



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A PROIBIÇÃO DA AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL E A  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Simone Campos Alves

Rio de Janeiro  
2020

SIMONE CAMPOS ALVES

A PROIBIÇÃO DA AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL E A  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

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 C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2020

## A PROIBIÇÃO DA AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Simone Campos Alves

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada.

**Resumo** – o presente tema diz respeito à amplitude de como o direito ao silêncio se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro. Esse estudo tem como objetivo discorrer sobre a interpretação hipergarantista do princípio *nemo tenetur se detegere* adotada pela doutrina e jurisprudência brasileiras e suas implicações na persecução penal. A fim de demonstrar que essa proteção exacerbada traz prejuízos que também afetam outros direitos fundamentais, este trabalho vem propor uma releitura do princípio da vedação à autoincriminação à luz dos princípios da proporcionalidade, em seu duplo aspecto, e da dignidade da pessoa humana, a fim de assegurar à sociedade a proteção dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

**Palavras-chave** – Autoincriminação; *nemo tenetur se detegere*; direito ao silêncio; deficiência; impunidade; proporcionalidade.

**Sumário** – Introdução. 1. A dimensão do princípio da não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro. 2. A possibilidade de intervenção corporal na busca de obtenção de provas. 3. O garantismo processual brasileiro e a proteção deficiente do Estado. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O direito de não produzir prova contra si mesmo consolidou-se na Inglaterra, durante a transição do sistema inquisitorial para o sistema acusatório, e teve seus avanços com a *common law*. Posteriormente, o direito ao silêncio foi inserido na Constituição norte-americana, intitulado como Aviso de Miranda, e acabou influenciando o ordenamento jurídico brasileiro, dentre outros.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, na qual o Brasil é signatário traz, em seu artigo 8º, inciso 2, letra g, o direito de ninguém ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado.

No Brasil, o direito ao silêncio está previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988, com status de cláusula pétreia, e sua tipificação assegura ao preso e a qualquer acusado na esfera penal o direito de permanecer calado.

Cabe ressaltar que a maior evolução desse direito foi a mudança de paradigma do interrogatório, que antes era compreendido como meio de prova, e que passou a ser visto como meio de defesa do acusado.

Em 2003, o Código de Processo Penal trouxe nova redação, no parágrafo único do artigo 186 deste diploma, normatizando que o silêncio não importa em confissão, assegurando que o exercício deste direito não seja interpretado em prejuízo da defesa.

Muito diferente do que ocorre em outros países também signatários da CADH, a doutrina e a jurisprudência brasileiras vêm ampliando os limites da vedação à autoincriminação tornando esse direito quase absoluto.

Este trabalho objetiva apresentar a amplitude do princípio da não autoincriminação no processo penal brasileiro, apontando o viés deturpado e excessivo na proteção do seu exercício, e suas consequências.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a dimensão do princípio da não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro, questionando sua amplitude e os seus desdobramentos a partir da interpretação doutrinária e jurisprudencial brasileira.

No segundo capítulo, propõe-se revelar a possibilidade de intervenção corporal na busca de obtenção de provas tendo como princípio basilar o princípio da proporcionalidade e, conseqüentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

No terceiro capítulo, segue-se apontando o garantismo processual brasileiro e a proteção deficiente do Estado, demonstrando a necessidade da ponderação de valores entre o interesse público e o interesse privado na persecução penal.

A abordagem do objeto dessa pesquisa jurídica será a qualitativa-explicativa, tendo em vista que a pesquisadora pretende valer-se de bibliografias pertinentes ao tema para sustentar que o direito ao silêncio deve ser interpretado e compreendido a partir dos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Tal pesquisa será analisada e fichada em sua fase exploratória por meio de legislação, doutrina, artigos científicos e jurisprudência, e será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, no qual serão eleitas proposições hipotéticas, que serão analisadas e comprovadas argumentativamente.

## 1. A DIMENSÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito de não produzir provas contra si mesmo, também conhecido pela doutrina como o Princípio do *nemo tenetur se detegere*, está previsto no artigo 8º, inciso 2, letra g, da

Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>1</sup> (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, em que se assegura a todo e a qualquer acusado o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado.

No Brasil, a tipificação desse direito está prevista no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>, cuja redação impõe que o preso deverá ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado.

O direito de permanecer calado, em seu sentido literal, traz a ideia de que o acusado não pode ser compelido a testemunhar contra si próprio, ou seja, que o texto constitucional se restringe à ideia de uma vedação à confissão coercitiva.

Haddad<sup>3</sup> assevera que:

[...] o direito ao silêncio não apenas proíbe interrogatórios tendenciosos, o emprego de tortura e outras formas de coerção tais como ameaças de mal futuro ou promessas de julgamento condescendente. Assegura a liberdade de escolha da conduta processual a se adotar [...].

Renato Brasileiro<sup>4</sup> sustenta que o termo direito de permanecer calado deve ser interpretado de maneira mais abrangente, no sentido de que “a pessoa não pode ser obrigada a produzir prova contra si”, uma vez que esta interpretação revela a real intenção do constituinte.

Maria Elizabeth Queijo<sup>5</sup> afirma que o princípio do *nemo tenetur se detegere*, por ser um direito fundamental, tem o objetivo de:

[...] proteger o indivíduo contra os excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração dos delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações [...].

Desta forma, verifica-se que, por meio de uma interpretação ampliativa, o direito ao silêncio é compreendido como uma das facetas do princípio da vedação à autoincriminação, já que este princípio engloba não somente o direito de o acusado se manter calado, como também o direito de não produzir provas contra si, o de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal, entre outros.

<sup>1</sup>BRASIL. *Decreto n° 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>

<sup>2</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19 mai. 2020.

<sup>3</sup>HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 69.

<sup>4</sup>LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 75-76.

<sup>5</sup>QUEIJO apud ibid.

Doutrina e jurisprudência entendem que essa proteção engloba não só o preso, como o texto constitucional e o Código de processo Penal parecem sugerir, mas qualquer pessoa que esteja sendo investigada ou acusada em persecução penal.

Da mesma forma, o Código Penal brasileiro<sup>6</sup>, em seu artigo 342, tipifica como crime a conduta de falsear ou calar a verdade no caso de testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, como se vê:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:  
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

A partir de uma leitura constitucional, é possível estender a proteção do direito ao silêncio às testemunhas, dispensando-as do dever de prestar o compromisso de dizer a verdade sempre que, em seu depoimento, houver, ainda que indiretamente, risco de autoincriminação. Assim, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 100.332/PR<sup>7</sup>:

[...] PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO CONCEDIDO À TESTEMUNHA DE PERMANECER EM SILÊNCIO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. GARANTIA DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. DISPARIDADE DE TRATAMENTO A SITUAÇÕES JURÍDICAS IDÊNTICAS. NÃO CONFIGURADA. DECISÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E ESPECÍFICA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO (...) II – Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado – ainda que convocada como testemunha (RTJ 163/626 – RTJ 176/805-806), possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria” (RTJ 141/512, Rel. Min. Celso de Mello). Precedentes.”

Inicia-se, portanto, a discussão sobre a extensão do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Tanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos quanto na Constituição Republicana Federativa do Brasil, os seus textos remetem à vedação de uma conduta ativa do sujeito passivo, ou seja, tanto o direito de não auto incriminar-se como o direito de

<sup>6</sup>BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>7</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 100.332/PR*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801667236&dt\\_publicacao=04/06/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801667236&dt_publicacao=04/06/2019)>. Acesso em: 27 out. 2020.

permanecer calado preserva um não agir do indivíduo, assegurando-lhe uma conduta omissiva.

O direito de não produzir prova contra si mesmo vem sendo utilizado de forma tão elástica ao ponto de alguns autores defenderem a ideia de que o acusado possui o direito subjetivo de falsear a verdade, tal como o direito de fugir<sup>8</sup>.

Nas palavras de Eugênio Pacelli<sup>9</sup>:

[...] o que se poderá alegar, com maior ou menor sucesso, a depender do caso concreto, é que o agente – que tenta a fuga, que mente sobre sua identidade etc. – é a eventual justificação da conduta (excludente de ilicitude) ou inexigibilidade de conduta diversa (exclusão de culpabilidade). Jamais o exercício de qualquer direito subjetivo! [...]

Em primeiro lugar, é preciso atentar-se para a diferença entre tolerar uma determinada conduta e assegurá-la enquanto um direito.

Tolera-se a mentira do acusado em interrogatório quando a sua declaração não resultar em lesão a terceiros<sup>10</sup>. Neste caso, o acusado estaria a se valer do princípio da autodefesa, até porque não existe crime de perjúrio em nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, assegurar a mentira como um direito derivado do princípio do *nemo tenetur se detegere* seria permitir que determinados tipos penais como a falsidade ideológica ou até mesmo a denúncia caluniosa, entre outros, pudessem ser legitimamente praticados pelo acusado sob a justificativa de estar acobertado por tal princípio.

Haddad<sup>11</sup> menciona que:

[...] existe uma grande disparidade entre admitir que o acusado possa, no exercício da autodefesa, apresentar os fatos de forma a não produzir uma autoincriminação, ainda que não condizentes com a realidade, e a consagração do direito de mentir em nosso ordenamento [...].

Para o autor<sup>12</sup>, “o direito de defesa não compreende o direito de provocar lesões em interesses de terceiros, sob o risco de se conceder salvo-conduto para delinquir”.

Da mesma forma, Renato Brasileiro<sup>13</sup> entende que do princípio do *nemo tenetur se detegere* “não decorre a não punibilidade de crimes conexos praticados para encobrir a prática de outros”.

<sup>8</sup>Ibid.

<sup>9</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 36.

<sup>10</sup>HADADD, op. cit., p. 178-80.

<sup>11</sup>Ibid.

<sup>12</sup>Ibid.

<sup>13</sup>LIMA, op. cit., p. 86.

Como se vê no julgamento do HC nº 68.929/SP<sup>14</sup>, pelo Supremo Tribunal Federal, a prerrogativa de o acusado permanecer em silêncio está englobado pelo direito constitucional do devido processo legal e, dessa forma, amplia-se a ele o direito de negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal.

Já no HC nº 72.377/SP<sup>15</sup>, o Supremo tipificou o crime de falsa identidade pelo fato de o agente, ao ser preso, ter se identificado com nome falso, a fim de burlar seus maus antecedentes.

O Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado de Súmula nº 522<sup>16</sup>, que dispõe a seguinte redação: “a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

Portanto, a mentira não pode ser reconhecida como um direito, mas sim tolerada nos casos em que o seu exercício não atinja interesses de terceiros, sujeito à configuração de crime.

Como no Brasil não há o dever legal do acusado em dizer a verdade em seu interrogatório, resta demonstrada uma das hipóteses do desdobramento do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Outro desdobramento do princípio que veda à autoincriminação é o direito do acusado de se abster de praticar qualquer comportamento ativo capaz de incriminá-lo<sup>17</sup>. Neste caso, por óbvio, é inadmissível qualquer medida coercitiva que demande um comportamento ativo do sujeito, visto que ele não é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

## 2. A POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO CORPORAL NA BUSCA DA OBTENÇÃO DE PROVAS

Um ponto bastante interessante a ser analisado é a possibilidade de intervenção corporal, pelo Estado, e o seu limite na produção de prova, ou seja, a possibilidade de o Estado submeter o acusado, na persecução penal, a intervenções corporais mesmo contra a sua vontade.

---

<sup>14</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 68.929/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71335>>. Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>15</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 72.377/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2634636>>. Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>16</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 522. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=522&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>17</sup>LIMA, op. cit., p. 77-78.



Entende-se por intervenções corporais as medidas de investigação via coleta de material humano, com o intuito de se comprovar, mediante perícia, a conduta supostamente praticada pelo acusado.

Aqui, cabe distinguir as duas modalidades de intervenção corporal: a invasiva e a não invasiva.

Para Renato Brasileiro<sup>18</sup>, as intervenções corporais invasivas, são aquelas em que a coleta do material se faz com o auxílio de algum instrumento ou não, capaz de penetrar ou atingir de alguma forma o corpo humano. Exemplo: coleta de sangue, coleta de material ginecológico, fio de cabelo preso ao couro cabeludo, entre outros.

Já as intervenções corporais não invasivas são aquelas cujo o material para análise já foi despendido do corpo humano, ou seja, que não faz mais parte dele. Exemplo: coleta de sangue no local do crime, coleta de digital fixada em copo ou em qualquer superfície, coleta de fio de cabelo solto no chão, entre outros.

A Constituição Federal brasileira não estabeleceu uma reserva de jurisdição para a determinação das intervenções corporais, ou seja, no ordenamento jurídico brasileiro não há uma regulamentação sistemática sobre elas.

A partir de uma interpretação ampliativa e bastante alargada do princípio da não autoincriminação, extrai-se que a realização de uma intervenção corporal está adstrita ao consentimento do agente, devido à impossibilidade de obrigar alguém a colaborar na produção de provas contra si mesmo.

É nesse cenário que a distinção do tratamento entre as provas corporais invasivas e não invasivas tornam-se relevantes. Pode, o acusado, discordar em colaborar ativamente na produção da prova invasiva.

Contudo, o tratamento das provas não invasivas, em circunstâncias em que não necessite de uma conduta ativa do agente deve ser diferenciado, sendo permitida a sua realização.

A inadmissibilidade absoluta da utilização das intervenções corporais invasivas não se mostra razoável, devendo a sua utilização buscar compatibilidade com os Princípios Constitucionais e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

---

<sup>18</sup>Ibid.

Luiz Flávio Gomes<sup>19</sup> entende que o núcleo do direito a não autoincriminação recai na inatividade do acusado, garantindo-lhe o direito de não participar de forma ativa na produção de provas.

Pacelli<sup>20</sup> defende a tese de que a sujeição do acusado a determinadas intervenções invasivas é lícita, desde que observado o critério legal e a sua regulamentação, para que seja preservado ao máximo os seus direitos.

Para este autor, reina na doutrina e jurisprudência brasileiras uma completa incompreensão sobre o alcance do princípio da vedação à autoincriminação. Contudo, sua posição é minoritária na doutrina pátria.

A posição doutrinária majoritária e jurisprudencial no Brasil enfrenta o tema de forma muito tímida. O Supremo Tribunal Federal (STF) afasta o dever de cooperação do indivíduo na produção de provas, sendo ela invasiva ou não, retirando o seu dever de colaboração.

O Tribunal julgou, no HC nº 77.135-SP<sup>21</sup>, que o acusado não poderia ser obrigado a fornecer padrões gráficos do próprio punho, coercitivamente, tendo apenas a possibilidade de ser intimado para ofertar o material, caso quisesse contribuir voluntariamente. Afastou, inclusive, neste mesmo julgado, a possibilidade de a autoridade policial determinar a apresentação de material gráfico pelo acusado, contra sua vontade, sob pena de desobediência. Muitos são os julgados do STF nesse sentido.

A título de exemplo, podemos citar o HC nº 166.377<sup>22</sup>, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que a exigibilidade à submissão ao teste do bafômetro constitui violação ao direito à não autoincriminação.

Conclui-se que tamanha proteção tem como fundamento precípua a intimidade, a honra e a imagem do acusado, predominando o entendimento de que o princípio *nemo tenetur se detegere* não possa ir de encontro aos interesses do réu.

Para Carollo<sup>23</sup>, “o princípio *nemo tenetur se detegere* no Brasil representa uma barreira quase que intransponível à investigação probatória por parte Estado”, o que se mostra

<sup>19</sup>GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. In: *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 635.

<sup>20</sup>PACELLI, op. cit., p. 203.

<sup>21</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 77.135. Relator: Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14698246/habeas-corpus-hc-77135-sp>>. Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>22</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 166.377. Relator: Min. Og Fernandes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339306267&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>23</sup>CAROLLO, João Carlos. *Garantismo Penal: o direito de não produzir prova contra si mesmo e o princípio da proporcionalidade*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 130.

bastante diferente do que ocorre em outros países do mundo. O autor sustenta que lá existe uma preponderância do interesse público em detrimento do interesse privado na persecução penal, tendo em vista a busca da verdade real.

Apesar de toda a proteção exacerbada na doutrina e jurisprudência brasileiras acerca do supracitado princípio, inicia-se uma tímida perspectiva na direção oposta no ano de 2012. A Lei nº 12.654/12 trouxe modificações na Lei nº 7.210/84<sup>24</sup> (Lei de Execuções Penais), inserindo o artigo 9º-A, como se observa a seguir:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.072, de 25.07.1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

Portanto, já é juridicamente possível, em alguns casos isolados, a realização de intervenção corporal na colheita de prova invasiva, ainda que sem o consentimento do acusado.

Consiste em mera tolerância deste, visto que a intervenção estatal se perfaz por meio de uma conduta passiva do acusado, com a observância do princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

É o início da busca pelo equilíbrio entre princípios constitucionais, tendo em vista que nenhum direito deve ser compreendido como absoluto.

### 3. O GARANTISMO PROCESSUAL BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO

Antes de abordar a temática do garantismo processual, faz-se necessária a análise do princípio da proporcionalidade. Cabe destacar que este princípio está disposto de forma implícita na Constituição Federal de 1988<sup>25</sup>, no parágrafo 2º do artigo 5º, que assim dispõe: “art. 5º [...] §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

<sup>24</sup>BRASIL. *Lei nº 7210*, 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/lis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lis/17210.htm)> Acesso em: 01 set. 2020.

<sup>25</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O princípio decorre do artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>26</sup>, do qual é signatário o Brasil, que estabelece que todo homem está sujeito somente às limitações previstas em lei<sup>27</sup> com o único objetivo de assegurar e respeitar direitos e liberdades. O princípio da proporcionalidade<sup>28</sup> possui três subprincípios, que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Entende-se como adequado o ato restritivo estatal que consegue alcançar a finalidade almejada, ou seja, uma relação de meio e fim, em que o meio adotado pelo Estado, na persecução penal, é o meio apropriado para alcançar o resultado pretendido. Renato Brasileiro<sup>29</sup> assevera que “não se deve permitir, portanto, o ataque a um direito fundamental se o meio adotado não se mostrar apropriado à consecução do resultado”.

Também conhecido como princípio da intervenção mínima, da exigibilidade, ou da proibição de excesso, o subprincípio da necessidade propõe que o ato restritivo estatal deve atingir os direitos fundamentais do acusado com menos intensidade, ou seja, deve-se buscar o meio menos gravoso e eficaz à persecução penal. Carollo<sup>30</sup> entende que o subprincípio da necessidade tem como objetivo assegurar que a “medida restritiva seja realmente imprescindível para a manutenção do direito fundamental e que, pela avaliação concreta, não se recomende sua substituição por outra de igual eficácia ou até menos gravosa”.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito resta configurado quando, em uma ponderação de interesses, as vantagens superam os ônus impostos. Como se vê nas palavras de Luís Roberto Barroso<sup>31</sup>, “cuida-se aqui de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos”.

Willis Santiago Guerra Filho<sup>32</sup> faz uma breve síntese acerca dos três subprincípios, na qual afirma que “uma medida é adequada se atinge o fim almejado, exigível, por causar o

---

<sup>26</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>27</sup>MARQUES, Andrea Neves Gonzaga. *Princípio da Proporcionalidade e seus Fundamentos*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 22 set. 2020.

<sup>28</sup>LIMA, op. cit., p. 89.

<sup>29</sup>Ibid.

<sup>30</sup>CAROLLO, op. cit., p. 111.

<sup>31</sup>BARROSO apud KONCIKOSKI, Marcos Antonio. *Princípio da proporcionalidade*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-proporcionalidade/>> Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>32</sup>FILHO apud LIMA, op. cit., p. 89.

menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”.

Carollo<sup>33</sup> sustenta que o princípio da proporcionalidade possui uma dupla dimensão: a “proporcionalidade do aspecto da proibição de excesso por parte do Estado, bem como da proibição da proteção insuficiente”.

Na Europa, entre o século XVIII e XIX, diante da transição do regime absolutista para o regime liberal, surge a necessidade de frear o poder ilimitado do Estado, a fim de impedir uma atuação arbitrária estatal, fazendo nascer o princípio da proporcionalidade enquanto proibição de excesso.

Como se vê no artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>34</sup>, “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”

Do mesmo modo, diante das mudanças e evoluções sociais, principalmente com o aumento da criminalidade, surge a necessidade de proteção aos interesses transindividuais, difusos e coletivos, o que fez surgir o princípio da proporcionalidade enquanto proibição da proteção insuficiente.

Verifica-se que no artigo 12 do diploma supracitado<sup>35</sup> “a garantia dos direitos do Homem e do Cidadão carece de uma força pública; esta força é, pois, instituída para vantagem de todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada”.

Neste sentido<sup>36</sup>, com o advento da Constituição Republicana Federativa do Brasil, marcada pelo pós-regime ditatorial, nasceu, para o Brasil, a função de limitação à atuação estatal e a imposição de deveres de tutela por parte Estado.

Como se sabe, é dever do Estado promover a segurança e o bem-estar social, tal como se apresenta no preâmbulo da Constituição Federal de 1988<sup>37</sup>:

[...] nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida,

---

<sup>33</sup>CAROLLO, op. cit., p. 113.

<sup>34</sup>BRASIL, *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>35</sup>Ibid.

<sup>36</sup>Ibid.

<sup>37</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil [...].

Dessa forma, pode-se concluir que a Carta Magna trouxe o dever de proteção estatal, no qual o Estado deve agir, na proteção de suas garantias, atuando de formas negativa, abstendo-se de cometimento de abusos, e positiva, agindo na proteção de bens jurídicos coletivos.

Do mesmo modo, afirma, Lenio Streck<sup>38</sup>, que é necessário superar o modelo clássico de garantismo negativo, em que só há uma leitura do princípio da proporcionalidade, voltado, apenas, à proteção contra excessos. Ele entende que é preciso compreender as duas facetas do mencionado princípio, uma vez que ele “não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado”.

Em se tratando de processo penal constitucional, os interesses individuais e os interesses estatais encontram-se em colisão, visto que aqueles têm como objetivo a garantia plena dos direitos fundamentais, enquanto estes têm a pretensão de concretizar os direitos prestacionais por meio da persecução penal.

No Brasil, existe uma tendência em interpretar os direitos fundamentais individuais como se fossem absolutos. Uma espécie de hipergarantia na ceara processual penal individual. Não se pode ignorar que é dever do estado tutelar os direitos coletivos, visto que nada mais são que a concentração de pretensões individuais reunidas no seio social.

Entende Carollo<sup>39</sup> que “se continuar buscando a plenitude absoluta dos princípios e garantias individuais, ocorrerá um sério risco para a efetividade da justiça criminal, comprometendo-se, assim, os direitos coletivos e sociais de toda a sociedade”.

O texto constitucional trouxe em seu bojo diversos princípios implícitos e explícitos que devem ser interpretados com harmonia e equilíbrio em cada caso concreto. Cabe aos intérpretes do Direito um olhar mais atento às necessidades sociais, ao aumento significativo da criminalidade e principalmente da impunidade.

Maria Elizabeth Queijo<sup>40</sup> afirma que:

[...] deve-se destacar, porém, que a contraposição que se costuma identificar entre interesse público e o interesse individual, no processo penal, é apenas aparente (...). É que há também interesse público na construção de um processo ético, no qual se respeitam os direitos e garantias fundamentais do indivíduo [...].

<sup>38</sup>STRECK apud CAROLLO, op. cit., p. 116.

<sup>39</sup>Ibid., p. 123.

<sup>40</sup>QUEIJO apud LIMA, op. cit., p. 243.

O direito de não produzir prova contra si, da maneira que é interpretado no Brasil, prejudica todo o seio social em prol do interesse individual, causando uma ameaça ao próprio Estado de direito. O que se propõe é o equilíbrio entre uma persecução penal eficiente e a preservação das garantias fundamentais do acusado, a fim de assegurar à sociedade a proteção dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

## CONCLUSÃO

O princípio do *nemo tenetur se detegere* é um princípio fundamental que visa assegurar a vedação à autoincriminação de presos, de todos aqueles que estejam sendo vítimas de uma investigação criminal, e até mesmo daqueles que se apresentam para depor na qualidade de testemunha, quando a sua declaração possa acarretar em autoincriminação.

Este princípio visa obstar uma atuação excessiva e desproporcional por parte do Estado na persecução penal, vez que seu surgimento se deu pela reação social às agressões vivenciadas sob o manto do sistema inquisitorial.

Engloba não somente o direito de o acusado se manter calado, mas como também o direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal, de dizer a verdade, de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo, entre outros.

É amplamente recepcionado pela doutrina e jurisprudência brasileiras como um direito fundamental quase que absoluto, e sua interpretação ampliativa, elástica, na defesa do acusado, tem como objetivo obstar uma atuação mais invasiva, a fim de evitar abusos e arbitrariedades estatais.

Como se vê, a Constituição Republicana Federativa do Brasil trouxe em seu bojo outros vários princípios, implícitos e explícitos, que foram contemplados com a mesma hierarquia de importância no texto constitucional, sendo certo de que nenhum direito é absoluto.

Registra-se, portanto, que a Carta Magna brasileira dispõe, em seu preâmbulo, as diretrizes para se alcançar um bem comum, ou seja, ela aponta que suas normas devem ser interpretadas como um sistema único e equilibrado na busca da democracia, liberdade, proteção e bem-estar social.

Em uma possível colisão de direitos fundamentais, cabe ao intérprete do Direito atentar-se ao método de ponderação de valores, de modo que os princípios em conflito sejam harmonizados entre si, permitindo, dessa forma, o uso de determinados mecanismos que possibilite uma solução mais justa, necessária e equilibrada em cada caso concreto.

O princípio da proporcionalidade é um princípio implícito que busca o equilíbrio entre o meio adequado e necessário para a solução dos conflitos. É um instrumento composto por um duplo aspecto - negativo e positivo -, necessário e imprescindível para assegurar a proteção tanto dos direitos fundamentais individuais como dos direitos fundamentais coletivos.

O que se propõe é uma reflexão mais ampla e profunda acerca do princípio do *nemo tenetur se detegere*, tendo em vista os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana como balizadores. É preciso compatibilizar a proibição do excesso com a proibição de insuficiência, para que, simultaneamente, seja possível tutelar os direitos fundamentais individuais e coletivos dentro dos limites adequados e necessários para a obtenção da paz social.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 19 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 08 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 19 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7210*, 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/l eis/ 17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/l eis/ 17210.htm)> Acesso em: 01 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 77.135*. Relator: Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14698246/habeas-corpus-hc-77135-sp>>. Acesso em: 08 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC 68.929/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp? docTP=AC&doc ID=71335>>. Acesso em: 08 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 72.377/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp? docTP=TP&docID=2634636>>. Acesso em: 08 set. 2020.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 100.332/PR*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801667236&dt\\_publicacao=04/06/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801667236&dt_publicacao=04/06/2019)>. Acesso em: 27 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 166.377*. Relator: Min. Og Fernandes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339306267&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 522*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=522&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 08 set. 2020.

CAROLLO, João Carlos. *Garantismo Penal: o direito de não produzir prova contra si mesmo e o princípio da proporcionalidade*. Curitiba: Juruá, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. In: *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HADADD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.

KONCIKOSKI, Marcos Antonio. *Princípio da proporcionalidade*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-proporcionalidade/>> Acesso em: 23 set. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARQUES, Andrea Neves Gonzaga. *Princípio da Proporcionalidade e seus Fundamentos*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 22 set. 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.