



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O princípio da não autoincriminação com fundamento no princípio da dignidade humana:
velhos e novos paradigmas

ALESSANDRA GORITO REZENDE

Rio de Janeiro
2016

ALESSANDRA GORITO REZENDE

O princípio da não autoincriminação com fundamento no princípio da dignidade humana: velhos e novos paradigmas

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2016

O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: VELHOS E NOVOS PARADIGMAS

Alessandra Gorito Rezende

Graduada em Direito pela IBMEC. Advogada.

Resumo: O princípio *nemo tenetur detegere* está relacionado ao modelo acusatório, tanto no procedimento administrativo como no judicial, no qual já não se considera o acusado como objeto de prova. O princípio em questão integra as assim chamadas liberdades negativas: por meio dele se assegura esfera de liberdade ao indivíduo, que não deve sofrer vulnerações por parte do Estado. Dessa forma, o Estado não pode compelir o acusado a cooperar na produção das provas; a recusa do acusado não configura crime de desobediência; e não se permite extrair da sua recusa a veracidade da imputação, nem presunção de culpabilidade. Esse é o cenário que inspirou a elaboração deste artigo, um tema jurídico que estará sempre em voga, devido à precariedade da aplicação do direito processual penal e direito penal no Brasil. O artigo tem por escopo abordar a origem histórica do princípio no direito comparado e no direito brasileiro, analisando ainda as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação no direito processual penal. O trabalho também analisa como a jurisprudência tem se manifestado acerca do tema, beneficiando-se, brevemente, do direito comparado.

Palavras-chave: Princípio *Nemo Tenetur Detegere*. Direito Constitucional. Direito Processo Penal. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da não autoincriminação. Direito Comparado. Casos Concretos.

Sumário: Introdução. 1. Origem do Princípio da não autoincriminação no direito comparado e sua origem no direito brasileiro. 2. O princípio da não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Análise do caso concreto da obrigatoriedade do teste do bafômetro sob o viés do princípio da não autoincriminação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema explorado no presente estudo consubstancia-se na análise do princípio da não autoincriminação em seus aspectos históricos, legislativos e nos desafios na aplicação do referido princípio no campo do direito processual penal brasileiro, tanto na esfera administrativa como na esfera judicial.

Nesta seara, o princípio da não autoincriminação não é uma novidade no mundo jurídico, porém sua aplicação é recente no direito brasileiro. O exercício do direito contra a autoincriminação deve ser oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, e não legítima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a *persecutio criminis*, pois o

princípio de não produzir prova contra si, *nemo tenetur se detegere*, é garantia e um direito fundamental para aquele que está sendo acusado.

O direito de não autoincriminação possui variadas dimensões, manifestando-se através do direito ao contraditório e à ampla defesa, pelo direito de permanecer calado e, sobretudo, pelo primado da presunção de inocência. Nesse sentido, uma vez que o acusado no interrogatório tem a seu favor o direito de permanecer calado sem que isto lhe acarrete qualquer prejuízo, tal conduta não pode ser considerada como confissão.

Essa perspectiva sobre a delimitação do princípio da não autoincriminação é apresentada no artigo 5º, inciso, LXVIII, da Constituição Federal, no tocante às garantias fundamentais, e está previsto também no Pacto de São José de Costa Rica, que foi incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto- Lei 678/92 e, mesmo que não fosse ratificado, seria considerado norma supra legal, pois os direitos nele previstos dispõem sobre direitos humanos. Na legislação ordinária, têm previsão no artigo 186 no Código de Processo Penal, que foi modificado pela Lei 10.792 de 1/12/2003, a qual positivou a dita garantia.

Nesse sentido, este trabalho tem por objetivo principal abordar o princípio da não autoincriminação em todos os seus aspectos e no tocante à forma como é aplicado no cenário da sociedade brasileira. Em outras palavras, busca-se discutir como dirimir os conflitos entre direitos fundamentais, cada vez mais comuns na atualidade e, mais importante, busca-se debater um dos maiores desafios enfrentados pelos aplicadores do direito, qual seja, como conseguir efetivá-los.

Como exposto, uma das questões mais tormentosas dessa temática diz respeito à possibilidade, na prática, da aplicação do princípio da não autoincriminação sem mácula alguma para o acusado. Para alcançá-la, deverá o aplicador do direito - seja juiz, promotor, advogado, delegado - rever seus conceitos, retirar os preconceitos e se voltar para a realidade processual penal brasileira.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, e histórica, visando sopesar a viabilidade da proposta em questão.

1. Origem do Princípio da não auto- incriminação no direito comparado e sua origem no direito brasileiro.

Para compreender a evolução histórica do princípio do presente trabalho, se faz necessário conhecer o significado de sua denominação *nemo tenetur se detegere*, que se traduz: ninguém é obrigado a se descobrir. A nomenclatura do princípio pode sofrer diferentes denominações latinas, como por exemplo: *nemo tenetur edere contra se*¹, *nemo tenetur se accusare*², *nemo tenetur se ipsum prodere*³, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*⁴ e *nemo testis contra se ipsum*⁵. E atualmente, no direito anglo- americano, o princípio é expresso pelo *privilege against self- incrimination*.

Pode-se perceber que o referido princípio recebeu diferentes denominações ao longo dos anos, assim como diferentes interpretações, as quais variaram, ao longo do tempo, de acordo com o local (país) em que aplicado.

Para que se possa entender sua finalidade, deve buscar suas origens, bem como as razões de enquadrá-lo nos ordenamentos jurídicos como uma garantia para o acusado.

A autora Maria Elizabeth Queijo⁶ faz uma análise cronológica acerca do princípio do *nemo tenetur se detegere*, a qual examina os vestígios de quando esse surgiu, uma vez que não existe uma concordância sobre quando o princípio surgiu. Assim, a autora remete à época

¹ Limitação de sua aplicação à produção de documentos e outros elementos de relevância probatória para o processo.

² Ninguém é obrigado a se acusar.

³ Nenhuma pessoa pode ser compelida a trair a si mesma em público.

⁴ Ninguém é obrigada a revelar sua própria vergonha.

⁵ Ninguém é obrigada a produzir prova contra si mesmo.

⁶ QUEIJO, Maria Elisabeth. *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. 28-50.

da Antiguidade, na qual traz algumas leis da época como o Código de Hamurabi, que não previa a oitiva formal do acusado, somente em casos excepcionais em que aquele poderia ser ouvido sob juramento, nos casos em que não houvesse outras provas que corroborassem o fundamento da acusação.

Nas leis de Manu⁷, ao contrário, não admitiam que o acusado se calasse ou mentisse, caso fizesse era tido como culpado. No Egito, o acusado tinha direito ao interrogatório, mas eram utilizados métodos de tortura, como uso de rodas e golpes de bastão. E no direito hebreu, admitia-se o interrogatório do acusado sem juramento como regra, e caso o mesmo quisesse provar sua inocência poderia optar por realizar seu interrogatório, sob o juramento.

Nas Civilizações Clássicas⁸, como na Grécia e no direito romano, o entendimento era pela negação da aplicação do princípio, pois no interrogatório aplicava-se tortura, para obtenção da confissão e da delação dos cúmplices.

No processo inquisitório da Idade Média, não havia lugar para o direito ao silêncio do acusado em seu interrogatório. Para o alcance da culpabilidade do acusado, justificava-se o emprego da tortura, como meio de obtenção da confissão daquele. Esta época foi marcada por diversas atrocidades cometidas contra um número incontável de pessoas inocentes que, em razão da prática de tortura empregada, foram obrigadas a confessar crimes dos quais sequer participaram. Dessa forma, para os bárbaros, invasores do Império Romano, não havia lugar para o princípio do *nemo tenetur se detegere*, e então considerava-se, assim como os medievais, que o interrogatório era um objeto de prova e não meio de defesa do acusado.

Somente com advento da Idade Moderna e, após, Contemporânea, com o ápice do Iluminismo, que o princípio *nemo tenetur se detegere* começou a ser aplicado juntamente com o interrogatório do acusado, transmudando-se a imagem do acusado de um mero e exclusivo objeto de prova, para um ser digno de defesa, vez que, então, o homem passou a ser visto

⁷ QUEIJO, op. cit. p. 59

⁸ QUEIJO, ibid., p. 60

como o centro do universo e não como objeto dele. Deste período datam as embrionárias reflexões sobre determinadas garantias e direitos dos homens frente ao poder do Estado, que, mais tarde, iriam recrudescer. Portanto, no Iluminismo, esse princípio ganhou força, pois a nova mentalidade combatia o uso da tortura e o protegia o juramento feito pelo acusado no interrogatório.

Apesar dos rumores de que a construção teórica e aplicação do princípio da não auto incriminação aconteceu na época do Iluminismo, não havia um consenso sobre como o referido princípio deveria ser aplicado e quais direitos ele alcançaria. Beccaria⁹, em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, era contraditório, pois ao mesmo tempo em que defendia a aplicação do princípio, restringia seu alcance, pautando-se na crença de que, caso o acusado recusasse a se pronunciar em seu interrogatório, deveria ser apenado de forma grave por constituir ofensa à justiça.

Em outras legislações¹⁰, como na Rússia e na França, em meados dos anos de 1700 a 1840, o direito ao silêncio era admitido ao acusado durante o seu interrogatório, mas esse direito não era respeitado de forma integral, pois, caso o acusado permanecesse em silêncio, isso poderia ser considerado em seu desfavor no momento de aplicação de sua pena ou de sua condenação, o que tornava inócua tal garantia.

Na Inglaterra, o princípio *nemo tenetur se detegere*, foi reconhecido bem antes do que nos países continentais europeu, assim como na América Latina. O próprio direito brasileiro, recentemente, não faz nem 40 anos, introduziu o princípio do direito à não auto- incriminação, no ordenamento jurídico, que está previsto na Constituição Federal desde 1988 e em 2003 foi inserido no Código de Processo Penal, em seu artigo 186. Na Inglaterra, nas cortes eclesiásticas, no final da Idade Média e na Renascença, foi onde o princípio do *nemo tenetur prodere se ipsum no ius commune*, teve sua origem e a regra que vedava compelir alguém à

⁹ Maria Elizabeth Queijo apud BECCARIA, Cesare, *Dei Delitti e dele pene*, cit., p. 87.

¹⁰ QUEIJO, op. cit. p. 61

autoincriminação foi expressa no mais popular manual processual medieval *do ius commune*, o *Speculum iudiciale*, compilado por William Durantis, em 1296, que previa o princípio *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, que significava que ninguém pode ser compelido a ser testemunha contra si mesmo, porque ninguém está obrigado a revelar sua própria vergonha.

Nessa época, o princípio não era tido como uma garantia fundamental, mas como uma forma de proteção contra as intromissões do Poder Público, assim, no âmbito externo, homens e mulheres tinham o direito a invocar o princípio do *nemo tenetur se detegere* e no âmbito interno, que trata da relação diretamente com Deus, somente com Ele e com mais ninguém, os homens deveriam contar suas faltas.

Entretanto, o princípio somente tinha aplicação quando a prática do crime era desconhecida, logo, caso o crime fosse de conhecimento público, não vigorava o princípio. Além de outras exceções, que não admitiam a aplicação do princípio, como no caso dos crimes de heresia, que tinha como fundamento para a sua não aplicação a gravidade do crime.

Cabe ressaltar, que apesar do direito canônico ser um dos primeiros a apresentar aspectos do princípio do *nemo tenetur se detegere*, sua aplicação era limitada. E foi no século XVI, na Inglaterra, que a invocação do princípio nos julgamentos se tornou mais frequente.

O autor Helmholtz¹¹ aponta que nas cortes de *common law*, na Inglaterra, com o resultado dos advogados de defesa, começou a surgir o princípio *do privilegie against self-incrimination*, mas durante o século XVI, o direito fundamental dos acusados não era de silenciar, mas de ter a oportunidade de falar no processo criminal. Inclusive, porque durante a referida época não era permitida a constituição de advogado, as pessoas realizavam sua própria defesa. A vedação de constituir advogado foi cedendo entre os anos de 1696 até 1837, que contribuiu para que o acusado pudesse silenciar, mas foi decisiva a adoção da defesa

¹¹ Maria Elizabeth Queijo apud HELMHOLTZ, R, H et al., *The privilegie against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: Universidade de Chicago, 1977. p. 1.

técnica, que se iniciou a partir dos anos de 1730, que trazia para o processo elaboração de teses defensivas e testemunhas para depor acerca dos fatos.

É importante mencionar, que o *privilege against self-incrimination* se desenvolveu mais rapidamente nos Estados Unidos, nos anos de 1770, tornando-se um direito constitucional, enquanto na Inglaterra se desenvolveu no século XVIII, quando começou a utilizar a defesa técnica.

Nos Estados Unidos¹², o *privilege against self-incrimination* não foi reconhecido, inicialmente, como um direito autônomo, mas como partes de garantias, mesmo que o direito de ser representado por advogado ainda não tivesse sido consolidado naquele momento, o referido princípio já era utilizado nas autos-defesas.

O *privilege against self-incrimination*¹³, na Inglaterra, no século XIX, tornou-se efetivo, garantindo o direito ao silêncio aos acusados e testemunhas e se desenvolveu com a aplicação de outras regras semelhantes como *witness privilege* e a *confession rule*, além da *disqualification for interest*. Diante da aplicação dessas outras garantias, o *privilege against self-incrimination* começou a ser desenvolver de forma integral, e passou a ser aplicado e usado em sua máxima, respeitando o direito do silêncio do acusado.

O desenvolvimento desse princípio de forma integral nos Estados Unidos começou a ser aplicado pela Suprema Corte, na Pensilvânia, nos anos de 1881, no *leading case* *Horrstaman v. Kaufaman*, em que restou demonstrada a utilização de outras garantias como *witness privilege* e a *confession rule*.

Mais tarde, no século XX, em outro *leading case* famoso sobre o assunto, *Miranda v. Arizona*, a Suprema Corte Americana sublinhou os limites do Estado frente a seus cidadãos, enfatizando que o Estado tem que produzir as provas de forma independente, sem contar com

¹² Maria Elizabeth Queijo apud HELMHOLZ, R, H et al., op.cit. p. 62

¹³Ibid., p. 68.

a colaboração do réu. Ressalta-se que o princípio *privelege against self-incrimination*, até os dias atuais, vem sofrendo modificações em sua utilização pela Suprema Corte, não sendo aplicado de forma uniforme para todos os casos.

Em 1948, nos anos iniciais após o fim da 2ª Guerra Mundial, foi elaborada e assinada pela Comunidade Internacional a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que tem como objetivo principal prevenir e combater quaisquer das situações que ocorreram durante a guerra, para que as atrocidades cometidas não viessem mais a ocorrer. Portanto, a partir da promulgação dessa Declaração, o ser humano passou a ser considerado sujeito de direitos, implicando numa série de direitos e garantias, dentre os quais o princípio da presunção de inocência e não utilização de tortura, mas não foi mencionado o princípio *nemo tenetur se detegere*.

No Pacto de São José da Costa Rica, em 1969, o princípio do *nemo tenetur se detegere* foi incluído no artigo 8º, parágrafo 2º, alínea "g", que diz que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se declarar culpado. O Brasil por ter feito parte desta conferência e ter se comprometido a cumprir os direitos nela previstos, ratificou o tratado, o qual foi incorporado no direito brasileiro pelo Decreto-lei 678/92. Em 1976, entrou em vigor o Pacto internacional sobre Direito Civil e Políticos, que foi abrangido pela Assembleia Geral das Nações Unidas, estabelecendo que todo aquele que for acusado de prática de um crime não é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se confessar culpado, com base no artigo 14, parágrafo 3º, alínea "g", do referido diploma.

2. O princípio da não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do *nemo tenetur se detegere* possui status constitucional, no qual está inserido no artigo 5º, inciso, LXVIII, da Constituição

Federal, no tocante às garantias fundamentais. Como foi mencionado, o Pacto de São José de Costa Rica foi incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto- Lei 678/92 e, mesmo que não fosse ratificado, seria considerado norma supra legal, pois os direitos nele previstos dispõem sobre direitos humanos. Na legislação ordinária, têm previsão no artigo 186 no Código de Processo Penal, que foi modificado pela Lei 10.792 de 1/12/2003, inserindo assim tal garantia.

Os direitos fundamentais ostentam no Direito Contemporâneo uma natureza principiológica. Consequentemente, esses direitos não são absolutos, e encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados na CRFB/88.

De acordo com o autor Pedro Lenza¹⁴, os direitos fundamentais são classificados em gerações de direitos, nas quais são divididas em quatro gerações. Os direitos fundamentais de primeira geração dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de liberdade e proteger o indivíduo das arbitrariedades do Estado. Os direitos fundamentais de segunda geração privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade, marcados após a Primeira Guerra Mundial. Os direitos fundamentais de terceira geração surgem por meio dos novos problemas e preocupações mundiais, tais como a noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para a proteção dos consumidores, positivando com status constitucional os direitos da solidariedade. E por fim, os direitos fundamentais, da quarta geração, que tutelam os direitos da própria existência humana para que haja equilíbrio dos avanços no campo da engenharia genética.

Portanto, o princípio *nemo tenetur detegere* é um direito constitucional fundamental subjetivo que tem como finalidade proteger aqueles que estejam respondendo a uma confissão manipulada, arbitrária, provocada por um determinado processo ou inquérito na esfera

¹⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 225.

criminal, criando um dever-limite ao direito subjetivo de punir do Estado denominado *ius puniendi*, limitando sua atuação e criando o ônus deste provar todas as alegações que estejam sendo feitas ao acusado. Dessa forma, o princípio da igualdade é respeitado tanto no seu âmbito formal quanto no seu âmbito substancial, o qual junto com o princípio da não autoincriminação são princípios que estão inseridos dentro do princípio da ampla defesa.

Nesse sentido, o ilustre Ministro do STF Celso de Mello¹⁵, alude ao princípio *nemo tenetur se detegere*, que “trata-se de “direito público subjetivo revestido de expressiva significação político-jurídica que impõe limites bem definidos à própria atividade persecutória exercida pelo Estado. Essa prerrogativa jurídica, na realidade, institui um círculo de imunidade que confere, tanto ao indiciado quanto ao próprio acusado, proteção efetiva contra a ação eventualmente arbitrária do poder estatal e de seus agentes oficiais”.

A Constituição da República Federativa Brasileira, em seu título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, em seu capítulo I, o qual versa sobre direitos e deveres individuais e coletivos, faz constar como direitos e garantias fundamentais a todos os indivíduos inclusive os estrangeiros não residentes no Brasil, os seguintes direitos e garantias: 1º “da cláusula da ampla defesa (CF, art. 5º, LV)”;

2º “do direito de permanecer calado (CF, art. 5º, LXIII)”;

3º “da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII)” e 4º “do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV)” que tem como base central a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 3º, III, da CF, uma vez que quando essas garantias são devidamente aplicadas e respeitadas, preservado está o núcleo da dignidade humana.

O doutrinador Luiz Flávio Gomes¹⁶, analisa o princípio *nemo tenetur degetre* em seus diversos aspectos, dentre os quais afirma que o princípio da não autoincriminação faz parte da

¹⁵ HAIDAR, Rodrigo. Garantia Constitucional: Justiça cassa decisão que obrigou réu a fazer prova contra si. *Consultor Jurídico*. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2005-jul-27/trf-4_cassa_decisao_manda_reu_prova_si?pagina=5> Acesso em: 11 dez. 2015.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.2008.

autodefesa, pois não existe pena sem comprovação da responsabilidade/culpabilidade do agente (garantia fundamental assegurada na Constituição, artigo 5º LIV) e como consequência não existe comprovação da culpabilidade sem processo, que deverá ser realizado por meio do devido processo legal (outra garantia fundamenta assegurada na Constituição, artigo 5º LV); não existe o devido processo criminal sem garantias.

Conforme exposto por Luiz Flávio Gomes¹⁷, dentre as garantias do devido processo legal criminal está a ampla defesa, na qual deverá ser considerada em duas vertentes, na defesa técnica e na auto- defesa.

Assim, o princípio da não autoincriminação ao mesmo tempo que se apresenta como uma garantia/direito fundamental constitucional autônoma do indivíduo que esteja respondendo ao um processo criminal, também faz parte da ampla defesa outra garantia fundamental constitucional, devendo fazer parte do desdobramento da autodefesa para que essa não seja maculada.

O doutrinador Renato Brasileiro¹⁸ elucida o tema, discorrendo que a defesa técnica processual específica “É aquela exercida por profissional da advocacia, dotada de capacidade postulatória, seja ele advogado constituído, nomeado ou defensor público. Para ser ampla como impõe a constituição federal, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva, não sendo possível que alguém seja processado sem que possua defensor.”

Dessa forma, a defesa técnica possui três desdobramentos, o primeiro deles é a defesa técnica necessária e irrenunciável, que possui previsão constitucional no artigo 5º, LXII e 133, na legislação ordinária nos artigos 261, 564, inciso III, alínea c do CPP e nos enunciados de Súmula de nº 523 e 708 do STF, que garantem ao acusado o direito a ser defendido por

¹⁷ GOMES. op. cit. p. 209-210.

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p.352.

advogado com capacidade postulatória ou por defensor público, constituindo causa de nulidade absoluta em caso de ausência de defesa; o segundo desdobramento é o direito de escolha do defensor, o qual é assegurado ao acusado escolher sua defesa, direito refletido na Constituição em seu artigo 5º, LXII, na legislação ordinária nos artigos XX do CPP e no enunciado de Súmula de nº 708 do STF e no artigo 8º do Pacto de São José de Costa Rica, é um direito inerente de quem está respondendo ao processo criminal, qual seja o de interagir com seu defensor ou advogado, informando os fatos dos quais está sendo acusado, portanto, é imprescindível essa relação de confiança entre o acusado e sua defesa, o que possibilita uma defesa mais completa com análise minucioso dos fatos; por fim o terceiro desdobramento é a defesa técnica e efetiva, a qual também se enquadra nas garantias e artigos mencionados, mas que tem como finalidade principal garantir ao acusado uma defesa plena, atribuindo o dever da defesa de manifestar em todos os atos processuais e estar presente fisicamente nos atos essenciais do processo, como na audiência e nos julgamentos.

A outra vertente é o direito a autodefesa, o qual Renato Brasileiro¹⁹ define em seu livro como:

“É aquela exercida pelo próprio acusado em momentos cruciais do processo. Diferencia-se da defesa técnica porque, embora não possa ser desprezada pelo juiz é renunciável, já que não há como compelir o acusado a exercer seu direito ao interrogatório, nem tampouco acompanhar os atos da instrução processual.”.

Dessa forma, o direito à autodefesa possui três desdobramentos, o primeiro deles é o direito de audiência, que estabelece que deve ser garantido ao acusado apresentar sua versão sobre o fato do qual está sendo processado e é também nesse aspecto que é inserido o direito de não produzir prova contra si mesmo ou caso o acusado decida manter-se em silêncio não lhe ocasionando nenhum prejuízo; o segundo desdobramento é o direito da presença, no qual garante ao acusado o direito de participar de todos os atos processuais referentes ao processo

¹⁹ LIMA. op.cit. p. 355-356

que está respondendo; por fim o último desdobramento é o direito de postular pessoalmente, que permite ao acusado apresentar sua defesa em determinados casos, que não são regras e sim exceções, tais como Habeas Corpus e Apelação, conforme dispõe o artigo 5º, LXVIII da Constituição Federal e o artigo 577, caput do Código de Processo Penal.

Conclui-se que o direito de não autoincriminação, como se vê, integra a autodefesa, sendo parte da garantia constitucional da ampla defesa, que é uma das garantias do devido processo legal.

O direito de não autoincriminação, no qual faz parte do direito à autodefesa no tocante ao direito de audiência também possui várias dimensões, tais como: direito ao silêncio, direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; direito de não declarar contra si mesmo, direito de não confessar, direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica. Inclusive o direito da não autoincriminação consiste no direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo, gerando o direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa, direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e o direito de não ceder seu corpo, total ou parcialmente, para a produção de prova incriminatória.

De acordo com o Ministro do STF Gilmar Mendes²⁰, em sua decisão cautelar em sede de *Habeas Corpus* no caso da CPI na qual figurava como acusado Daniel Dantas “Medida Cautelar em Habeas Corpus 86724-3 – DF”, esse entende que a complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda que se envidem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.

²⁰ HAIDAR, Rodrigo. Garantia Constitucional: Justiça cassa decisão que obrigou réu a fazer prova contra si. *Consultor Jurídico*. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2005-jul-27/trf-4_cassa_decisao_manda_reu_prova_si?pagina=5> Acesso em: 11 dez. 2015.

O direito ao silêncio, que assegura a não produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como se sabe, na sua acepção originária, esse princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). Assim, o princípio do *nemo tenetur degetere* não poderá ser abolido da Constituição e qualquer ato que tenha como finalidade retirar a eficácia de sua aplicação deverá ser declarado como ilegítimo.

3. Análise do caso concreto da obrigatoriedade do teste do bafômetro sob o viés do princípio da não autoincriminação

Além do complexo procedimento a ser enfrentado pelos juristas para saber se o direito de não produzir prova contra si mesmo, é absoluto ou deve ser sopesado, os aplicadores do direito devem enfrentar ainda outro grande problema, que é a forma como se deve efetivar esse direito.

A Constituição Federal do Brasil²¹ é baseada em princípios basilares que tratam dos direitos e garantias do indivíduo. Sendo assim, o sistema foi construído em uma base segundo a qual o indivíduo é presumidamente inocente. Logo sua culpa, deve ser comprovada mediante o devido processo legal.

²¹ GONÇALVES, Baptista Antonio. O bafômetro e a embriaguez no volante: análise constitucional e aspectos penais. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/423/331> Acesso em: 15 dez. 2015

No caso do exame do bafômetro, o motorista não pode ser considerado presumidamente alcoolizado, muito menos fazer prova contra si, segundo o princípio *nemo tenetur se detegere*. Há todo um sistema protetivo nesse sentido no Brasil, com previsão na Constituição, em tratados e na legislação ordinária.

Nesse sentido, Maria Elizabeth Queijo²², diz que em relação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, como anteriormente observado, foi ele expressamente previsto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, diplomas que foram ratificados pelo Brasil e devidamente incorporados, por força dos respectivos decretos legislativos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi ratificada em 1992, e virou realidade jurídica no ordenamento brasileiro pelo Decreto de nº 678/92.

No mesmo sentido, se posiciona Fábio Konder Comparato²³, que afirma que a tendência predominante, hoje, é no sentido de considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições, posteriores a 2ª Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai –se firmando na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito de regras de internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre há mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.

Então, qual será a solução no caso do indivíduo realizar o exame do bafômetro sem assumir a culpa, mas respeitando o princípio da não autoincriminação? Caso fosse obrigatória

²² QUEIJO, op. cit. p. 65.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3d. São Paulo: Saraiva, 2003, p.48-49

a realização do exame, essa garantia e direito fundamental previsto na Constituição não estaria sendo respeitado e sua aplicação restaria esvaziada.

O processualista penal Aury Lopes Jr²⁴, no mesmo sentido aborda que com a superação da coisificação do réu e assunção de seu *status* de sujeito de direito, funda-se o mais sagrado de todos os direitos: o direito de não produzir prova contra si mesmo. Desse verdadeiro princípio, não há a obrigatoriedade na execução do exame por parte do motorista, surgindo importantes vertentes, como direito ao silêncio e a autodefesa negativa.

A doutrina majoritária tem como posição, a não obrigatoriedade do exame do bafômetro. Senão vejamos:

O doutrinador Luiz Flávio Gomes²⁵, é claro ao afirmar que em matéria de prova da embriaguez há, de qualquer modo, uma premissa básica que é o princípio da não autoincriminação, o qual deverá ser observado. No mesmo sentido, fundamentam os doutrinadores Flávia Cristina Piovesan²⁶, Antônio Scarence Fernandes²⁷ e Maurício Antônio Ribeiro Lopes²⁸.

Assim, entre a realização do exame do bafômetro e a aplicação do princípio da não autoincriminação, esse deverá ser aplicado em detrimento da realização do exame, pois trata de direitos e garantias constitucionais previstos no ordenamento jurídico brasileiro e em tratados internacionais, dos quais o Brasil faz parte. Ademais, o artigo 277 do Código Brasileiro de Trânsito possui outras penalidades e medidas administrativas para quem se recusar a realizar o exame do bafômetro e ainda, a autoridade policial poderá utilizar de

²⁴ LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Direito Processual Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 592.

²⁵ GOMES. op. cit. p.2008.

²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3.d. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.254.

²⁷ FERNANDES, Antônio Scarence. *Processo Penal Constitucional*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.303-304.

²⁸ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Crimes de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 223-224.

outros elementos probatórios quando o condutor apresentar suspeita ou sinais claros de embriaguez.

CONCLUSÃO

O princípio da não autoincriminação, longe de se tratar de uma novidade na doutrina jurídica, ganhou relevância, recentemente, no direito brasileiro. A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda que se envidem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.

O direito ao silêncio, que assegura a não produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.

É considerado de suma importância o estudo do princípio do *nemo tenetur se detegere*, no ordenamento jurídico brasileiro sendo fundamental esse princípio para proteção do indivíduo que está sofrendo uma investigação em âmbito administrativo ou judicial.

Ao analisar o princípio do *nemo tenetur se detegere* no Código de Processo Penal deve-se destacar o artigo 260 e artigo 186 do Código Penal brasileiro e observar que o acusado tem o direito de se pronunciar ou não no interrogatório sem que haja qualquer tipo de prejuízo em sua defesa.

Conclui-se que o direito de não produzir prova contra si mesmo é direito público subjetivo, revestido de expressiva significação político-jurídica, que impõe limites bem definidos à própria atividade persecutória exercida pelo Estado. Essa prerrogativa jurídica, na realidade, institui um círculo de imunidade que confere, tanto ao indiciado quanto ao próprio

acusado, proteção efetiva contra a ação eventualmente arbitrária do poder estatal e de seus agentes oficiais.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GONÇALVES, Baptista Antonio. O bafômetro e a embriaguez no volante: análise constitucional e aspectos penais. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/423/331> Acesso em: 15 dez. 2015

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Haidar, Rodrigo. Garantia Constitucional: Justiça cassa decisão que obrigou réu a fazer prova contra si. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jul-27/trf-4_cassa_decisao_manda_reu_prova_si?pagina=5> Acesso em: 11 dez. 2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Niterói. Impetus. 2014.

LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Direito Processual Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Crimes de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

QUEIJO, Maria Elisabeth. *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.

PIOVESAN, Flávia. *Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.