



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A EXCEPCIONAL RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE
DETEGERE*

Caroline Almeida Gellert

Rio de Janeiro
2017

CAROLINE ALMEIDA GELLERT

A EXCEPCIONAL RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE
DETEGERE*

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

Rio de Janeiro
2017

A EXCEPCIONAL RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Caroline Almeida Gellert

Graduada pela Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Penal pela Faculdade Damásio. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – um dos princípios basilares do Direito Processual Penal é o do *nemo tenetur se detegere*, que se divide no direito ao silêncio e à não autoincriminação. Esses direitos são garantidos não apenas pelo ordenamento jurídico nacional, em âmbito constitucional e infraconstitucional, mas também pelo direito internacional, em diversos Tratados e Convenções. Apesar do entendimento praticamente unânime da doutrina nacional ser quanto ao caráter absoluto do referido princípio, no direito internacional admite-se a utilização do silêncio contra o réu quando as evidências clamam por uma explicação por parte deste e ele não a dá. Diante da experiência estrangeira, questiona-se se a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* seria possível no ordenamento jurídico Brasileiro. Assim, a essência do trabalho é analisar o conteúdo desse princípio, bem como a sua aplicação em âmbito internacional e nacional, sustentando-se a impossibilidade da referida relativização.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Direito Penal. Princípios do Direito Processual Penal.

Sumário – Introdução. 1. O direito ao silêncio e a garantia da não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro: seria o sistema hipergarantista? 2. A experiência estrangeira com a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*. 3. A possibilidade de relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se insere na área do Direito Penal e Direito Processual Penal e visa a discutir a respeito da relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*, isso é, do direito ao silêncio e da garantia da não autoincriminação, e se essa seria possível no ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* encontra-se protegido não apenas pela Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) mas também pelo Código de Processo Penal (CPP) e pelo Dec. nº 678/92, que internalizou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). O referido princípio, que se desdobra no direito ao silêncio do réu e na garantia da não autoincriminação, adverte que do exercício do silêncio do réu não pode surgir nenhum prejuízo para esse.

No Brasil, o entendimento de que tal princípio é absoluto é praticamente unânime. No entanto, no direito comparado já é possível observar, em situações excepcionais, a utilização do silêncio do réu contra ele. Nesse sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, considerando que os direitos fundamentais não são absolutos e devem ser ponderados, já entendeu ser possível a utilização do silêncio contra o réu quando as evidências clamam por uma explicação por parte deste e ele não as dá.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos é conhecido por ser um tribunal de garantias, mas, ainda assim, tem admitido a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* em situações excepcionais. Dessa forma, pode-se argumentar que o ordenamento jurídico pátrio é hipergarantista, uma vez que coloca como garantia fundamental e absoluta o direito do réu ao silêncio e a garantia da não autoincriminação.

Observa-se, no entanto, que o hipergarantismo do ordenamento jurídico brasileiro é voltado totalmente para o réu, e não para a sociedade, protegendo de forma exagerada o primeiro. Dessa forma, mostra-se relevante, jurídica e socialmente, uma análise do tema à luz da experiência internacional, bem como a possibilidade de aplicação da relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* no Brasil.

Inicia-se o primeiro capítulo ponderando-se se o ordenamento jurídico brasileiro é hipergarantista e se o fato deste hipergarantismo proteger o réu de uma forma exacerbada é prejudicial à sociedade.

O segundo capítulo destina-se a análise da experiência estrangeira quanto à relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Neste, será feito um breve estudo do caso julgado no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, qual seja o caso *John Murray v. The United Kingdom*.

O terceiro capítulo, por sua vez, será dedicado a refletir e apontar diretrizes quanto à possibilidade de aplicação da experiência internacional de relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* ao ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, aponta-se que a pesquisa terá uma abordagem qualitativa, analisando-se a legislação, a doutrina nacional e a experiência do direito comparado, para sustentar os argumentos que se coadunam com a tese do pesquisador.

1. O DIREITO AO SILÊNCIO E A GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: SERIA O SISTEMA HIPERGARANTISTA?

O ordenamento jurídico pátrio trata expressamente do princípio do *nemo tenetur se detegere* em três diplomas legislativos: no art. 5º, LXIII da CRFB/88¹, no art. 186 do CPP² e no art. 8º, item 2, alínea “g” do Dec. nº 678/92³ (CADH). Esses dispositivos proclamam expressamente o direito ao silêncio do réu, que deve ser observado tanto na fase de investigação do delito quanto no momento do interrogatório do acusado.

O art. 5º, LXIII da CRFB/88⁴ atribui ao silêncio e à vedação à autoincriminação o *status* de direito e garantia fundamentais, visando, em última instância, proteger a esfera de liberdade dos indivíduos. Nesse sentido, conforme leciona Maria Elizabeth Queijo⁵, o princípio ora analisado “objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal” e “repercute na própria legitimação da jurisdição”. Dessa forma, o direito ao silêncio e a vedação à autoincriminação constituem não apenas uma garantia do acusado, mas freios ao poder punitivo do Estado.

O art. 186, *caput* e parágrafo único do CPP⁶, por sua vez, dá tratamento infraconstitucional ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, mais especificamente no interrogatório do acusado, momento no qual o referido princípio tem maior manifestação. Assim, enquanto o *caput* do art. 186 prevê o direito ao silêncio, seu parágrafo único determina que este não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Dessa forma, o dispositivo em análise, ao impedir que o silêncio do réu acarrete em algum ônus para a sua defesa, dá proteção e efetividade à previsão constitucional do art. 5º, LXIII, que, caso contrário, encontrar-se-ia esvaziada.

Por fim, o Dec. nº 678/92⁷ internaliza a previsão internacional quanto à vedação à autoincriminação e o direito ao silêncio da CADH, completando a legislação vigente a respeito do tema.

¹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

² Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

³ Idem. *Decreto nº 678*, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

⁴ Idem, op. cit., nota 1.

⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁷ Idem, op. cit., nota 3.

Feita estas breves considerações a respeito das normas vigentes, ressalta-se que o princípio do *nemo tenetur se detegere* encontra-se indiretamente protegido por diversos outros princípios constitucionais, também considerados direitos fundamentais dos indivíduos. Entre eles pode-se citar os princípios do devido processo legal, a ampla defesa e a presunção de inocência.

O devido processo legal é princípio, previsto pelo art. 5, LIV da CRFB/88⁸, que visa assegurar a observância do processo adequado e necessário para o exercício da jurisdição. Neste sentido, diversas garantias processuais, como o contraditório, a ampla defesa e o *nemo tenetur se detegere*, devem ser observadas. Essa última se configura, também, como um desdobramento da garantia da ampla defesa, inserindo-se em seu aspecto de autodefesa, que permite ao acusado valer-se de todos os meios e recursos que têm disponíveis para se defender da acusação e garantir o seu direito de liberdade. Entre esses meios, encontra-se a possibilidade de ficar calado.

A respeito do direito ao silêncio sob a ótica do princípio da ampla defesa, Maria Elizabeth Queijo⁹ ressalta que “somente com o reconhecimento do direito ao silêncio é que se valorizou, no ordenamento nacional, a autodeterminação e a liberdade moral do acusado, para decidir se colabora ou não na persecução penal, especificamente no momento do interrogatório”. Assim, observa-se que o princípio do *nemo tenetur se detegere*, não apenas garante a observância do devido processo legal e da ampla defesa, mas também confere ao acusado maior dignidade e a possibilidade optar se deseja ou não influir diretamente no processo, legitimando-se o exercício da jurisdição.

O princípio da presunção de inocência, por sua vez, pode ser observado em três dimensões: (i) de tratamento; (ii) de garantia; e (iii) probatória. Na primeira, exige a isonomia entre cidadão processado e não processado, devendo o primeiro ser tratado como inocente enquanto não provada a sua culpabilidade. Na segunda, a inocência funciona como obstáculo à opressão pública ou privada. Por fim, na dimensão probatória, indica que o ônus da prova no processo penal é exclusivo da acusação.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* se encontra inserido nas primeira e terceira dimensões, na medida em que o cidadão processado não pode ter o seu silêncio interpretado negativamente com fins de condenação – pois o mesmo não ocorreria com o cidadão não processado –, e que esse silêncio não pode ser utilizado como prova de sua culpabilidade, pois esta incumbe somente à acusação. Corrobora tal entendimento a lição de Antônio Magalhães

⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁹ QUEIJO, op. cit., p. 75.

Gomes Filho¹⁰, segundo a qual “em obediência ao mencionado princípio [da presunção de inocência], o processo penal deve objetivar a verificação dos fatos imputados ao acusado e não às eventuais escusas que este ofereceu”.

Assim, depreende-se que o ordenamento brasileiro não pode ser considerado hipergarantista ao dar força quase absoluta ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, pois este se configura como um princípio-garantia que integra diversas outras garantias constitucionais fundamentais. Essas, culminam por proteger a dignidade da pessoa humana, fundamento da República. Neste sentido, não se pode dizer que essa proteção do réu é exacerbada e prejudicial à sociedade, que necessita de garantias mínimas em face do Estado-Juiz na persecução penal.

Concluindo-se que o sistema de proteção ao silêncio e à não autoincriminação brasileiro se mostra adequado à proteção do réu e da sociedade, sem que se possa falar em um hipergarantismo exacerbado, impende, agora, a análise de como se deu a experiência estrangeira com a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

2. A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA COM A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Conforme exposto anteriormente, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem admitido, em situações excepcionais, a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*. O caso mais emblemático foi *John Murray v. The United Kingdom*¹¹, julgado pela Grande Câmara do Tribunal em 08 de fevereiro de 1996, cuja a análise se passa a fazer.

No precedente apontado, John Murray e outras sete pessoas foram presos pela polícia em uma casa, com fundamento na Lei de Prevenção de Terrorismo de 1989, sendo acusado de ter praticado conspiração para homicídio e cárcere privado e de pertencer ao grupo terrorista Provisional Irish Republican Army (IRA). No momento da prisão, ele foi advertido sobre o seu direito de permanecer em silêncio, bem como o de mencionar qualquer fato que pudesse favorecer a sua defesa e que, caso deixa-se de fazê-lo, tal omissão poderia ser utilizada para fundamentar outras evidências relevantes perante a corte¹².

¹⁰ GOMES FILHO apud. Ibid., p. 77.

¹¹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, caso *John Murray v. The United Kingdom*, julgado pela Grande Câmara em 08/02/1996, Apelação nº 18371/91. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-2577&filename=MURRAY%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.pdf&logEvent=False>>. Acesso em: 20 set. 2017.

¹² Ibid.

Após a prisão foram realizadas diversas outras entrevistas com o réu, perfazendo um total de 21 horas e 39 minutos de interrogatório em dois dias. Nas oportunidades, as autoridades pediram ao acusado para esclarecer, entre outros pontos, a respeito da sua presença na casa em que foi preso. Ressalta-se que em todas as entrevistas o acusado fora advertido de que da sua recusa em responder às questões poderiam ser extraídas inferências pela corte. Porém, mesmo sabendo que seu silêncio poderia influenciar negativamente, o réu optou por afirmar que não tinha nada a dizer.

No julgamento, o acusado também se recusou a responder as perguntas que lhe eram feitas e a fornecer provas ao juiz singular, tendo sido condenado a oito anos de prisão pelo crime de cárcere privado e absolvido das demais acusações. Na sua fundamentação o magistrado alegou que as demais provas constantes nos autos indicariam a culpabilidade do acusado e que a recusa em fornecer explicação alternativa que pudesse favorecê-lo corroboraria a prova dos autos.

John Murray apelou ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, afirmando, entre outros argumentos não relevantes para o presente trabalho, que a fundamentação da decisão condenatória violou o seu direito ao silêncio e à não autoincriminação previstos no art. 6º, item 2 da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH)¹³. Alegou que a violação do princípio do *nemo tenetur se detegere* teria ocorrido em razão do juízo singular ter determinado e fundamentado a condenação com base no seu silêncio durante o interrogatório em âmbito policial e judicial. O apelante¹⁴ arguiu, também, que o juiz teria invertido o ônus da prova, que caberia à acusação, violando o princípio da presunção de inocência.

O Tribunal Europeu, ao analisar a questão entendeu que, embora o direito ao silêncio e a não autoincriminação, informadores do princípio do *nemo tenetur se detegere*, sejam reconhecidos internacionalmente, no caso em tela não haveria violação do direito ao silêncio do acusado.

Vejam-se trechos relevantes do pronunciamento da Corte¹⁵:

45. Embora não seja especificamente mencionado no artigo 6 (artigo 6º) da Convenção, não há dúvida de que o direito de permanecer em silêncio sob o questionamento da polícia e o privilégio de autoincriminação são geralmente reconhecidos padrões internacionais que são o cerne de a noção de procedimento justo nos termos do artigo 6º (artigo 6º) (ver o acórdão Funke, já referido, loc. cit.). Ao fornecer ao acusado proteção contra a compulsão imprópria pelas autoridades,

¹³ CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. “Art. 6. 2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.” Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 05 set. 2017.

¹⁴ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., parágrafo 41, livre tradução do inglês.

¹⁵ Ibid.

essas imunidades contribuem para evitar abortos espontâneos e para garantir os objetivos do artigo 6 (artigo 6º). (...)

47. Por um lado, é evidente que é incompatível com as imunidades em causa basear uma condenação exclusiva ou principalmente no silêncio do acusado ou na recusa de responder a perguntas ou de provas. Por outro lado, o Tribunal considera igualmente óbvio que essas imunidades não podem nem devem impedir que o silêncio do acusado, em situações que exigem claramente uma explicação dele, seja levado em consideração para avaliar a persuasão das provas aduzidas pela acusação. Onde quer que a linha entre esses dois extremos seja desenhada, segue-se a partir dessa compreensão de "o direito ao silêncio" que a questão de saber se o direito é absoluto deve ser respondida negativamente.

Não se pode dizer, portanto, que a decisão de um acusado de permanecer em silêncio durante os processos criminais não deve, necessariamente, ter implicações quando o tribunal de julgamento pretende avaliar as provas contra ele. (...)

Se o desenho de inferências adversas do silêncio de um acusado viola o artigo 6 (artigo 6º) é uma questão a ser determinada à luz de todas as circunstâncias do caso, tendo especialmente em conta as situações em que podem ser deduzidas, o peso em anexo a eles pelos tribunais nacionais na avaliação das provas e no grau de compulsão inerente à situação. (...)

51. (...) A questão em cada caso particular é se a evidência apresentada pela acusação é suficientemente forte para exigir uma resposta. O órgão jurisdicional de reenvio não pode concluir que o acusado é culpado apenas porque ele escolhe manter silêncio. É somente se a evidência contra o acusado "chama" uma explicação de que o acusado deve estar em condições de dar uma falha em dar qualquer explicação ", pode, como uma questão de bom senso, permitir o desenho de uma inferência de que existe nenhuma explicação e que o acusado é culpado ". Por outro lado, se o caso apresentado pela promotoria tivesse tão pouco valor probatório que não pedia resposta, a falta de fornecer um não poderia justificar uma inferência de culpa (ibid.). [...]

Ao analisar tal julgado, a corrente doutrinária¹⁶ que entende ser possível a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*, aponta que o entendimento do Tribunal Europeu é no sentido de que o referido princípio não salvaguarda direito absoluto e não pode ser aplicado para impedir que o silêncio do réu seja utilizado contra ele quando as evidências clamam por uma explicação e esse não as dá. Nesse sentido, Deltan Dallagnol¹⁷ aponta que a valoração da ausência de uma explicação permitida pelo Tribunal Europeu na hipótese do caso *John Murray v. The United Kingdom* é similar à valoração que se faz de uma explicação inverossímil ou falsa.

No mesmo sentido de Deltan Dallagnol entende Mendonça¹⁸, que aponta decisões internacionais similares à ora analisada para sustentar que a falta de explicação do réu acrescida da existência de outras provas indiciárias pode ensejar em uma sentença condenatória. O autor¹⁹ entende que, quando há provas que indicam a culpabilidade do réu,

¹⁶ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 301.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ MENDONÇA, apud DALLAGNOL, op. cit., p. 304.

¹⁹ Ibid.

esse deve apresentar contraindícios e que o seu silêncio deve ser entendido como falha em se desincumbir de tal ônus.

Há que se discordar da interpretação realizada pelos referidos autores. Embora o caso ora analisado seja utilizado como paradigma na defesa da relativização do direito ao silêncio e a não autoincriminação, da análise dos argumentos da Corte, não parece que a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* foi utilizada para condenar o réu com base na ausência de uma explicação.

No trecho acima colacionado o Tribunal Europeu apontou expressamente que se os elementos trazidos pela acusação possuem ínfimo valor probatório, não é possível que o silêncio do réu seja utilizado para considerá-lo culpado. Logo, o que o entendimento trazido pela decisão parece dizer é que quando as evidências trazidas aos autos indicam que o réu seria culpado e este não tem nada a dizer, deve ele ser condenado, não em razão do seu silêncio, mas sim porque as demais evidências apresentadas pela defesa manifestam-se neste sentido.

Posto isso, infere-se que, apesar de em um primeiro momento a jurisprudência internacional parecer indicar o caminho da relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma análise da decisão mostra que não se trata da relativização do princípio para utilizar o silêncio do réu como fundamento para a sua condenação, já que esta ocorreu em razão de outros indícios. Assim, não há que se cogitar uma relativização do direito ao silêncio e à não autoincriminação quando a condenação não decorre da ausência de explicação pelo réu.

3. A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Analisados os contornos que o princípio do *nemo tenetur se detegere* toma no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a experiência estrangeira utilizada como paradigma na relativização do direito ao silêncio e à não autoincriminação, o presente capítulo destina-se a refletir e apontar diretrizes quanto à possibilidade de aplicação da referida relativização no ordenamento jurídico brasileiro.

O capítulo anterior finalizou-se com a conclusão de que, embora o caso *John Murray v. The United Kingdom* seja utilizado como paradigma da relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* no direito estrangeiro, da análise de seus argumentos sob uma outra perspectiva é possível inferir que inexistiu propriamente a referida relativização. Diante dessa

conclusão, perde força o argumento quanto a utilização da “força probatória da ausência de explicação alternativa do réu”²⁰ como forma de relativizar o princípio ora analisado.

Minoritariamente, Deltan Dallagnol²¹, ao tratar da “força probatória da ausência de explicação alternativa do réu”, sustenta que a valoração da ausência de uma explicação alternativa não viola o direito ao silêncio, por não estar abrangida por essa. Sustenta o autor²² que entram em conflito dois pontos de vistas, quais sejam, o axiológico, que com base em diversos valores do ordenamento jurídico coloca em jogo que a utilização do o silêncio com finalidade probatória, e o lógico e epistemológico, que aponta que o silêncio do réu aumenta a probabilidade dele ter cometido o crime. Diante disso, aponta²³ que surge a necessidade de ponderar direitos fundamentais, em suas palavras “o direito do silêncio deve ser ponderado em conjunto com a verdade e a justiça”. Conclui²⁴ que a análise da questão só é correta quando realizada sob o ponto de vista axiológico, pois entender de forma contrária permitiria “a valoração do silêncio do réu em seu desfavor em toda e qualquer situação”.

Observa-se, portanto, que o ilustre autor não defende a utilização da ausência de explicação alternativa do réu em toda e qualquer hipótese, mas tão somente quando os demais indícios e provas trazidos aos autos apontam o réu como autor do crime e exige dele uma explicação alternativa. Apesar de respeitável a posição acima apontada, não é ela que prevalece na doutrina e jurisprudência nacionais, como será exposto a seguir.

Majoritariamente, prepondera o entendimento de que, em se tratando o interrogatório de meio de defesa do acusado, deve ser assegurado a ele “o direito de permanecer calado e não responder perguntas a ele endereçadas, sem que se possa extrair do silêncio qualquer valoração em prejuízo da defesa”, conforme doutrina Eugênio Pacelli²⁵.

Perfílhando a doutrina majoritária, Guilherme Nucci²⁶ é categórico ao afirmar que “a imunidade constitucional [do direito ao silêncio e à não autoincriminação] prevalece sobre todos os preceitos ordinários, não podendo importar em prejuízo para o acusado, sob qualquer prisma” e conclui que “a formação de convencimento do magistrado deve concentrar-se em qualquer prova lícita, distanciando-se do direito de se calar”. Por fim, o referido autor²⁷

²⁰ Expressão cunhada por Deltan Martinazzo Dallagnol no livro “As lógicas das provas no processo”. DALLAGNOL, op. cit., 2015, p. 298

²¹ Ibid., p. 298.

²² Ibid., p. 298-299.

²³ Idem.

²⁴ Ibid., p. 304.

²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, [ebook].

²⁷ Ibid.

aponta que o direito ao silêncio decorre de um instinto de preservação do indivíduo e fundamenta-se na dignidade da pessoa humana.

Reforçando esse entendimento Aury Lopes Jr.²⁸ afirma claramente que o interrogatório do réu configura-se ato de defesa e que, portanto, o seu silêncio não pode, em qualquer hipótese, acarretar em prejuízo jurídico, principalmente porque está assegurado, sem qualquer reserva, na Constituição Federal de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, Aury Lopes Jr.²⁹ frisa que “do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo para o imputado”

Nota-se, portanto, que o entendimento doutrinário amplamente dominante assegura que o direito ao silêncio, enquanto estratégia defensiva e mecanismo para o exercício da autodefesa, não pode ser utilizado para corroborar outras provas trazidas aos autos, sob pena de violação do *nemo tenetur se detegere*, de inversão do ônus da prova, que no processo penal é exclusivo da defesa, e, até mesmo, violação da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, pode-se compreender que permitir a valoração da ausência de uma explicação alternativa do réu equivale à negar o direito ao silêncio, pois o indivíduo pode se sentir compelido a apresentar uma versão apenas para não ter o seu silêncio valorado em seu desfavor, o que prejudica, inclusive, a verdade e a justiça da decisão. Não é outro o entendimento de Pacelli:³⁰

E no que, a nosso juízo, [o direito ao silêncio] tem de mais relevante, atua no controle da qualidade e idoneidade do material probatório, bem como no controle da motivação das decisões judiciais sobretudo as condenatórias.

Com efeito, ao permitir-se, como regra legal, o silêncio no curso da ação penal, o sistema impede a utilização, pelo(s) julgador(es), de critérios exclusivamente subjetivos na formação do convencimento judicial. Dessa maneira, procura-se evitar que eventuais hesitações, eventuais contradições não relevantes, ou, ainda, lapsos de memória ou coisa que o valha, presentes no momento do interrogatório do réu, sirvam de motivação suficiente para o convencimento do juiz ou do tribunal. De outra forma: evita-se o estímulo à cultura do *quem cala consente*, que não oferece padrões mínimos, seja de ordem psicanalítica, jurídica, espiritual, seja de qualquer outra espécie, para a reprodução de verdade alguma.

Assim, ressalta-se, também, que permitir a valoração da ausência de uma explicação alternativa do réu, possibilitando a sua condenação fundamentada no silêncio, é o mesmo que exigir de um comportamento ativo dele na produção de provas. Essa conclusão apenas reforça o entendimento de que há uma clara violação do direito à não autoincriminação.

Em sede jurisprudencial, a posição dos Tribunais Superiores não é outra se não a de que o silêncio não pode, em nenhuma hipótese, ser interpretado em prejuízo do acusado.

²⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, [ebook].

²⁹ Ibid.

³⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 384.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), no HC 101.909³¹, apontou que tanto a CRFB/88, quanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos asseguram o direito ao silêncio e a não autoincriminação, e que esses constituem “uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de culpabilidade”. Veja-se um trecho do referido julgado³²:

[...] A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportuna de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. [...]

Em outra decisão, no HC 99.289³³, a Suprema Corte sustentou que o réu, ao se recusar à responder ao interrogatório policial ou judicial e ao não cooperar com as autoridades que o investigam, exerce comportamento legitimado pela Constituição Federal. Na oportunidade, o STF assinalou que aquele que sofre persecução penal possui duas prerrogativas básicas, quais sejam, “(a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa”. Concluiu, ainda que³⁴:

[...] O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional - além de não importar em confissão - jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa. Precedentes.[...]

A posição do STF no sentido de não ser possível a interpretação do silêncio do réu contra é antiga, vejam-se julgados mais antigos:

[...] III. Nemo tenetur se detegere: direito ao silêncio. Além de não ser obrigado a prestar esclarecimentos, o paciente possui o direito de não ver interpretado contra ele o seu silêncio. IV. Ordem concedida, para cassar a condenação. (HC 84517, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19-11-2004 PP-00029 EMENT VOL-02173-02 PP-00244 LEXSTF v. 26, n. 312, 2005, p. 387-397 RT v. 94, n. 833, 2005, p. 478-483)³⁵

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 101.909*. Relator Ministro Ayres de Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193156>>. Acesso em: 22 set. 2017.

³² Ibid.

³³ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 99.289*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625232>>. Acesso em: 22 set. 2017.

³⁴ Ibid.

³⁵ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.517*. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=357942>>. Acesso em: 22 set. 2017.

[...] O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (nemo tenetur se detegere) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. [...]

(HC 79812, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2000, DJ 16-02-2001 PP-00021 EMENT VOL-02019-01 PP-00196)³⁶

Observa-se, portanto, que há muito a Suprema Corte aponta o direito ao silêncio do réu e a prerrogativa desse silêncio não poder ser usado em prejuízo da defesa como oponível à todos os órgãos e agentes da persecução penal, inclusive ao juiz, devendo ser observado em sede de interrogatório policial e judicial. Nesse sentido, o STF é categórico em afirmar a instrução criminal é incumbência do órgão de acusação, logo, conforme defende o presente trabalho, permitir a utilização do silêncio em prejuízo da defesa acaba por ensejar em uma inversão do ônus da prova.

O Superior Tribunal de Justiça também possui diversas decisões no mesmo sentido, vejamos algumas das mais recentes:

[...] 1. Os artigos 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal e 186 do Código de Processo Penal conferem ao acusado o direito ao silêncio ou à não autoincriminação, permitindo que, por ocasião de seu interrogatório, cale acerca dos fatos criminosos que lhe são imputados, ou ainda, e via de consequência do sistema de garantias constitucionais, negue a autoria delitiva, sem que isso dê ensejo à apenação criminal ou mesmo valorização negativa dessas declarações pelo togado singular, que poderá, no máximo, desconsiderá-las quando do cotejo com os demais elementos probatórios colacionados. [...]

(RHC 63.480/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016)³⁷

[...] 1. O brocardo nemo tenetur se detegere, que configura o princípio da vedação à autoincriminação ou do direito ao silêncio, veio a ser expressamente reconhecido no Pacto de San José da Costa Rica - promulgado pelo Decreto n. 678, de 1992 -, art. 8º, 2, g, em que se resguarda o direito de toda pessoa acusada de um delito de não ser obrigada a depor ou a produzir provas contra si mesma, garantindo que o seu silêncio não seja interpretado em prejuízo de sua defesa.

Precedentes: HC 130.590/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 17/5/2010; HC 179.486/GO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 27/6/2011. [...]

(AgRg no REsp 1497542/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 24/02/2016)³⁸

³⁶ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 79.812*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78158>>. Acesso em: 22 set. 2017.

³⁷ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 63.480*. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502169134&dt_publicacao=09/03/2016>. Acesso em: 22 set. 2017.

[...] 2. O silêncio do acusado foi nitidamente interpretado em seu desfavor pelo Tribunal de origem. Tal situação viola frontalmente o art. 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o art. 5º, LXIII, da Constituição da República, além de tratados internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8, § 2º, g) e, por isso, é suficiente para inquirir de nulidade absoluta o acórdão impugnado. [...]
(HC 265.967/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015)³⁹

Das três decisões selecionadas, observa-se que o entendimento pacífico da Corte Superior é no mesmo sentido daquele defendido pela doutrina majoritária e pelo presente trabalho, qual seja, quanto a quanto a impossibilidade de relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* para valorar negativamente o silêncio do réu. A corte aponta que a possibilidade de interpretar o silêncio do réu afronta não só a Constituição e o Código de Processo Penal, mas também Convenção internacional internalizada pelo Brasil. Assim, a possibilidade é completamente rechaçada pela Corte e importa em nulidade absoluta da decisão judicial que o faça.

Assim, da análise da doutrina amplamente majoritária, bem como da posição jurisprudencial pacífica, infere-se que o ordenamento jurídico brasileiro não se mostra favorável à relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*, de modo que o direito ao silêncio e à não autoincriminação não podem ser utilizados em prejuízo da defesa. Esse entendimento encontra expressa previsão legal no art. 186, parágrafo único do CPP⁴⁰, conforme exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, o que põe uma pá de cal na possibilidade de relativização do princípio *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a analisar a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* e se essa seria possível no ordenamento jurídico brasileiro a partir da forma de proteção que ele confere ao direito ao silêncio e a não autoincriminação, da experiência estrangeira e do entendimento doutrinário e jurisprudencial nacional.

³⁸ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp. 1.497.542*. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403063724&dt_publicacao=24/02/2016>. Acesso em: 22 set. 2017.

³⁹ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *HC 265.967*. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300630601&dt_publicacao=12/03/2015>. Acesso em: 22 set. 2017.

⁴⁰ Idem, op. cit., nota 2.

Diante da análise do ordenamento jurídico pátrio, três são os diplomas legislativos que se mostram fundamentais na proteção do silêncio e na vedação da autoincriminação: a CRFB/88, em seu art. 5º, LXIII; o CPP, no art. 186; e o Decreto nº 678/92, em seu art. 8º, item 2, alínea “g”. O estudo de tais dispositivos demonstrou que o princípio do *nemo tenetur se detegere* busca, em última instância, proteger a esfera de liberdade do indivíduo e a dignidade da pessoa humana, funcionando como uma garantia do acusado e um limite ao poder punitivo do Estado.

Observou-se, ainda, que o princípio ora analisado concretiza outras três garantias fundamentais dos indivíduos, quais sejam, o devido processo legal, a ampla defesa e a presunção de inocência. Nesse sentido, conclui-se que o ordenamento jurídico atribui força quase absoluta ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que se trata de princípio-garantia que abarca diversas outras garantias constitucionais fundamentais do indivíduo.

Tendo em vista as características acima apontadas, prevalece na doutrina e na jurisprudência que o direito ao silêncio e à não autoincriminação prevalece sobre as demais garantias, não podendo o silêncio do réu ser utilizado contra ele em hipótese alguma. Observa-se que a corrente minoritária sustenta que a valoração da ausência de uma explicação alternativa do réu quando os demais indícios e provas trazidos aos autos apontam esse como autor do crime não viola o direito ao silêncio, sendo possível a relativização do *nemo tenetur se detegere*.

Embora pertinentes os argumentos da corrente minoritária, o presente trabalho filia-se à posição amplamente majoritária, pois permitir a utilização da ausência de uma explicação alternativa do réu para corroborar a condenação, não só é o mesmo que negar o direito ao silêncio, como também equivale a exigir do réu um comportamento ativo na produção de provas, ensejando a inversão do ônus probatório.

Assim, da análise do ordenamento jurídico nacional, bem como das diversas correntes doutrinárias e posições jurisprudenciais, conclui-se que a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* não só não se mostra possível na realidade brasileira, como também se configura como indesejada, pois tal princípio se caracteriza como uma garantia mínima da sociedade em face do Estado-Juiz na persecução penal.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.
- _____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.
- _____. *Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp. nº 1.497.542*. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403063724&dt_publicacao=24/02/2016>. Acesso em: 22 set. 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 265.967*. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300630601&dt_publicacao=12/03/2015>. Acesso em: 22 set. 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 63.480*. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502169134&dt_publicacao=09/03/2016>. Acesso em: 22 set. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 101.909*. Relator Ministro Ayres de Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193156>>. Acesso em: 22 set. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 79.812*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78158>>. Acesso em: 22 set. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.517*. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=357942>>. Acesso em: 22 set. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 99.289*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625232>>. Acesso em: 22 set. 2017.
- CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 05 set. 2017.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- GOMES FILHO apud QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, [ebook].

MENDONÇA apud DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, [ebook].

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, caso John Murray v. The United Kingdom, julgado pela Grande Câmara em 08/02/1996, *Apelação nº 18371/91*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-2577&filena me=MURRAY%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.pdf&logEvent=False>>. Acesso em: 29 set. 2017.