

CENTRO UNIVERSITÁRIO DOUTOR LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JONAS RAFAEL GOMES NOGUEIRA

**LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE SOB A
LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Juazeiro do Norte – CE
2019

JONAS RAFAEL GOMES NOGUEIRA

**LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE SOB A
LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso *Artigo Científico*, apresentado à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio, em cumprimento às exigências para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Professor Especialista José Boaventura Filho

Juazeiro do Norte – CE
2019

LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE SOB A LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Jonas Rafael Gomes Nogueira ¹
José Boaventura Filho ²

RESUMO

O presente artigo aborda o princípio da não autoincriminação e suas limitações no ordenamento jurídico brasileiro. A problemática apresenta-se na apresentação de uma garantia fundamental utilizada pelo sujeito passivo na persecução penal se contrapondo à busca pela justiça, uma vez que o embate entre os princípios gera grande divergência doutrinária. A realização do trabalho se dá por meio de uma revisão bibliográfica analisando tanto a doutrina quanto os diplomas legais que envolvem o instituto da não autoincriminação, conhecido como *nemo tenetur se detegere*. Ao longo de seis tópicos observamos a evolução histórica do *nemo tenetur se detegere* e como ele evoluiu até chegar ao estágio em que se encontra hoje. Podemos observar também como ele está positivado no ordenamento jurídico brasileiro bem como o tratamento dado ao instituto da não autoincriminação pela doutrina. Após isso, analisamos as limitações ao princípio da não autoincriminação no ordenamento jurídico pátrio a fim de entendermos esta garantia e sua aplicação na persecução penal. Por fim, o último tópico é reservado às considerações finais.

Palavras-chave: Princípio da não autoincriminação. Garantia Fundamental. Ordenamento Jurídico.

ABSTRACT

The present article addresses the principle of non self-incrimination and its limitations in the Brazilian's legal system. The problematic is shown in the presentation of a fundamental guarantee utilized by the passive subject in criminal prosecution in contrast to the pursuit of justice, once the clash of principles generates a doctrinal divergence. The accomplishment of the work is made by a bibliographic revision analyzing both the doctrine and the legal diplomas that involves the principle of non self-incrimination, known as *nemo tenetur se detegere*. Along seven topics we observe the historical evolution of the *nemo tenetur se detegere* principle until the current stage it's in today, we can as well observe how it's expressed in the legal system as well as the treatment given to the non self-incrimination principle by the doctrine. After that, we analyze the limitations to the non self-incrimination principle in order to understand its applications in criminal prosecution. By the end, the last topic is reserved to final considerations.

Key-words: Non self-incrimination principle. Fundamental Guarantee. Legal System

1 INTRODUÇÃO

¹ Discente do curso de Direito da UNILEÃO. Email: jonas.nogueira@hotmail.com

² Docente do curso de Direito da UNILEÃO. Email: boaventura.adv@hotmail.com

O objetivo deste trabalho é avaliar as limitações do princípio da não-autoincriminação no sistema jurídico pátrio. Neste sentido, foi avaliada a amplitude de sua incidência, bem como a possibilidade de relativização deste princípio em detrimento de outros direitos fundamentais.

Há, no ser humano, o instinto de buscar a defesa de qualquer ato que possa comprometer o seu direito à liberdade. É algo inerente à própria condição humana, que guarda relação com os mais remotos impulsos do homem, na luta pela conservação de seus valores morais e físicos.

O princípio da não-autoincriminação, ou como é conhecido, *nemo tenetur se detegere*, versa que ninguém será obrigado se autoincriminar, porém, não é de sempre que tal princípio é tratado como absoluto, se moldando de diferentes formas em diferentes localidades ao longo da história, sendo a evolução histórica do princípio abordada no terceiro tópico do presente trabalho, passando pela antiguidade e idade contemporânea, vislumbrando, ainda, a aplicabilidade do referido princípio sob a ótica do sistema inquisitivo, bem como do sistema acusatório.

Em seguida, são tratadas as derivações do *nemo tenetur se detegere*, evidenciando preceitos constitucionais, tais como o direito de não produzir provas contra si mesmo, sob a luz do direito ao contraditório e ampla defesa, e o direito ao silêncio, dispostos na Constituição Federal no Artigo 5º, incisos LV e LXIII, respectivamente. Na sequência, faz-se mister a análise da incidência no princípio com o advento da lei 12.654 de 2012, a qual trata da coleta obrigatória de material genético e de bancos de dados genéticos, não podendo esquecer, também dos casos disciplinados pelo Código de Trânsito Brasileiro, no tocante à embriaguez ao volante, sob a ótica da doutrina brasileira e da aplicação do *nemo tenetur se detegere*.

Em sede de conclusão, é abordado de forma mais ampla o princípio da não-autoincriminação e sua incidência nas provas invasivas e não invasivas, bem como as mudanças acarretadas pelo advento da lei 12.654 de 2012, a qual disciplina, em caráter supralegal, o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, culminando em divergências doutrinárias por haver confronto entre direitos fundamentais, pondo, assim, em dúvida a legalidade da lei nº 12.654 de 2012, por provável infringência ao princípio da não-autoincriminação.

O presente trabalho trata-se de pesquisa bibliográfica de caráter básico, qualitativo e de cunho exploratório. De acordo com Boccato (2006) a pesquisa bibliográfica, tem por objetivo a resolução de um problema por meio de referenciais

teóricos publicados, analisando e discutindo várias contribuições científicas. Esta modalidade de pesquisa ira trazer contribuições acerca do conhecimento pesquisado, demonstrando a forma como foi tratado o assunto apresentado na literatura científica.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS AO NEMO TENETUR SE DETEGERE

O presente tópico tem por função abordar a gênese do princípio da não-autoincriminação, sendo considerado como um princípio subjetivamente intrínseco à condição de ser humano, tendo como base a defesa da liberdade, ou de qualquer que seja a situação que possa por em risco o direito de ir e vir. Logo, no presente capítulo, observar-se-á a sequencia histórica de mutações sofridas pelo *nemo tenetur se detegere*, até os tempos atuais.

A busca pela liberdade ou a sua preservação são características do ser humano, podendo ser consideradas fundamentos naturais do homem. Para Rousseau (1995) havia um estado de natureza, onde o homem possuía liberdade sem restrições, somente limitada pela suas próprias barreiras, sejam elas morais ou físicas, tem-se por estado de natureza um estado pré-social, anterior à organização do homem em sociedade. Havia também um estado civil, onde o homem, já no convívio em sociedade, conduzia sua liberdade dentro das limitações delineadas pelos próprios homens, fazendo que, assim, os homens viessem a obedecer às leis e não mais aos homens em si.

Ao falar em direito à liberdade, está se falando em um direito fundamental, da primeira geração de direitos, pressupondo, assim, a igualdade dos indivíduos em relação ao ordenamento jurídico (BOBBIO, 1992). Para Araújo e Nunes Júnior (2005) a proteção à dignidade do homem, resguardando sua liberdade e autopreservação, é a principal característica dos direitos fundamentais.

Assim sendo, o princípio da não-autoincriminação se vê integrado ao rol de direitos fundamentais, visto que é um meio de resguardar a dignidade do homem. A dignidade e parte da essência humana, sendo considerado um conceito preexistente intrínseco ao ser humano. (QUEIJO, 2012).

A expressão *nemo tenetur se detegere*, literalmente significa que ninguém e obrigado a se descobrir (QUEIJO, 2012). De forma a manter a dignidade e sua condição de liberdade, o homem não pode ser forçado a produzir provas contra si mesmo, tendo em vista ser condição que vai de encontro a busca pela própria liberdade.

No ordenamento jurídico pátrio, o *nemo tenetur* é conhecido como princípio da não-autoincriminação e pode ser definido como a escusa da obrigação de fornecer “elementos de prova que tenham ou possam ter futuro valor incriminatório” (HADDAD, 2005, p. 69).

Para Gomes Filho (1997), o princípio do *nemo tenetur* enseja numa rejeição ao caráter inquisitorial do processo penal, visto que, durante vasto período da história, os interrogatórios eram caracterizados pela violência, seja ela física ou psicológica, bem como o uso de outros vários métodos, capazes de arrancar uma confissão forçada.

Ainda:

O direito a não-autoincriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional (IBIDEM, p. 114).

No mesmo sentido, Damásio de Jesus (2011) preceitua que o acusado deveria ser tratado com dignidade no processo penal em sua integralidade. O princípio do *nemo tenetur se detegere* possui forte relação com a proteção à dignidade humana no momento em que proíbe o uso de qualquer tipo de constrangimento ou violência no intuito de forçar o acusado a cooperar na persecução penal, assegurando, assim, a sua integridade física e moral (QUEIJO, 2012).

Diante do que foi exposto até aqui, não restam dúvidas de que a garantia dada ao acusado para que o mesmo não seja obrigado a produzir provas contra si mesmo possui fundamentação na garantia de sua própria dignidade, visto que não são mais utilizados métodos violentos com o intuito de garantir sua confissão.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO NEMO TENETUR SE DETEGERE

O direito penal sofreu diversas mutações ao longo do tempo, ainda mais se forem analisados os entendimentos jurídicos a respeito das penas impostas aos acusados, bem como no sistema penal como um todo.

Afirma Lopes Junior (2009, p. 55):

Na história do direito se alternaram as mais duras opressões com as mais amplas liberdades. É natural que nas épocas em que o Estado viu-se

seriamente ameaçado pela criminalidade, o Direito Penal tenha estabelecido penas severas e o processo tivesse que ser também inflexível.

Na Grécia antiga iniciou-se o sistema acusatório, que consistia em “um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades.” (IBIDEM, p. 125). O sistema inquisitório passou a substituir o sistema acusatório, neste novo sistema a disputa não mais era entre acusador e acusado, mas sim entre juiz-inquisidor e acusado. Passaram-se alguns séculos no sistema inquisitório, então, novamente devido ao caráter evolutivo do direito, novas transformações resultaram no sistema processual vigente na atualidade, o sistema acusatório.

3.1 ANTIGUIDADE

É chamado de antiguidade o período entre 4.000 a.C. até 476 d.C. Entre os hebreus, se fazia presente a máxima *ein adam se ipsum tenetur*, que em tradução literal significa que o homem não poderia apresentar-se como culpado. Era inadmitido qualquer testemunho auto-incriminatório, ainda que voluntário. Ao analisar o contexto histórico em que se encontrava essa vedação, será possível perceber que não deriva de uma proteção maior ao acusado, mas sim de norma religiosa, vez que a vida do homem, neste período, não pertencia a ele próprio, mas sim a Deus.

Com o advento da lei de Talião, observamos a dosagem da pena em razão do dano causado, eternizada pela máxima “olho por olho, dente por dente”. No entanto, apenas com o advento do Código de Hamurabi e a Lei das XII Tábuas é que se pôde vislumbrar uma delimitação da ação punitiva, culminando, assim, em um novo tempo em matéria de direito penal. Apesar do grande avanço trazido pelos dispositivos anteriormente citados, não havia a previsão formal de interrogatório do acusado, o mesmo, no entanto, poderia ser ouvido por meio de interrogatório sob juramento, visando descartar ou comprovar sua culpa (QUEIJO 2012).

Com o código de Manu, datado entre 1.300 e 800 a.C. o silêncio do acusado passou a ser a assinatura de sua sentença de culpa, como pode se verificar no artigo de numero treze, do código de Manu: “É preciso ou não vir ao tribunal ou falar segundo a verdade: o homem que nada diz, ou profere uma mentira, é igualmente culpado.” (COSTA, RIBEIRO E BRASIL, 2014, p. 91).

No direito grego e no direito romano a tortura era utilizada e legitimada como meio de prova no processo penal. Neste sentido, preceitua Haddad (2005, p. 100) a respeito do direito Romano:

A tortura era legitimada para obrigar o acusado a falar, o juramento era exigido pelo acusado e a defesa era exercida exclusivamente por ele. Nesse quadro, dificilmente o acusado possuiria uma liberdade de autodeterminação que lhe permitisse silenciar, não participar das audiências ou até mesmo declarar o que lhe fosse conveniente.

Com a decadência do império romano, teve início a Idade Média, onde torturas tomaram caráter religioso, buscando obter a rainha das provas, a confissão (AMARAL, 2009). Será o período tratado na sequência.

3.2 IDADE MÉDIA

É compreendida entre 476 a.C. e 1.453 d.C. Neste período observa-se uma supervalorização da religião, onde a tortura e penas severas eram formas de penitência pelos pecados cometidos.

Decorrente dessa supervalorização do religioso, temos as penas seguindo esta mesma linha, os delitos não ofendiam somente a sociedade, mas a todos os homens tementes a Deus, nas palavras de Cavalcante (2002) “as torturas eram tidas como refinada ferocidade e descritas minuciosamente, pois uma vez que se ofendia a Deus, e, portanto, a todos aqueles que Nele criam e temiam, assumia o delito proporções agigantadas.”

Não se vislumbra nenhuma sombra do direito contra a autoincriminação no sistema inquisitivo, mas sim um oposto do dever de autoincriminação, consistente na obrigatoriedade da confissão de culpa do acusado. A direção do procedimento criminal era incompatível com esse direito, que impediria seu sucesso: se o acusado não se auto incriminasse, o processo não alcançaria sua finalidade de revelar a verdade e tornar aquela pessoa consciente de seus atos de pecado e, assim, capaz de expiar sua culpa, obtendo a salvação espiritual (ARAÚJO, 2013, p. 36).

Neste contexto, a confissão tinha como finalidade apenas legitimar a aplicação da sanção e, para a obtenção da confissão, era permitido e justificado o uso de qualquer meio, tornando, assim, a tortura algo protocolar no processo penal.

3.3 IDADE MODERNA

Período compreendido entre 1453 e 1789 d.C. onde surge e ganha força o iluminismo, época onde firmou-se uma nova concepção acerca do homem, em como do convívio em sociedade, havendo o questionamento acerca do direito penal enquanto problemática jurídica e filosófica.

A mudança iniciou-se no século XVIII, o bojo do movimento iluminista de reação ao obscurantismo. A grande obra de Cesare Beccaria, publicada na Itália em 1794, preconizava: condição entre as leis e o sentimento natural do homem nasce dos juramentos que se exigem do réu, para que seja verdadeiro, quando tem o máximo interesse de ser falso. Como se homem pudesse jurar sinceramente quando contribui para a própria destruição (AMARAL, 2009, p. 40).

Haja vista possuir um caráter predominantemente racional, o pensamento iluminista abominava o emprego de tortura e se posicionava contra a exigibilidade de juramento, ressaltando que toda declaração do acusado que pudesse ser utilizada para a sua autoincriminação, não deveria ser considerada algo natural, bem como a vedação da utilização de qualquer meio que forçasse o acusado a confessar, considerando (especialmente a tortura) algo imoral. (QUEIJO, 2012)

Surge, então, no direito europeu, o princípio da não-autoincriminação, ou, como chamavam-no à época, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, que, em tradução significa que ninguém é obrigado a revelar sua própria vergonha (AFONSO, 2016).

3.4 IDADE CONTEMPORÂNEA

Período iniciado em 1789. Importantes discussões sociais no âmbito internacional resultaram em diversos documentos que visam nortear as ações dos Estados, especialmente a partir do século XX. Um dos mais importantes documentos da sociedade contemporânea surgiu em 1948 e, desde então, serve como base e fundamento para diversas decisões jurídicas e sociais: a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O direito ao silêncio do acusado, apesar de não estar devidamente expresso na Declaração, já encontrava um cenário favorável a seu reconhecimento, uma vez que as garantias reconhecidas no documento apontavam uma grande mudança no tocante ao cenário processual criminal em nível mundial. Abordagens mais humanitárias foram

apresentadas como a proibição à tortura, reconhecida no artigo V e o reconhecimento da presunção de inocência, apresentada no artigo IX e XI, 1. Todos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Artigo V. Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo IX. Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo XI. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

4 PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da não autoincriminação passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente no artigo 5º, inciso LXIII, com o seguinte texto:

O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Há, então, a hipótese de o acusado valer-se do princípio da não autoincriminação em seu proveito, uma vez que não é obrigado a confessar e nem mesmo falar, sem prejuízo de sua defesa, exercendo o seu direito de permanecer em silêncio.

Já na década de 90, o Brasil veio a ratificar a sua acessão ao Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado por meio do Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992. O Pacto traz em seu corpo, mais precisamente no artigo 14, item 3, alínea g, disposições acerca do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Artigo 14, item 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Ainda em 1992, nesse mesmo sentido, também foi promulgado o Decreto 678 de 6 de novembro de 1992 o qual vem a retificar a anuência do Brasil à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. A convenção traz, em seu artigo 8, item 2, alínea g, o seguinte texto:

Artigo 8, item 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Em 2003, por meio da lei 10.792, ocorreu significativa mudança no Código de Processo Penal, mais precisamente em seu artigo 186, que trazia a seguinte redação: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. Logo, pode-se perceber que o interrogatório possuía um caráter muito mais probatório do efetivamente um meio de defesa do acusado, porém, o acusado não encontrava-se obrigado a prestar juramento e sua confissão possuía um valor relativo.

Após o advento da referida lei, o artigo 186 do Código de Processo Penal passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Com esta alteração no texto do artigo, a persecução penal passa a entrar em conformidade com os princípios fundamentais, mais especialmente com o princípio da dignidade da pessoa humana, através do acolhimento e positivação do direito a não autoincriminação.

De acordo com Gomes (2014) não se pode admitir que o processo penal seja inquisitivo, de modo a se valer de práticas repulsivas como a tortura, ou de confissões e condenações lastreadas em um sistema injusto, desumano e cruel. Desse modo, o princípio da não autoincriminação:

[...] objetiva proteger o indivíduo contra 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 de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações (QUEIJO, 2012, p 77).

Nucci (2016) entende que a proteção a não autoincriminação é uma conduta que emana do sistema constitucional com reconhecimento pela jurisprudência, visto que o acusado não encontra-se obrigado a produzir prova contra si mesmo. Uma vez que tal princípio resta positivado no ordenamento jurídico brasileiro não há o que se falar em crime de desobediência pois a faculdade de não produzir provas contra si mesmo nada mais é do que um pleno exercício de um direito fundamental, com vistas a garantir a manutenção da liberdade do indivíduo e assegurar a dignidade da pessoa humana.

Faz-se mister ressaltar que, de acordo com Silva (2016, p. 115) o *nemo tenetur* representa uma proteção do arguido em face de toda e qualquer tentativa de obtenção forçada ou coativa de declarações auto incriminatórias e, portanto, garantir plenamente o exercício do direito ao silêncio e liberdade de declaração.

Lopes Júnior (2012) entende que o princípio da não autoincriminação figura como o exercício pleno da autodefesa, podendo esta ser de dois tipos: positiva ou negativa. No caso do *nemo tenetur*, há um exercício da autodefesa negativa. Para o autor:

A defesa pessoal negativa, como o próprio nome diz, estrutura-se a partir de uma recusa, um não fazer. É o direito de o imputado não fazer prova contra si mesmo, podendo recusar-se a praticar todo e qualquer ato probatório que entenda prejudicial à sua defesa (direito de calar no interrogatório, recusar-se a participar de acareações, reconhecimentos, submeter-se a exames periciais, etc.) (LOPES JUNIOR, 2012, p. 560).

Conforme preceitua Carazai (2014) o *nemo tenetur* figura no rol dos princípios que garantem o devido processo legal, acompanhado da ampla defesa, da vedação ao uso de provas ilícitas, da presunção de inocência, bem como outros princípios que visam promover a manutenção da dignidade da pessoa humana na persecução penal.

Há, lastreada nesse princípio, a possibilidade de o acusado faltar com a verdade ou, ainda, mentir nas suas declarações. Neste sentido, observa-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal (2011, p. 339) o qual destaca a possibilidade de “mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal”.

O princípio do *nemo tenetur* se detegere possui, basicamente, dois aspectos: direito ao silêncio e o direito de não produzir provas contra si mesmo (LOPES JUNIOR 2012). Neste contexto, Gomes (2014) considera que esses aspectos possuem, individualmente, suas características. No direito ao silêncio observa-se: o 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 prejudiquem sua situação jurídica. Já no direito de não produzir ou não contribuir de forma ativa para a produção de provas contra si mesmo figuram: o direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa; direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios; direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória.

Conforme Queijo (2012) o reconhecimento do direito ao silêncio foi o ponto de partida para que a liberdade moral do acusado e a autodeterminação fossem valorizadas, onde o acusado passou a decidir se colaboraria ou não na persecução penal, especialmente no interrogatório. O silêncio pode, ainda, ser interpretado como uma estratégia da defesa, uma vez que o silêncio não pode e nem deve ser usado em prejuízo do acusado em respeito ao *nemo tenetur se detegere*.

Deveras importante ressaltar que o princípio da não autoincriminação não pode e nem deve ser invocado para acobertar atividades que resultem em danos a terceiros, mas tão somente para que haja a proteção do acusado (HADDAD, 2005, p. 180). Vale lembrar que o princípio da não autoincriminação possui limites, haja visto ser possível, em algumas situações, driblar a falta de colaboração do acusado, devendo a autoridade judiciária valer-se de outros documentos e instrumentos que venham a comprovar o fato.

5 LIMITAÇÕES AO NEMO TENETUR SE DETEGERE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao invocar um direito, buscando resguardar a liberdade e dignidade do acusado, não se pode limitar ou prejudicar a capacidade do estado na busca pela justiça, logo, ainda que haja o respeito ao princípio da não autoincriminação, o ordenamento jurídico pátrio vem a impor limitações a este princípio, bem como fornece possibilidades diversas para que se conclua o processo penal.

Para Pereira (2012, s.p.):

Se por um lado o Estado visa proporcionar uma melhor qualidade de vida para a população, promovendo desde ações afirmativas até a implantação de novas garantias; por outro, deve observar formas humanizadas e dignas de

conter a criminalidade e garantir a sua eficiência na punição dos infratores. No estágio atual da humanidade, não se pode conceber um direito penal do autor, um indevido processo legal e uma desigualdade entre as pessoas.

Existem algumas provas que dependem de cooperação do acusado, como as provas invasivas. Estas podem revestir-se do *nemo tenetur*, logo impossibilitam seu uso na persecução penal, no entanto, algumas provas não invasivas podem ser utilizadas sem que haja prévia autorização do acusado como: exames de DNA de materiais biológicos provenientes do local do suposto delito, identificação datiloscópica, entre outros.

Nesse mesmo sentido, há de se observar, nos crimes de trânsito que apesar de o condutor recusar-se a realizar o “teste do bafômetro”, o Estado pode se valer de outros meios para aferir se o condutor está sob o efeito de álcool, como a prova testemunhal, por exemplo. Segue abaixo o que versa o Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

§ 2º A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas.

Portanto havendo a hipótese de o condutor se valer do princípio da não autoincriminação, é válido ao Estado utilizar de outras formas para identificar e atestar a ocorrência de infração de trânsito por parte do condutor do veículo, algo que se faz necessário, tendo em vista os índices de acidentes de trânsito envolvendo condutores sob o efeito de substâncias psicoativas, dentre elas, principalmente, o álcool.

Visto isso, pode-se perceber, conforme o que preceitua Silva (2014, p. 114) que:

[...] o *nemo tenetur* não é afinal um princípio tão “aproposado” que justifique a anunciada perda de interesse no seu estudo. A resolução das situações de conflito tipicamente ligadas à sua aplicação e a determinação do seu efeito-à-distância têm, pelo contrário, suscitado nos últimos tempos preocupações cada vez mais sérias.

Um princípio não pode ser invocado em detrimento de outro, é inconcebível garantir o direito à não autoincriminação acima da busca pela justiça, pela manutenção da ordem social. Giongo (2016, p. 383) indaga qual seria o “conteúdo essencial” do *nemo tenetur*, até que ponto se pode impor uma restrição sem que se afete a finalidade

da mesma. É certo que um cidadão não deve ser forçado ou constrangido a colaborar com a sua própria incriminação, logo, é arbitrária a conduta do estado em exigir que o acusado ceda informações que sirvam de bases probatórias para a conduta delituosa.

São questões como estas que devem servir de norte para que, cada vez mais, sejam abertas discussões sobre o *nemo tenetur se detegere*, pois, da mesma forma que é um forte aliado para que não se cometam abusos e violências contra o acusado no decurso da persecução penal, a ação ou invocação do princípio não pode representar um entrave na busca pela solução das lides penais. Desta forma, o princípio da não autoincriminação “não é uma garantia fundamental absoluta, podendo ser restringida, quando em conflito com outros valores constitucionais, através da ponderação” (GIONGO, 2016, p. 383). Portanto, devem ser consideradas as garantias envolvidas e buscar a justiça em sua plenitude.

5.1 A LEI Nº 12.654 E O NEMO TENETUR SE DETEGERE

O advento da lei nº 12.654/2012 veio trazer certas limitações ao princípio da não autoincriminação, especialmente no tocante a certos tipos penais, passando a permitir a extração compulsória de DNA do sujeito, independentemente da anuência deste.

A identificação criminal de que trata o inciso LVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 88 era anteriormente regulada pelo artigo 3º da lei nº 12.037/09 com o seguinte texto:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

E, conforme o artigo 5º, ainda da lei nº 12.037/09, a identificação criminal se daria por meio do processo datiloscópico e fotográfico. A grande mudança trazida pela lei nº 12.654/12 foi a inclusão da coleta compulsória de material genético para fins de identificação criminal alterando tanto as disposições da lei nº 12.037/09, como trazendo o texto do artigo 9-A da lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) que ficou com a seguinte redação:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 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, há de se observar que no artigo 9-A da lei nº 7.210/84 traz um cerceamento ao poder de escolha do investigado acerca da aceitação em ceder seu corpo para que seja realizada a extração de material genético. Antes da vigência da lei nº 12.654/12 havia por parte do sujeito passivo uma faculdade de ceder ou não o seu corpo, lastreada no princípio da não autoincriminação, no entanto, a referida lei vem a limitar esse direito, tornando obrigatória a participação do sujeito passivo na identificação criminal.

É notória a limitação ao *nemo tenetur* ocasionada pelo advento da lei nº 12.654/12, o que leva à realização de uma ponderação de direitos fundamentais, uma vez que estes não são absolutos, de forma a existirem entraves jurídicos entre os direitos fundamentais e a possibilidade de limitações destes. Para Lopes Junior (2012, p. 455), existem três hipóteses em que o legislador pode limitar direitos fundamentais: “que a própria constituição preveja a limitação de forma expressa; que a constituição outorgue o poder de restrição a uma norma ordinária; que a constituição não limite direta ou indiretamente o direito fundamental”.

A terceira hipótese é a que se apresenta nesta discussão, visto que notadamente há conflito entre direitos fundamentais, devendo, assim, o órgão jurisdicional ponderá-los e, seguindo a regra, não se deve diminuir a segurança jurídica da sociedade em geral, em detrimento de um único indivíduo. O interesse coletivo e a ordem social devem prevalecer sobre os interesses particulares.

Desta forma, faz-se necessário compreender que o *nemo tenetur* não se trata de um princípio absoluto, uma vez que não pode relativizar a justiça social, bem como não pode favorecer o particular em face do coletivo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tem por objetivo demonstrar a amplitude do *nemo tenetur se detegere*, por meio de revisão doutrinária e normativa como este princípio evoluiu com o decorrer do tempo, sendo objeto de diversas modificações pelo transcurso do tempo e das evoluções dos seres humanos enquanto membros da sociedade, deslocando-se entre extremos desde o não reconhecimento do princípio da não autoincriminação, até a positivação e reconhecimento como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

O *nemo tenetur se detegere* guarda forte relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo previsão de ambos em diversos diplomas internacionais. Sendo objeto de merecida notoriedade a Declaração Universal dos Direitos Humanos onde, apesar de não haver expressa menção ao direito a não autoincriminação, combateu as arbitrariedades do Estado, trazendo em seu corpo dispositivos que visavam resguardar a dignidade da pessoa humana e humanizar a persecução penal, proibindo a tortura e positivando a presunção de inocência.

Apesar de tratar-se de um princípio fundamental, observa-se que o *nemo tenetur* não se trata de um princípio absoluto e isento de limitações. Como visto anteriormente, não se pode invocar um princípio em detrimento de outro, especialmente quando se trata de uma relação entre o interesse privado em detrimento do bem estar coletivo. O cumprimento da justiça não pode restar prejudicado em face da invocação do princípio da não autoincriminação, justamente por isso que o estado pode se valer de outros meios para que se possa realizar a coleta de provas e chegar a conclusões a respeito da autoria e materialidade de determinado fato delituoso, ainda que o acusado venha a exercer seu direito ao silêncio e a não colaboração na produção de provas contra si mesmo.

Percebe-se também que a lei nº 12.654/12 veio trazer mais uma limitação ao *nemo tenetur se detegere* a partir do momento em que torna obrigatória a coleta de material genético para fins de identificação criminal. Deve ser levada em consideração a busca da verdade real, contribuindo fortemente para que se evite processar e incriminar equivocadamente sujeito inocente.

Ante o exposto, observa-se que o princípio do *nemo tenetur se detegere* é de grande importância para a garantia de uma persecução penal justa e humanitária, respeitando a pessoa do acusado, resguardando, assim a dignidade da pessoa humana frente ao sistema jurídico brasileiro, mas, também, não deve ser tratado como princípio absoluto, uma vez que o mesmo padece de limitações impostas pelo ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Marcelo Santiago de Moraes. A origem, desenvolvimento e consolidação do direito à não autoincriminação: um retorno ao passado para se pensar o futuro. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n.9, 2016, p.157-186.

AMARAL, Thiago Bottino do. **Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARAÚJO, Rochester Oliveira. **O direito fundamental contra a autoincriminação: a análise a partir de uma teoria do processo penal constitucional**. Dissertação (Mestrado), Univerisade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2013.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em 04 nov. 2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOCCATO, V. R. C. Metodologia da pesquisa bibliográfica na área odontológica e o artigo científico como forma de comunicação. **Rev. Odontol. Univ.** Cidade São Paulo, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 265-274, 2006.

CARAZAI, Marcos Marins. A interpretação do STF sobre o direito ao silêncio e o contraditório no processo penal. **Revista da Faculdade de Direito**, Faculdade de Direito da PUC/SP, n.1, 2014, p. 119-141.

CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos. Evolução histórica do direito penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, III, n. 11, nov 2002. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4756&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em nov 2019.

COSTA, Naiara Lauriene Souza; RIBEIRO, Gilman Hort; BRASIL, Deilton Ribeiro. Código de Manu: principais aspectos. **Revista Athenas**, v. 2, ano. III, ago.-dez. 2014. p.88-94.

GIONGO, Juliana Leonora Martinelli. A identificação criminal pelo DNA em face da garantia contra a autoincriminação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, jul-dez. 2016, p.377-405.

GOMES, Luiz Flávio. **Beccaria (205) anos e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?** São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Princípio da não autoincriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. 26 jan. 2010. Disponível em:
<<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>. Acesso em 03 nov. 2019.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HADDAD, CHB. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 2.ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Gustavo Lázaro. A identificação criminal em face da nova Lei 12.64/12: breves apontamentos. **Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito**, Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral de Garça/SP, ano I, n. 2, jul. 2012.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 06 nov. 2019.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 06 nov. 2018.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 06 nov. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo

Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/Del3689.htm>. Acesso em 03 nov. 2019.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 03 nov. 2019.

_____. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.** Institui o Código de Trânsito

Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 03 nov. 2019.

_____. **Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009.** Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da

Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em: 05 nov. 2019.

_____. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012.** Altera as Leis nos 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em 05 nov. 2019

QUEIROZ, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** São Paulo: Hemus, 1995.

SILVA, Sandra Oliveira. **A liberdade contra a autoincriminação no processo penal:** breves considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n.80, mai-ago. 2016, p. 111- 128.

SILVA, Emilio de Oliveira. **Identificação genética para fins criminais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo.** 4.ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.