido não apenas negando ou restringindo o aconselhamento por advogado, mas também impedindo testemunhas de defesa. Assim como as limitações à defesa técnica, esses obstáculos às testemunhas obrigavam o acusado a realizar a sua própria defesa – ou seja, a falar em seu julgamento. Durante o século XVII, o acusado não tinha direito de convocar testemunhas relutantes. De fato, ocorriam situações proeminentes em que as cortes de julgamento se recusavam a ouvir uma testemunha defensiva presente e que estivesse disposta a testemunhar. Quando testemunhas defensivas eram aceitas, igualmente eram impedidas de testemunhar sob juramento ainda que as testemunhas de acusação rotineiramente o fizessem. O acusado sempre depunha sem estar sob juramento – tal direito lhe foi negado até 1898. (Tradução livre).

*The goal of pressuring the accused to speak in his own defense was achieved not only by denying or restricting counsel, but also by impeding defense witnesses. As with the limitations upon counsel, these obstacles to witnesses obliged the defendant to do his defending by himself – that is, by speaking at his trial.*

*Throughout the seventeenth century the defendant had no right to subpoena unwilling witnesses. Indeed, in the sixteenth century there were prominent occasions on which trial courts refused to hear defense witnesses who were present in court and willing to testify. When defense witnesses were received, they were forbidden to testify upon oath, although accusing witnesses were routinely sworn. The defendant always spoke unsworn – he was forbidden the right to testify upon oath until 1898.*

O *privilege against self-incrimination* encontrava limitações também no procedimento do *pretrial*, disciplinado pelo *Marian Committal Statute* de 1555, seguido do século XVI ao XVIII, cujo objetivo era conduzir o acusado a autoincriminação. Um magistrado da Justiça de Paz presidia o ato, transcrevendo tudo quanto fosse dito pelo acusado, a vítima e as testemunhas de acusação. Se o acusado se recusasse a falar nesta fase, isso era registrado no relatório a ser encaminhado para a corte de julgamento. No julgamento, portanto, desejando o acusado se retratar, tal proceder seria utilizado em seu desfavor. O *pretrial*, sendo assim, constituía etapa decisiva do julgamento principal<sup>27</sup>.

É imperativo ressaltar que alguns dos pilares de sustentação do processo criminal na *common law* não se encontravam presentes à época. Até o século XVIII, o *beyond-reasonable-doubt standard of proof* – a fórmula da “dúvida razoável” da prova -, que compele o julgador a sanar suas dúvidas favorecendo o acusado, não possuía formulação adequada, sendo o acusado compelido a falar. A máxima que imperava no momento sugeria que, sendo o acusado inocente, deveria ter ele a capacidade de provar. Igualmente, não lhe era permitido acesso aos termos de seu indiciamento, desconhecendo os fatos dos quais deveria se defender, vedação essa que iniciou seu relaxamento com a edição do *Treason Act* (1696)<sup>28</sup>.

Arremata R. H. Hemholz<sup>29</sup>, por fim, que o *privilege against self-incrimination* é essencialmente uma criação da defesa técnica. A vedação da constituição de advogado foi gradualmente cedendo entre os anos de 1696 a 1837, primeiro com a admissão da defesa por

---

LANGBEIN, John H. *The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law*. Michigan: Michigan Law Review, mar. 1994. n. 05. v. 92. p. 1047-1085. p. 1055.

<sup>27</sup> 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. p.41.

<sup>28</sup> LANGBEIN, John H. *The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law*. Michigan: Michigan Law Review, mar. 1994. n. 05. v. 92. p. 1047-1085. p. 1056-1058.

<sup>29</sup> HEMHOLZ, R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: Universidade de Chicago, 1997. p. 82 *apud* 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. p.39.

advogado pelo *Treason Trials Act* (1696)<sup>30</sup>, até o abandono do sistema inquisitório com o *Prisoner's Counsel Act* (1836), que permitiu a defesa do acusado em matéria de direito e de fato.<sup>31</sup>

### 2.3 O princípio nos Estados Unidos da América – a 5ª Emenda Constitucional

Especial importância assume a consolidação do *privilege against self-incrimination* no direito norte-americano. Com efeito, o direito a não autoincriminação desenvolveu-se mais rapidamente que na Inglaterra, tornando-se direito constitucional consubstanciado na 5ª Emenda ratificada em 1791:

Ninguém poderá ser detido para responder por crime capital, ou por outra razão infame, salvo por denúncia ou acusação perante um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá ser sujeito, por duas vezes, pelo mesmo crime, a ter sua vida ou integridade corporal postas em perigo; nem poderá ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo, nem poderá ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.<sup>32</sup>

O princípio inicia sua trajetória no “novo mundo” no cenário da colônia de *New England*, ocasião em que os Puritanos, já tendo abandonado sua terra natal, editam em solo americano o *Massachusetts Body of Liberties*, documento que conferia aos membros das colônias a proteção (em parte) contra a tortura ou qualquer espécie de juramento que os forçasse a confessar a própria culpabilidade, enfrentando resistência dos magistrados da colônia.<sup>33</sup> A tortura, porém, era permitida em delitos punidos com a pena capital, devendo, entretanto, não ser “bárbara e inumana”<sup>34</sup>.

A provisão do *Massachusetts Body of Liberties* foi incapaz de satisfazer os membros das colônias, porque ainda legitimava a prática da tortura. Nessa senda, quando os colonos

---

<sup>30</sup> Julgamento dos crimes de traição.

<sup>31</sup> McINERNEY, Pat. *The privilege against self-incrimination from early origins to Judge's Rules: challenging the 'orthodox view'*. International Journal of Evidence & Proof, 2014, vol. 18, issue 2, p 101, ISSN 13657127. ISBN 13657127. p. 120-121; 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. p. 40-42.

<sup>32</sup> RAMOS, João Guarlberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 265.

<sup>33</sup> PITTMAN, R. Carter. *The Colonial and Constitutional History of the Privilege against Self-Incrimination in America*. Virginia Law Review. mar, 1935. v. 21. n. 07. p. 763-789. p. 775-776.

<sup>34</sup> 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. p. 42-43.

americanos deixaram *Massachussets* para se dirigir a *Connecticut*, adotaram provisão semelhante em 1650, desta vez com o intuito de proibir finalmente a prática da tortura. É possível afirmar, portanto, que o *privilege against self-incrimination* restou estabelecido com solidez certa antes de 1650 nas colônias de *New England* e sucessivamente na colônia da Virgínia<sup>35</sup>.

Até o século XVII, o sistema processual prevalente era o do *accused speaks*, não havendo espaço para o *privilege*. A defesa técnica por advogado foi permitida em Nova Iorque em 1686 e na Virgínia em 1735. Ainda assim, não havia advogados para atuar nas colônias até fins do século XVIII.

A constitucionalização do *privilege against self-incrimination* é permeada ainda por outras razões, em especial, os procedimentos das cortes de *Governor and Council*, as quais constituíam as cortes coloniais máximas, cujos procedimentos visavam a fortalecer as leis de comércio nas colônias. A partir da transformação das colônias em províncias reais estas perdiam o controle sobre seu sistema de justiça, sujeitando-se à vontade do Governador Real, que discricionariamente convocava indivíduos perante o seu Conselho. Diferentemente das cortes comuns, o procedimento aqui era inquisitivo e autoritário. Aqueles que desejassem invocar seus direitos enquanto cidadãos ingleses eram reprimidos, sob o pretexto de que a Magna Carta e demais diplomas legais garantidores de liberdades individuais não eram aplicáveis às colônias. Em 1700, v.g. o Governador Cornbury de Nova Iorque negou a incidência do *Bill of Rights* e do *Act of Toleration*, ambos diplomas legais ingleses.<sup>36</sup>

Finalmente, os protestos das colônias contra a Lei do Selo, os Atos *Townshend* e outras imposições legais comerciais e coercitivas deu origem à luta armada, em razão das tentativas da Coroa Inglesa de endurecer a ordem social nas colônias fortalecendo leis que não eram tidas como adequadas, inclusive em seu próprio território, e negando aos membros das

---

<sup>35</sup> Como vimos, o direito a não autoincriminação do acusado tornou-se bem estabelecido nas colônias de *New England* antes de 1650 e na Virgínia em seguida. A declaração da Virgínia de 1677 estendeu o direito às testemunhas convocadas aos julgamentos em termos expressos. Em Connecticut, após sucessivas ordens judiciais os atos das assembleias de 1697, 1703 e 1711, o direito a não autoincriminação foi estendido às testemunhas de forma a levar alguém a crer de que se tratava de direito reconhecido muito antes das datas referidas. A provisão n.º 45 do *Body of Liberties* não fazia distinção entre a testemunha e o acusado quanto à imunidade à tortura. Uma província de Massachussets em 1692 alçou o direito às testemunhas em alguns casos e os fez em termos a apontar um reconhecimento pregresso. (Tradução livre).

PITTMAN. R. Carter. *The Colonial and Constitutional History of the Privilege against Self-Incrimination in America*. Virginia Law Review. mar, 1935. v. 21. n. 07. p. 763-789. p. 781- 782.

<sup>36</sup> PITTMAN. R. Carter. *The Colonial and Constitutional History of the Privilege against Self-Incrimination in America*. Virginia Law Review. mar, 1935. v. 21. n. 07. p. 763-789. p. 784-786.

colônias os direitos inerentes ao cidadão inglês – sujeitava-os a cortes de prerrogativas, não compostas por jurados e ao procedimento inquisitório<sup>37</sup>.

A colônia da Virgínia viria a editar sua *Bill of Rights* em 1776, antes da Declaração de Independência, a qual garantia o *privilege against self-incrimination* diretamente em sua Seção n.º 8, sendo seguida pelas demais colônias. Ainda que durante os debates que conduziram à Constituição Federal o *privilege* fosse escassamente mencionado, as circunstâncias o incluíram no art. 5º do *Federal Bill of Rights*, servindo de escudo protetor à nação recém-formada<sup>38</sup>.

### 3. O princípio no ordenamento jurídico brasileiro

#### 3.1 A trajetória do *nemo tenetur se detegere* na legislação pátria

As Ordenações do Reino de Portugal vigoraram no Brasil até 1830, com a promulgação do Código Criminal do Império.<sup>39</sup> À data do descobrimento estavam em vigor em Portugal as Ordenações Afonsinas, mandadas compor por Dom João I, as quais foram concluídas em 1446, possuindo vigência até 1521, quando da publicação das Ordenações Manuelinas, deliberadas por Dom Manuel, o Venturoso, as quais tiveram aplicação no Brasil. Mas foram as Ordenações Filipinas, de Felipe II de Espanha, que seriam amplamente aplicadas em território brasileiro. Essas tiveram o objetivo de reestruturar os velhos códigos por ato de 5 de junho de 1595, sendo publicadas em 11 de janeiro de 1603, quando já reinava Felipe III, sendo confirmadas por Dom João IV, em 1643, após a restauração da casa de Bragança ao trono português. O direito penal estava contido no Livro V, nas três Ordenações, sendo distribuído em: i) 121 títulos nas Afonsinas; ii) 113 títulos nas Manuelinas; e iii) 143 títulos nas Filipinas.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Ibidem. p. 788-789.

<sup>38</sup> Ibidem. p. 788-789.

<sup>39</sup> Viva o direito penal, no além-mar, ao tempo da descoberta do Brasil, a mais cruel das fases de sua história, mui adequadamente denominada de período intimidativo, abrangente da Idade Média e da Renascença, em que a pena não tinha outro fim que não o de fazer sofrer e aterrorizar pelo sofrimento. Foi esse característico direito da resposta penal do Estado que Portugal trouxe à terra encontrada, inserto nas Ordenações do Reino, que teve vigência entre nós, no plano infraconstitucional e em sede de direito penal comum, até o ano de 1830, quando veio à luz o Código Criminal do Império do Brasil.

TINÓCO, André Luiz. *Código criminal do Império do Brasil anotado*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 13.

<sup>40</sup> TINÓCO, André Luiz. *Código criminal do Império do Brasil anotado*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 13.

Assim sendo, o direito pátrio foi regulado por diplomas portugueses até a independência no ano de 1822.<sup>41</sup> O princípio *nemo tenetur se detegere* já encontra sua aplicação em território brasileiro no período colonial quando da vigência das Ordenações Manuelinas, nas quais se encontra dispositivo legal a assegurá-lo, em seu Livro III, Título XL, nos termos de que “no feito crime não é a parte obrigada a depor aos artigos que contra ela forem dados”. O acusado, contudo, ainda poderia ser submetido a tormentos e ao pagamento de multa, de acordo com a gravidade do caso, para prestar depoimento<sup>42</sup>.

Em 25 de março de 1824, Dom Pedro I, Imperador Constitucional, outorga a Constituição do Império a qual, inspirada pelo liberalismo inglês e pelo movimento humanitário produzido pelo Iluminismo<sup>43</sup>, proscreeva a prática da tortura. As Ordenações Filipinas continuariam a vigor em matéria processual penal até o advento do Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832<sup>44</sup>, no qual o interrogatório passou a ser tido como ato de defesa, por influência dos ideais iluministas, entendendo a doutrina da época que o acusado não deveria prestar juramento e não precisava responder às perguntas feitas pela autoridade. Nessa senda, explica Paulo Hamilton Siqueira Júnior<sup>45</sup>:

José Antônio de Andrade Góes observa que “o Código Imperial, afastando-se do sistema inglês, sofreu visível influência do Código Napoleônico do ano de 1808, sendo o interrogatório naquele período realizado em público, depois de conhecidas as peças do processo, limitadas as perguntas a fazer, caracterizando um autêntico ato de defesa, eis que ditas perguntas tendem a pedir o acusado as provas de sua

---

<sup>41</sup> SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Interrogatório*. São Paulo. Revista dos Tribunais. v. 795. p. 729. jan./2002. p. 02.

<sup>42</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 94.

<sup>43</sup> Esse movimento humanista, produzido pelo Iluminismo no domínio do direito, havia de repercutir, como repercutiu, em Portugal [...]. No Brasil, por maior razão e, sobretudo, com a proclamação de sua independência de Portugal, a influência dessa renovação de ideias jurídicas e políticas, mormente na força da universalização, pela revolução francesa, dos direitos do homem e do cidadão, é profunda e impetuosa, motivando os estadistas brasileiros do I Império a dotar o País de leis, que atendessem, em sua nova estrutura social e política, o novo pensar e os seus princípios, aos quais se fazia extremamente sensível o direito penal, que reclamava uma profunda reforma.

TINÔCO, André Luiz. *Código criminal do Império do Brasil anotado*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 15-16.

<sup>44</sup> O Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832, permitiu quatro tipos de interrogatórios do acusado: a) o primeiro, nos termos do art. 132, logo que um criminoso, preso em flagrante delito, fosse à presença do juiz de paz; nesse caso ele seria interrogado “sobre as arguições que fazem o conductor e as testemunhas que o acompanharão”; b) o segundo, nos termos do art. 142, por ocasião da inquirição de testemunhas da formação da culpa; c) o terceiro, nos termos do art. 245, para ratificação perante o primeiro Conselho de Jurados ou Júri de Acusação; d) o quarto, nos termos do art. 259, logo depois de formado o segundo Conselho de Jurados, ou Júri de Sentença (com a promulgação da Lei de 03.12.1941 e do Regulamento 120, de 31.01.1842, os interrogatórios foram reduzidos a três, uma vez que foi suprimido o primeiro Conselho de Jurados ou Júri de Acusação).

COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 104.

<sup>45</sup> SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Interrogatório*. São Paulo. Revista dos Tribunais. v. 795. p. 729. jan./2002. p. 03.

inocência [...]”. Assim, conclui-se que sob a égide do Código Criminal do Império o interrogatório era ato de defesa, ficando o magistrado adstrito às perguntas fixadas pelo estatuto processual.

Na Constituição Republicana de 1891 foi assegurada ao acusado a plena defesa, sendo estabelecido por construção doutrinária que o interrogatório realizado sob coação era proibido. Ainda, os Estados-Membros receberam autonomia legislativa, para legislar sobre normas de processo, não sendo o tratamento do direito ao silêncio uniforme – v.g. os Códigos dos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e do Distrito Federal adotaram posicionamento no sentido de que o silêncio do acusado poderia ser interpretado em seu desfavor.<sup>46</sup> As Constituições de 1934 e 1937 restauraram a unidade processual, centralizando na União a capacidade para legislar sobre direito penal e processual penal<sup>47</sup>.

Com efeito, a unificação legislativa sucedeu com o diploma processual penal de 1941, elaborado sob a égide do ideário positivista, com enfoque na preponderância dos interesses repressivos do Estado sobre os interesses individuais. Através do Código Penal de 1941, o interrogatório do acusado perde sua característica de meio de defesa para tornar-se meio de prova, nos termos de sua Exposição de Motivos<sup>48</sup>:

Outra inovação em matéria de prova diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o princípio de que *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se, uma franca oportunidade de obtenção de prova. É facultado ao juiz formular ao acusado as quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e se é certo que o silêncio do réu não importará confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, à forma do convencimento do juiz.

Com o advento da Constituição Federal democrática de 1988 e a previsão de direitos e garantias fundamentais limitadores do Poder Estatal, passou a ser assegurado, frente à disposição constitucional do art. 5.º, inciso LXIII, de que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 94-95.

<sup>47</sup> SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Interrogatório*. São Paulo. Revista dos Tribunais. v. 795. p. 729. jan./2002. p. 04.

<sup>48</sup> *Ibidem*. p.110.

<sup>49</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Direito ao silêncio do interrogatório*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, rev. dos tribunais, 1994. v.6, p.133-147. p. 2-3.

### 3.2 O direito a não autoincriminação na esfera constitucional – um direito fundamental

Nos termos do art. 5.º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988, o direito ao silêncio constitui expressão do princípio da não autoincriminação, o qual autoriza o acusado a não produzir provas contra si. Antes da cláusula constitucional expressa, era tomado como princípio constitucional implícito, derivado dos princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e do sistema acusatório<sup>50</sup>.

Sobre o tema em lume, destaca-se:

[...] o direito à informação da faculdade de manter-se em silêncio ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia e que, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso, dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como as provas dele derivadas[...].<sup>51</sup>

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam tratar-se de verdadeiro direito fundamental, não sendo autorizado pela via legislativa ou pela interpretação restringir a sua aplicabilidade. Ainda assim, tendo o acusado optado por intervir ativamente no processo, destacam os autores que o regresso à opção pelo silêncio não mais pode ser considerada<sup>52</sup>.

Entende-se por direitos fundamentais os direitos humanos positivados, em especial nas Constituições dos Estados. Nestes termos, especifica Canotilho que, enquanto os direitos humanos são aqueles “válidos para todos os povos e em todos os tempos”, os direitos fundamentais são “os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”.<sup>53</sup>

O movimento de constitucionalização dos direitos fundamentais, operado a partir do século XIX representou, desta forma, maneira de assegurar sua observância e garantir sua permanência no ordenamento jurídico.<sup>54</sup> Entende-se, portanto, que são direitos estimados pelo ordenamento jurídico, que espelham o conjunto de princípios norteadores de uma sociedade, legitimando o seu sistema jurídico. Sendo assim, é possível afirmar que se destinam,

---

<sup>50</sup> MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 718-719.

<sup>51</sup> *Ibidem*. p. 720.

<sup>52</sup> *Ibidem*. p. 722-723.

<sup>53</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 3 ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 369 *apud* 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. p. 70.

<sup>54</sup> *Ibidem*. p. 71.



essencialmente, ao resguardo da dignidade humana, nas relações em sociedade e frente ao Estado.<sup>55</sup> Francesco Palazzo<sup>56</sup> explica com propriedade:

A influência dos “valores constitucionais” no sistema penal exercitam-se no campo das relações entre política e direito penal: relações, a um só tempo, estreitíssimas e, potencialmente, conflituosas. Relações estreitíssimas, porque o direito penal é, por natureza, instrumento privilegiado de política e de utilidade social, tornando-se, por isso, um tema político por excelência, como se dá no eterno conflito entre o indivíduo e a autoridade estatal representativa da comunidade. Se, de um lado, a ação delituosa constitui, de fato, ao menos como regra, o mais grave ataque que o indivíduo desfere contra os bens sociais máximos tutelados pelo Estado, por outro lado, a sanção criminal, também por natureza, dá corpo à mais aguda e penetrante intervenção do Estado na esfera individual. [...].

Enquanto direito fundamental, o princípio *nemo tenetur se detegere* é garantia do acusado no processo penal que tutela a liberdade do indivíduo frente ao Estado. Nele o indivíduo está resguardado da coação física e moral, passíveis de serem empregadas de forma a forçar a cooperação do acusado na apuração do delito. Discorre sobre o princípio Maria Elizabeth Queijo<sup>57</sup>:

Deve-se salientar, porém, que, embora o *nemo tenetur se detegere* esteja encartado entre os direitos de primeira geração, nos quais a ênfase é o resguardo do indivíduo diante do Estado, não se pode deixar de ressaltar a ótica do interesse público em sua tutela. Isto porque, como adiante se observará, o *nemo tenetur se detegere* se insere no direito à defesa e na cláusula do devido processo legal. Por via de consequência, repercute na própria legitimação da jurisdição. Nesse sentido, não é apenas o direito daquele indivíduo que está sendo investigado ou processado, especificamente, mas é de interesse público, para o exercício correto e adequado da jurisdição.

O direito a não autoincriminação do acusado pode ser visto ainda como uma extensão do direito fundamental à intimidade, de que são titulares os todos os cidadãos.<sup>58</sup> O reconhecimento do silêncio, *lato sensu*, do acusado, é uma garantia de sua liberdade moral, passo fundamental consagrado na Constituição Federal de 1988. Sobre o tema, explica Mariângela Gama de Magalhães Gomes<sup>59</sup>:

Em 1988, porém, um importante passo foi dado no sentido de incorporar ao direito ao silêncio um *status* de garantia de todos os cidadãos. A Constituição Federal [...], então, ao instituir entre nós um Estado Democrático de Direito, norteado por valores

---

<sup>55</sup> Ibidem. p. 74-75.

<sup>56</sup> PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 16-17.

<sup>57</sup> 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. p. 78.

<sup>58</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O direito ao silêncio na prisão em flagrante*. Revista dos Tribunais. v. 836. p. 399. jun. 2005. p. 01.

<sup>59</sup> Ibidem. p. 02.

superiores como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade, trouxe, inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais a consagração do direito ao silêncio. [...].

Paulo Mário Canabarro Trois Neto indica, ainda, que o enunciado normativo contido no art. 5.º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988, ao se referir ao direito de “permanecer calado” não autoriza uma concepção restritiva. Ao contrário, autoriza uma garantia ampla de uma das manifestações do direito a não autoincriminação, que compreende a informação pelo Estado de todos os direitos para os quais e exige uma manifestação ou opção do preso. Igualmente salienta-se que, ainda que o enunciado preveja a garantia do silêncio ao preso, as demais normas constitucionais autorizam o emprego desta garantia também às pessoas livres<sup>60</sup>.

João Claudio Couceiro, seguindo diferente linha de raciocínio, lembra que os direitos fundamentais, ainda que dotados de características especiais – v.g. possuem grau superior na ordem jurídica; somente podem ser alterados por meio de procedimento especial; constituem, outrora, limites à revisão constitucional; como normas de vinculatividade imediata constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais – não são absolutos ou ilimitados. A cláusula que protege o direito ao silêncio, nessa senda, constituiria norma de eficácia contida, não impedindo o legislador ordinário de autorizar o juiz criminal a interpretar livremente o uso de tal direito pelo acusado, não com exclusividade, mas no conjunto das demais provas produzidas<sup>61</sup>.

#### 4. O princípio e o direito comparado

##### 4.1 O princípio no ordenamento jurídico alemão

O *nemo tenetur se detegere* não encontra base constitucional específica na Lei Fundamental alemã. Entretanto, entende-se por ela compreendido através da disposição do art. 2.º, I, no qual estão resguardados os direitos de liberdade<sup>62</sup>, em especial, ao livre

---

<sup>60</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 103-104.

<sup>61</sup> COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 163 e 178-179.

<sup>62</sup> Artigo 2.º [Direitos de liberdade]

desenvolvimento da personalidade, o qual é o primordial direito de defesa do cidadão perante o Estado. A Lei Fundamental igualmente instituiu a proteção à dignidade da pessoa humana como o seu mais alto valor, devendo esta permear todas as demais normas que a compõem. Theodomiro Dias Neto, nesse sentido, destaca que “em síntese, o direito ao silêncio é expressão da proibição contra a auto-incriminação, constitui um direito de personalidade, que por possuir a dignidade humana em seu núcleo, não está à disposição do legislador”. No plano internacional, o direito ao silêncio encontra-se positivado no art. 14, inciso III, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pela Alemanha em 17 de dezembro de 1973<sup>63</sup>.

O penalmente imputado, na égide no sistema processual penal alemão<sup>64</sup>, ocupa, conforme o autor retromencionado, uma dupla posição – sujeito portador de direitos de participação ativa e objeto, meio de prova. Entretanto, não se encontra desprotegido pelo ordenamento jurídico, porque admissível o seu silêncio, bem como resguardado o seu direito de liberdade da coerção estatal, devendo esta última ser operada em observância ao princípio da proporcionalidade e à proteção de sua dignidade.

O acusado no direito processual penal alemão está sujeito ao interrogatório em todas as fases procedimentais, devendo primeiramente ser cientificado do fato que lhe é imputado, sendo, ato contínuo, interrogado acerca de sua pessoa. O juiz deverá adverti-lo quanto ao direito ao silêncio, bem como de sua possibilidade de consultar um advogado. Embora se entenda, conforme ressalta Maria Elizabeth Queijo, que o acusado não possua um dever de dizer a verdade, a jurisprudência já admitiu a agravação da pena em função da mentira – ao

---

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.

ALEMANHA. Constituição (1949). *Lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 06 de maio de 2016.

<sup>63</sup> DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. São Paulo. Doutrinas Essenciais Processo Penal. Revista dos Tribunais, jun, 2012. n.01.p. 921. p. 06.

<sup>64</sup> De acordo com Roxin, o direito processual penal alemão teve suas origens no ano de 1877, mas tem vindo a ser sucessivamente adaptado à atualidade através de mais de 150 leis de alteração. Permanece a estrutura base do processo: trata-se de “um processo acusatório mitigado pelo princípio da investigação”. Ou seja: “o tribunal só poderá atuar por via de uma acusação, que, em regra, é deduzida pelo Ministério Público. O Ministério Público é uma autoridade autônoma, que deve investigar os fatos de forma imparcial e, na existência de indícios suficientes, deduzir uma acusação contra o arguido. Após esta acusação, a tutela do processo passa para o tribunal, que averigua os fatos [sob sua própria responsabilidade], valora as provas e leva a cabo todas as inquirições. Este tipo de processo situa-se entre o antigo inquisitório – em que o tribunal também conduzia o inquérito e tomava para si a função do Ministério Público – e um puro processo de partes, em que acusação e defesa dominam o processo principal, apresentam o material probatório e levam a cabo as inquirições, frequentemente sob a forma de interrogatório cruzado”.

VALE, Ionilton Pereira do. *O direito ao silêncio no interrogatório no direito processual penal pátrio e comparado*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.929, p. 419-458, mar. 2013. p. 3.

contrário do sustentado pela doutrina<sup>65</sup>. Igualmente, possui o acusado um dever de comparecimento ao ato de interrogatório, sendo autorizada a sua condução coercitiva para tanto, a ser determinada pelo juiz ou pelo representante do Ministério Público – sujeita a controle jurisdicional na última situação<sup>66</sup>.

Paulo Mário Canabarro Trois Neto, por sua vez, ensina que ao acusado é resguardado o direito de não responder às perguntas da autoridade, sendo vedados certos métodos de interrogatório. A confissão obtida mediante influência corporal ou psíquica, bem como a coação ilegítima segundo o ordenamento ou outra medida que afete a capacidade de memória e compreensão não é admitida. Prevalece o entendimento de que somente o silêncio parcial – quando não são respondidas perguntas específicas – do acusado é passível de valoração, enquanto seu silêncio total não permite qualquer interpretação.

Por fim, destaca-se que o acusado é obrigado a fornecer informações pessoais para fins de identificação – sua recusa é punível com pena de multa nos termos da Lei de Contravenção à Ordem Administrativa. Parte da doutrina se manifesta em sentido contrário, por entender que a identificação do acusado pode equivaler à confissão, nos casos em que é conhecido e admite sua identidade<sup>67</sup>.

#### 4.2 O princípio no ordenamento jurídico inglês

Discorremos no primeiro capítulo deste artigo o modo como o *nemo tenetur se detegere* se desenvolveu no direito inglês, ao qual deve a sua força. Nestes momentos finais, buscamos traçar uma linha do tempo entre a partir do século XIX, chegando até os dias atuais.

Em 1836 com o *Prisoner's Counsel Act* tornou-se possível a defesa técnica do acusado, por advogado que poderia dirigir-se ao júri. Através do *Jervis Act* de 1848, foi conferido ao acusado o direito de ser advertido quanto à possibilidade de silenciar no *pretrial*, momento do procedimento que, como outrora destacamos era decisivo no julgamento final. Foi o fim do *Marian Committal Statute*, aplicável ao *pretrial*. Pode-se dizer, portanto, que a consolidação e a efetividade do *privilege against self-incrimination* deriva da interpretação analógica da *confession rule* e do *witness privilege*. A pacificação dos limites entre a

---

<sup>65</sup> 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. p. 182-183.

<sup>66</sup> Ibidem. p. 185.

<sup>67</sup> DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. São Paulo. Doutrinas Essenciais Processo Penal. Revista dos Tribunais, jun, 2012. n.01.p. 921. p. 11.

*confession rule* e o *witness privilege* ocorreria com o caso *Garbett*<sup>68</sup> em 1847. Finalmente, o *Criminal Evidence Act* pacificaria o direito ao silêncio do acusado ao prever que a pessoa acusada não poderia prestar testemunho, salvo em seu próprio benefício<sup>69</sup>.

Com efeito, na atualidade, a Câmara dos Lordes reconhece o direito ao silêncio do acusado. Entretanto, não há dever por parte da polícia em informar ao acusado quanto ao direito ao silêncio. Suas garantias limitam-se ao direito de informar alguém, obter assistência de defensor técnico, bem como consultar o *Codes of Practice*<sup>70</sup>.

Uma série de questionamentos são postos, entretanto, quando analisamos a publicação do *Criminal Justice and Public Order Act*, o qual, de acordo com Maria Elizabeth Queijo, vem sendo bastante questionado perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, em especial porque, ainda que o referido *Act* não tenha abolido o direito ao silêncio, dele se infere a possibilidade de interpretar o silêncio do acusado em seu desfavor. A autora destaca que antes do *Act*, os órgãos policiais intentaram a abolição do direito ao silêncio, porque favoreceria criminosos profissionais<sup>71</sup>. Ainda assim, destaca Ashworth que é na polícia que os suspeitos sentem o peso da intimidação, porque se cria um ambiente propício à renúncia de direitos<sup>72</sup>.

O *Act* de 1994 estabeleceu em sua seção n.º 35 a possibilidade de se fazerem inferências a partir do silêncio do acusado. Outras seções também limitam o direito de silenciar: i) a seção n.º 34 prevê a possibilidade de interpretar em desfavor do acusado o seu silêncio em relação a fato ou circunstância importante para sua defesa, devendo ter sido ele advertido a esse respeito; ii) a seção n.º 36 permite a valoração negativa no tocante ao silêncio sobre questões referentes à objetos ou substâncias que estavam em poder do acusado, bem como a sobre sua presença no local em que foi preso; iii) a seção n.º 37, por fim, permite seja

---

<sup>68</sup> Maria Elizabeth Queijo escreve sobre o caso *Garbett*:

Destaque-se que *Garbett* envolvia caso de testemunho, em processo anterior, como prova contra o depoente, que se tornara acusado. No feito anterior, a pessoa havia respondido a algumas questões e deixado de responder a outras, sob o argumento do *witness privilege*. Ocorre que, se a testemunha começasse a responder a algumas perguntas, deveria fazê-lo com todas as demais. A defesa tentou trazer para o caso a aplicação da *confession rule*, dizendo que o juramento havia funcionado como compulsão. A acusação sustentou a estreita leitura da *confession rule*. A Corte decidiu que o testemunho não era admissível como prova contra ela se algumas perguntas não foram respondidas. Também concluiu que o *witness privilege* tinha os mesmos atributos de exclusão da *confession rule*. Ao que parece, a decisão da Corte aplicou o remédio da exclusão, em caso de *witness privilege*, porque foi violado o direito ao silêncio.

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. p. 48 (rodapé).

<sup>69</sup> *Ibidem*. p. 46-48.

<sup>70</sup> *Ibidem*. p. 223-224.

<sup>71</sup> *Ibidem*. p. 224-225.

<sup>72</sup> ASHWORTH, Andrew. *The criminal process, an evaluative study*. 2 ed. Oxford: Oxford University, 1998. p. 103 *apud* QUEIJO, Maria Elizabeth. *Op. cit.* p. 225.

valorado o silêncio do acusado quando deixar de responder perguntas atinentes à sua presença no lugar e tempo em que ocorreu o crime<sup>73</sup>.

Problemas surgem quando submetidas as disposições do *Act* perante a Corte Europeia de Direitos Humanos. Com efeito, o direito ao silêncio do acusado é entendido como garantia fundamental do *fair procedure*, conforme interpretação do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Alguns casos destacam-se em sua apreciação da matéria:

i) Em *Murray v. United Kingdom* entendeu a Corte não ser possível a admissão como meio de prova de uma confissão realizada em circunstâncias intimidatórias, nas quais o investigado teve negado o acesso a advogado. Na ocasião, foram feitas inferências a partir do silêncio do acusado, resultando em sua condenação. Neste mesmo sentido também se deu a apreciação do caso *Magee v. United Kingdom*<sup>74</sup>.

ii) No caso *Saunders v. United Kingdom*, a Corte concluiu que há limitação ao silêncio do acusado quando um diploma legal prevê a obrigatoriedade de testemunhar frente à imposição de sanção. A evidência obtida por meio de compulsão não pode ter peso significativo na aferição da culpabilidade de um acusado<sup>75</sup>.

iii) Por fim, no caso *Beckles v. United Kingdom*, assentou a Corte que pode o magistrado deixar o júri fazer inferências a partir do silêncio do acusado. Entretanto, deve este magistrado, primeiramente, demonstrar todas as etapas anteriores do procedimento que possam levar à conclusão de que o silêncio do acusado é genuíno, e destituído de admissão de culpa<sup>76</sup>.

Dos casos analisados percebe-se haver um descompasso entre a legislação pertencente ao Sistema Europeu de Direitos Humanos e as disposições internas do Reino Unido. Maria Elizabeth Queijo destaca, ainda assim, que na doutrina inglesa, os direitos humanos tiveram “incremento de seu significado no processo penal”<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Ibidem. p. 225-226.

<sup>74</sup> VITKAUSKAS, Dovyidas; DIKOV, Grigory. *Protecting the right to a fair trial under de European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe, 2012. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/hb12\\_fairtrial\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/hb12_fairtrial_en.pdf)>. Acesso em 11 de maio de 2016. p. 66-68.

<sup>75</sup> Ibidem. p. 62.

<sup>76</sup> Ibidem. p. 65-66.

<sup>77</sup> 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. p. 230-231.

### 4.3 O princípio no ordenamento jurídico norte-americano

O *privilege against self-incrimination* está consolidado no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América através da 5.<sup>a</sup> Emenda Constitucional, a qual preleciona que *no person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*. Com efeito, trata-se de proteção extensa, abrangendo: i) acusados; ii) testemunhas; iii) os submetidos à persecução penal; iv) os que potencialmente possam tornar-se acusados. São registrados casos julgados pela Suprema Corte datados de 1884, dentre os quais *Hopt v. Utah*, nos quais se afastou a confissão obtida mediante promessa de recompensa, mediante a aplicação da 5.<sup>a</sup> Emenda<sup>78</sup>.

O silêncio do acusado engloba a renúncia às perguntas, bem como também o direito de não testemunhar em seu próprio julgamento, não sendo admitida a imposição de penalidades em razão do exercício deste direito – como restou decidido pela Suprema Corte em *Griffin v. California*. Também possui o acusado o direito de que o julgador informe o júri de que o silêncio do acusado não deve influenciar em sua decisão sobre o caso v.g. como no caso *Carter v. Kentucky*<sup>79</sup>.

Maria Elizabeth Queijo destaca que, no início do século XX, a Suprema Corte não aplicava a 5.<sup>a</sup> Emenda aos Estados-Membros, porque não poderia prescrever regras sobre provas para os Estados. Foi com o julgamento do caso *Malloy v. Hogan* em 1963, que a Suprema Corte estabeleceu a aplicabilidade da referida emenda aos Estados<sup>80</sup>.

Theodomiro Dias Neto explica que mereceu especial atenção pela Suprema Corte americana a disciplina do interrogatório policial, pendendo dois questionamentos: i) qual o papel da confissão na elucidação da verdade; e ii) qual o papel da polícia no interrogatório. A Corte passaria, a partir dos anos 30, a buscar a solução para os questionamentos através do teste de voluntariedade (*voluntariness test*), o qual preconiza que, analisando todas as circunstâncias que envolveram a confissão se possa demonstrar ter ela sido feita a partir de uma determinação voluntária do acusado. Para tanto o interrogatório deve ter sido realizado

---

<sup>78</sup> Ibidem. p. 208-209.

<sup>79</sup> DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. São Paulo. Doutrinas Essenciais Processo Penal. Revista dos Tribunais, jun, 2012. n.01.p. 921. p. 12.

<sup>80</sup> 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. p. 209.

em conformidade com o *due process of law*. Alguns casos são bastante ilustrativos nesse sentido<sup>81</sup>:

i) em *Bram v. United States*, a Suprema Corte atestou a involuntariedade de uma confissão realizada mediante promessas. A Corte também definiu ser inadmissível a confissão mediante influência indevida, envolvendo artimanhas ou engano por parte da polícia<sup>82</sup>.

ii) em *Roger v. Richmond*, decidiu-se pela inadmissibilidade de confissão obtida mediante a ameaça de perda de benefícios previdenciários e da guarda dos filhos. Os agentes policiais comprometeram-se, no caso em análise, a interceder em favor da acusada, caso ela confessasse<sup>83</sup>.

Até os anos 60, entretanto, a voluntariedade ou não da confissão seria apurada através da análise das *surrounding circumstances*, para avaliação da existência de uma conduta abusiva por parte da polícia. Para estes fins, avalia-se não somente o agir policial, mas também as vulnerabilidades do próprio investigado. Em razão da amplitude do conceito de totalidade das circunstâncias que guiava o teste de voluntariedade, passou a Corte a buscar meios mais precisos de decidir sobre a aplicabilidade do princípio caso a caso – daí a importância da decisão em *Escobedo v. Illinois*<sup>84</sup>, na qual foi invalidada uma confissão obtida em violação ao direito de assistência por defensor<sup>85</sup>.

No ano de 1965, o caso *Griffin v. California* deixaria assentado que os comentários feitos pelo juiz ou pelo acusador sobre a recusa do acusado em realizar o juramento violariam a 5ª Emenda Constitucional. No mesmo sentido, entendeu-se que qualquer comentário pela Corte ou pelo acusado acerca do silêncio do mesmo ofenderia o *privilege against self-*

---

<sup>81</sup> DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. São Paulo. Doutrinas Essenciais Processo Penal. Revista dos Tribunais, jun, 2012. n.01.p. 921. p. 12-13.

<sup>82</sup> Ibidem. p. 13.

<sup>83</sup> Ibidem. p. 13.

<sup>84</sup> Sobre o caso, complementa Maria Elizabeth Queijo:

Em *Escobedo v. Illinois*, em 1964, decidiu-se que vícios na fase de interrogatório, anterior ao indiciamento, afetavam todo o julgamento. No caso, o suspeito havia requerido a presença de advogado, o que foi recusado. Além disso, o suspeito não foi advertido quanto ao direito ao silêncio. Contudo, o significado de *Escobedo* foi restringido posteriormente: não seria aplicável a conclusão de *Escobedo* quando o acusado estivesse sob custódia e enquanto o caso estivesse sob investigação; não era aplicável também quando o acusado não estivesse sob custódia; não havia o reconhecimento de direito a consultar advogado, mas só tinha aplicação quando o acusado tivesse requerido claramente a presença do advogado. Além disso, seria inaplicável quando a polícia advertisse o acusado do direito ao silêncio.

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. p. 211.

<sup>85</sup> DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. São Paulo. Doutrinas Essenciais Processo Penal. Revista dos Tribunais, jun, 2012. n.01.p. 921. p. 13.



*incrimination*, entretanto, não estão abarcadas pela proteção do *privilege* expressões indicativas de que o caso não foi refutado ou contraditado<sup>86</sup>.

Foi com o julgamento de *Miranda v. Arizona* que a Suprema Corte americana estabeleceu uma série de regras a serem obedecidas por ocasião do interrogatório policial. A partir de então a Corte destacou como base para o teste de voluntariedade a 5ª Emenda Constitucional, e não mais a 14ª Emenda (*due process clause*)<sup>87</sup>.

O caso *Miranda* versou sobre um interrogatório realizado pela polícia com Ernesto A. Miranda, em uma sala especial, no qual foi obtida confissão na qual o suspeito admitiu ter sequestrado e estuprado uma jovem de 18 (dezoito) anos. A Corte levou em consideração a natureza do interrogatório em sede policial, a qual é naturalmente coercitiva. Em sua opinião, o *Chief Justice* Earl Warren justificou que algumas precauções eram necessárias para assegurar que a confissão feita em sede policial fosse produto de inequívoca vontade do suspeito. Para o julgador, o interrogatório policial possui uma atmosfera capaz de pressionar o indivíduo, enfraquecendo-o e à sua liberdade pessoal. Foi considerado também o extenso tempo pelo qual Miranda foi interrogado – aproximadamente duas horas. O julgador também destacou que o *privilege against self-incrimination* ganha especial relevo quando se trata da esfera policial, porque é dever do Estado buscar os meios probatórios por seu próprio esforço, ao invés de centrar-se em obter confissão do acusado<sup>88</sup>.

Da decisão em *Miranda v. Arizona* surge um conjunto de regras a serem adotadas no interrogatório policial. Todas buscam, como principal meta, a efetividade da proteção pelo *privilege against self-incrimination*, conforme listamos: i) as regras serão aplicadas ao indivíduo preso ou que esteja com sua liberdade cerceada de modo significativo; ii) o acusado deve ser informado do direito ao silêncio antes de qualquer questionamento; iii) o acusado deve ser alertado de que aquilo que disser poderá ser usado em seu desfavor; iv) o acusado deve ser informado de que possui direito à assistência de advogado, o qual poderá assisti-lo durante o interrogatório inclusive; v) o acusado deve ser informado de que, não possuindo condições financeiras, poderá ser-lhe indicado um advogado; vi) o *privilege* pode ser invocado em qualquer fase do procedimento, até mesmo antes do interrogatório; vii) sendo recusada a assistência de advogado bem como a proteção do *privilege*, é preciso demonstração clara, não havendo espaço para presunção; viii) as declarações obtidas em

---

<sup>86</sup> 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. p. 211-212.

<sup>87</sup> DIAS NETO, Theodomiro. *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. São Paulo. Doutrinas Essenciais Processo Penal. Revista dos Tribunais, jun, 2012. n.01.p. 921. p. 13.

<sup>88</sup> LIVELY, Donald E. *Landmark Supreme Court Cases: a reference guide*. Westport: Greenwood Press, 1999. p. 292-296

violação a essas regras não serão admissíveis como provas; ix) o exercício do *privilege* não será passível de penalização de qualquer espécie, e a acusação não poderá empregar o seu silêncio como argumento. Podemos afirmar, nesse sentido, que *Miranda v. Arizona* é o *leading case* em matéria de efetividade das garantias inerentes ao *privilege against self-incrimination*<sup>89</sup>.

Deve ser ressaltado que as *Miranda Rules* são passíveis de utilização quando do interrogatório sob custódia. Frente à dificuldade para estabelecer o momento em que o indivíduo se encontra custodiado, é necessário que sejam avaliadas as circunstâncias que envolveram aquele interrogatório, como a existência de restrições físicas ao acusado, o local de sua realização bem como, também, o tempo de sua realização<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> 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. p. 212-213.

<sup>90</sup> *Ibidem*. p. 214.

## 5. Considerações finais

Após a pesquisa realizada, podemos tecer as considerações finais para, de certa forma, sintetizar o espírito do trabalho realizado. Aqui destacamos também que, tendo à disposição um número reduzido de laudas, não foi possível explorar com total abrangência a vasta bibliografia pesquisada. Isso posto, elencamos as principais conclusões em tópicos, para melhor compreensão:

1. O direito ao silêncio como o conhecemos é oriundo do *Ius Commune* europeu, estando contido em seu popular manual, o *Speculum Iudiciale*. Outros diplomas canonistas asseguravam a proteção ao penalmente imputado, processo que sofreu verdadeiro retrocesso com a realização do IV Concílio de Latrão pela Igreja Católica Apostólica Romana, o qual instauraria o processo inquisitório do medievo. Somente com o advento do Iluminismo temos o retorno do reconhecimento das garantias ao imputado, em se tratando da Europa Continental. Entretanto, é no Direito Inglês que o princípio, através do *privilege against self-incrimination* encontra sua proteção, a qual é uma conquista da defesa técnica, fruto da irresignação com as cortes eclesiásticas de *Star Chamber* e *High Commission*. O direito norte-americano estenderia a proteção dada pelo *privilege* disciplinando-o constitucionalmente em 1791.

2. O princípio ingressa em solo brasileiro ainda no período colonial, com as Ordenações Manuelinas, que possuíam disposição expressa a respeito do silêncio do acusado. A Constituição Imperial de 1824, inspirada pelo liberalismo inglês proscreveria a prática da tortura, mas as Ordenações Filipinas continuariam a vigor em matéria processual penal até 1832, quando editado o Código de Processo Criminal de Primeira Instância que caracterizou o interrogatório como meio de defesa, isentando o acusado de responder às perguntas feitas pela autoridade e prestar juramento. Somente com a Constituição Federal de 1988 é que o princípio receberia *status* de direito fundamental, recebendo disposição expressa.

3. No tocante ao estudo de direito comparado realizado temos que: i) no direito alemão, o direito ao silêncio constitui direito da personalidade, ainda assim, entende-se que o acusado possui função dúplice: sujeito de direito e meio de prova; ii) o direito inglês entende existir a proteção do silêncio do acusado, contudo, não há dever de advertência na esfera policial quanto a essa possibilidade, sendo passível de valoração o seu silêncio, nos termos do *Criminal Justice and Public Order Act*, o qual vem sendo duramente questionado pela Corte Europeia de Direitos Humanos; vi) o direito norte-americano protege o silêncio do acusado desde as suas fundações, sendo bastante amplo o seu espectro, consolidado através de

precedentes da Suprema Corte, em especial *Griffin v. California*, *Escobedo v. Illinois* e o conhecido *Miranda v. Arizona*.

Feitas as seguintes considerações, podemos afirmar que esta pesquisa se encontra ainda em sua fase inicial. É nossa pretensão estender o estudo do tema abordado, aprofundando as modernas consequências do *nemo tenetur se detegere*.

## Referências bibliográficas

- ALEMANHA. Constituição (1949). Lei fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 06 de maio de 2016.
- BECCARIA, Cesare, marquês de. Dos delitos e das penas. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- COUCEIRO, João Claudio. A garantia constitucional do direito ao silêncio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. São Paulo. Doutrinas Essenciais Processo Penal. Revista dos Tribunais, jun, 2012. n.01.p. 921.
- EICHBAUER, Melodie H. *Medieval Inquisitorial Procedure: Procedural Rights and the Question of Due Process in the 13th Century*. History Compass. 2014. v. 12.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O direito ao silêncio na prisão em flagrante. Revista dos Tribunais. v. 836. p. 399. jun. 2005.
- LANGBEIN, John H. The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law. Michigan: Michigan Law Review, mar. 1994. n. 05. v. 92. p. 1047-1085.
- LIVELY, Donald E. Landmark Supreme Court Cases: a reference guide. Westport: Greenwood Press, 1999.
- McINERNEY, Pat. The privilege against self-incrimination from early origins to Judge's Rules: challenging the 'orthodox view'. International Journal of Evidence & Proof, 2014, vol. 18, issue 2, p 101, ISSN 13657127. ISBN 13657127.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de direito constitucional. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Direito ao silencio do interrogatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, rev. dos tribunais, 1994. v.6, p.133-147.
- PALAZZO, Francesco C. Valores constitucionais e direito penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- PITTMAN. R. Carter. The Colonial and Constitutional History of the Privilege against Self-Incrimination in America. Virginia Law Review. mar, 1935. v. 21. n. 07. p. 763-789.
- 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.

RAMOS, João Guarlberto Garcez. Curso de processo penal norte-americano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Interrogatório. São Paulo. Revista dos Tribunais. v. 795. p. 729. jan. /2002.

TINÔCO, André Luiz. Código criminal do Império do Brasil anotado. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *O direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

VALE, Ionilton Pereira do. O direito ao silêncio no interrogatório no direito processual penal pátrio e comparado. Revista dos Tribunais, São Paulo , n.929, p. 419-458, mar. 2013.

VITKAUSKAS, Dovydas; DIKOV, Grigory. Protecting the right to a fair trial under de European Convention on Human Rights. Strasbourg: Council of Europe, 2012. Disponível em: [http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/hb12\\_fairtrial\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/hb12_fairtrial_en.pdf)>>. Acesso em 11 de maio de 2016.

ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Marmora. O direito ao silêncio: Evolução histórica. do Talmud aos pactos e declarações internacionais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Sao Paulo, rev. dos tribunais, jul/set, 2004. n.48, p.133-157.