

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**PEDRO HENRIQUE PANDOLFI SEIXAS**

**A (IN)EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DO *NEMO  
TENETUR SE DETEGERE***

VITÓRIA  
2018

PEDRO HENRIQUE PANDOLFI SEIXAS

**A (IN)EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DO *NEMO*  
*TENETUR SE DETEGERE***

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial de conclusão de curso para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do professor doutor Gustavo Senna Miranda.

VITÓRIA  
2018

# PEDRO HENRIQUE PANDOLFI SEIXAS

## A (IN)EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

### COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Gustavo Senna Miranda  
Faculdade de Direito de Vitória  
Professor Orientador

---

Prof.  
Faculdade de Direito de Vitória

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, professor doutor, Gustavo Senna Miranda, pelos ensinamentos, auxílio e paciência durante a realização desse trabalho acadêmico.

Ao Professor Américo Bedê, cuja aula inspirou o presente tema e a todos os professores que colaboraram para a minha formação acadêmica e me inspiraram a buscar conhecimentos além dos passados em sala.

A Julia Ronconi Costa, pelo apoio e compreensão nas horas de ausência necessárias para a confecção do presente trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho tem como principal questionamento a existência ou não da previsão legal do direito de não produzir prova contra si mesmo e como a pretensa previsão legal se coloca diante do sistema normativo pátrio. Para isso, faz-se uma análise da evolução histórica do *nemo tenetur se detegere* e de como este princípio está presente no direito brasileiro. Após, faz-se o questionamento de como o texto normativo deve ser interpretado com a finalidade de promover os direitos fundamentais individuais e sociais. Para isso, averigua-se a hermenêutica do texto normativo em confronto com a Constituição Federal para chegar a conclusão da existência ou não do *nemo tenetur se detegere* no direito brasileiro.

**Palavras-chave:** *nemo tenetur se detegere*. hermenêutica. princípio da máxima taxatividade legal e interpretativa. direito processual penal. direito constitucional. Dworkin.

## SÚMARIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 O NEMO TENETUR SE DETEGERE - CONCEITO E ORIGENS</b> .....	9
1.1 RAÍZES HISTÓRICAS.....	11
1.1.1 Origem no <i>common law</i> .....	11
1.1.2 Origem no <i>civil law</i> .....	13
1.2 TORTURA E DIREITO AO SILÊNCIO X DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO.....	14
<b>2 A PREVISÃO LEGAL DO NEMO TENETUR SE DETEGERE</b> .....	15
<b>3 A HERMENÊUTICA DO PRINCÍPIO</b> .....	17
3.1 AS DIFERENTES TÉCNICAS HERMENÊUTICAS .....	19
3.2 AS DIFERENTES INTERPRETAÇÕES DO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> .....	23
<b>4 O PRINCÍPIO DA MÁXIMA TAXATIVIDADE LEGAL E INTERPRETAIVA APLICADO AO NEMO TENETUR SE DETEGERE</b> .....	25
<b>5 A VISÃO POSITIVISTA X PÓS-POSITIVISTA - INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO EM ACORDO COM O ORDENAMENTO</b> .....	27
5.1 DWORKIN E A CRÍTICA À TESE DE HART: Reflexos a aplicação do <i>nemo tenetur se detegere</i> .....	29
<b>6 DA NECESSIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA</b> .....	30
<b>CONCLUSÃO</b> .....	33
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	34

## INTRODUÇÃO

Dentre os pensadores do direito processual brasileiro, há a predominância do entendimento de que o réu não pode ser compelido a produzir provas contra si mesmo sob nenhuma circunstância. Esta posição é defendida, com preponderância, por Maria Elizabeth Queijo, em sua obra intitulada *O direito de não produzir prova contra si mesmo*<sup>1</sup>; e por Aury Lopes Jr., em seu *Direito Processual Penal*<sup>2</sup>. Em breve síntese, entendem os autores que o *nemo tenetur se detegere* é um princípio constitucional que se estende a um Direito Fundamental do acusado em permanecer-se inerte durante a instrução penal, de forma a deixar todo o encargo probatório por conta do Estado. Assim, a existência e aplicação deste pretense direito fundamental é vista como um refúgio do cidadão frente à força acusatória estatal e possui como finalidade proteger o sujeito do processo penal de possíveis abusos que visariam uma condenação a qualquer custo.

De acordo com os defensores da existência do princípio, este encontra fundamento legal nos diversos acordos internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil, seja no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas; ou na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica.

Em que pese a vasta predominância deste pensamento, há crescente corrente de pensamento que o coloca em xeque essa posição. Autores que enxergam o direito processual penal de uma forma mais positivista argumentam que as normas de direito

---

<sup>1</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

<sup>2</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

internacional não compreendem a previsão do *nemo tenetur se detegere*, mas apenas o direito ao silêncio, que não deveria ser interpretado de forma extensiva.

Ademais, a crescente onda em favor da criação de bancos de dados com perfis genéticos de infratores, cuja colheita se dá de forma compulsória, traz a tona a presença do *nemo tenetur se detegere*. O tema está bem desenvolvido no direito internacional<sup>3</sup>, com destaque para o direito inglês e estadunidense, aonde a prática já é comum. No ordenamento brasileiro, há a presença de mecanismo similar na previsão legal da Lei n. 12.654/2012, que institui a extração compulsória de material genético.

Dito isso, o presente estudo divide-se em três partes bastante distintas. Primeiro, explicita-se o que é o *nemo tenetur se detegere* e quais suas origens e consequências. Com o embasamento adquirido, parte-se para uma análise crítica da interpretação deste princípio frente a hermenêutica positivista, de forma a demonstrar que a previsão legal do princípio não abarca a cultura jurídica que este vem causando.

Em momento posterior, faz-se outra análise, completamente diversa da positivista. Desta vez, partindo de uma lógica pós positivista, abarcando as teorias de Dworkin, de forma a assumir a existência absoluta do *nemo tenetur se detegere*, mas confrontando este princípio com outros princípios constitucionais de forma a averiguar se este deve persistir ou não.

## **1 O NEMO TENETUR SE DETEGERE - CONCEITO, ORIGENS E NOTAS HISTÓRICAS**

A máxima latina, *nemo tenetur se detegere*, também aparece em suas versões *nemo tenetur se podrere*; *nemo tenetur se ipsum accusare*; *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur se accusare*; *nemo tenetur se ipsum prodere*; *nemo tenetur detegere*

---

<sup>3</sup> JOHNSON, Paul; WILLIAMS, Robin. **Genetics and Forensics**: Making the National DNA Database. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1351151/>>. Acesso em: 31 out. 2017.

*turpitudinem suam; e nemo testis contra se ipsum*<sup>4</sup>. Todas, basicamente, com o mesmo significado. A primeira parte da frase, *nemo tenetur*, significa *ninguém é obrigado*, enquanto o restante, pode-se entender de diversas formas, porém, todas com a mesma intenção. Em suma, *se detegere* possui a conotação de “prejudicar-se”; “deteriorar-se”; “mostrar-se”. Em sua faceta mais comumente usada, *nemo tenetur se detegere* significa literalmente “ninguém é obrigado a se descobrir”.

Apesar de ser possível sua tradução literal, a máxima não deve ser entendida como uma simples frase que pode ser decomposta em suas partes menores, mas sim como um objeto único, que possui um significado que vai além da simples soma das palavras. Em nosso idioma, a frase que melhor poderia substituir a original do latim seria: *O direito de não produzir prova contra si mesmo*.

Maria Elizabeth Queijo, em obra que trata sobre o princípio, introduz o *Nemo tenetur* como um princípio que “apresenta importante dimensão no processo penal, na medida em que assegura ao acusado o direito de não se autoincriminar”(QUEIJO, 2012, p. 25). Ainda segundo a autora, este princípio está estritamente ligado ao direito à intimidade; à liberdade moral; dignidade; e intangibilidade corporal e sua manifestação mais tangível é a do direito ao silêncio.

Em linha um pouco divergente, Gustavo Senna Miranda e Américo Bedê Freire Junior, em obra dedicada aos princípios do processo penal, lecionam que o *nemo tenetur se detegere* é “gênero cuja espécie encontra-se no direito ao silêncio” (FREIRE JR; MIRANDA, p. 37), sendo assim uma decorrência do direito ao silêncio e não o direito ao silêncio como consequência do *nemo tenetur*.

Ressalta-se, então, que o direito ao silêncio não pode ser confundido com o princípio em questão, mas apresenta-se apenas como uma manifestação deste no ordenamento jurídico, ou como na visão dos autores Miranda e Freire Junior, o princípio que é decorrência do direito ao silêncio.

---

<sup>4</sup> Todas essas expressões estão presentes na obra: QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 28.

Encontra-se no art. 186 do Código de Processo Penal a previsão legal do direito ao silêncio:

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.

De forma bastante diversa, opera-se a previsão legal do princípio do *nemo tenetur* utilizada pelo direito brasileiro, que embasa-se fortemente nos tratados de direito internacional, os quais serão abordados mais adiante.

## 1.1 RAÍZES HISTÓRICAS

Ademais de sua faceta atual, o princípio possui raízes históricas bastante antigas, sendo possível enxergar seus embriões na antiguidade, de forma singular no direito hebreu, no qual, segundo Maria Elizabeth Queijo, a confissão era vista como ato de loucura e admitia-se o interrogatório sem juramento (QUEIJO, 2012, p. 29). Porém, em momento histórico posterior, esta prática foi abandonada, de forma que, a despeito do que pode-se imaginar sobre a origem do termo latino, não era admitido no direito romano, sendo comum a prática de interrogatórios sob tortura.

Assim se estendeu a prática por toda a idade média. Utilizando-se da tortura para obter a confissão, prova máxima de culpa naquele tempo, o processo penal de cunho inquisitório era baseado na “prévia convicção sobre a culpabilidade do acusado” (QUEIJO, 2012, p. 31).

### 1.1.1 Origem no *Common Law*

Curiosamente, a maior ligação direta que pode-se fazer entre o direito atual e uma aparição do direito de não produzir prova contra si mesmo com um evento histórico, diverge entre as práticas do *common law* e *civil law*. No primeiro, é possível encontrar normas presentes já no ano de 1296<sup>5</sup>, no manual processual medieval *Speculum iudiciale*, compilado por William Durantis. Entretanto, a similaridade com o direito consuetudinário moderno, apenas se verifica a partir do século XVII. Segundo John H. Langbein, ao tratar do *privilege against self-incrimination*, forma como é referido o *nemo tenetur se detegere* no direito anglo-saxão, sua origem é encontrada no século XVII. *In verbis*:

*Prior historical scholarship has located the origins of the common law privilege in the Second Half of the seventeenth century, as part of the aftermath of the constitutional struggles that resulted in the abolition of the courts of Star Chamber and High Commission. (LANGBEIN, 1992, p. 1047)*

Pesquisa histórica anterior localizou a origem do privilégio no direito consuetudinário na segunda metade do século dezessete, como parte das consequências das dificuldades constitucionais que resultaram na abolição das cortes de *Star Chamber* e *High Commission*. (tradução nossa)

Ainda segundo o autor estadunidense, no século XVI até o XVIII, quando começa-se a ter uma ideia do procedimento de julgamento criminal que enseja no procedimento moderno, o fundamento principal dos julgamentos ingleses não era o direito de permanecer calado, mas sim a oportunidade de falar. Dessa forma, propunha-se que o acusado tinha a oportunidade de rebater os argumentos da acusação.

Vale ressaltar que a presença de um advogado de defesa não era permitida nessa época, o que só foi alterado de forma significativa por volta de 1780. Com o advento da presença de defesa, foram incorporados ao sistema de julgamentos diversas alterações, dentre as quais, estava inserida o *privilege against self-incrimination*. Seguindo a lição de Langbein,

*The privilege against self-incrimination entered common law procedure (together with the beyond-reasonable doubt standard of proof and the exclusionary apparatus of the modern law of criminal evidence) as part of this profound reordering of the trial. (LANGBEIN, 1992, p. 1048)*

---

<sup>5</sup> Mais detalhes em QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O privilégio contra a auto-incriminação entrou no procedimento do *common law* (junto com a ausência de dúvida razoável e do aparato exclusivo do sistema moderno de evidência criminal) como parte dessa profunda reorganização do julgamento. (tradução nossa)

De forma paralela se deu a introdução do conceito associado ao *nemo tenetur se detegere* no direito continental europeu. Enquanto na Inglaterra o privilégio contra auto-incriminação surge em decorrência da participação de advogados de defesas nos julgamentos, no continente surge através dos movimentos filosóficos daquela época.

### 1.1.2 Origem no *civil law*

Cesare Beccaria, expoente do Iluminismo Penal característico do século XVIII, ao relatar e contestar a situação da esfera punitiva encontrada na Europa, faz oposição à utilização de métodos de tortura e aos juramentos de verdade impostos aos réus. Em sua obra, *dos delitos e das penas*, Beccaria coloca que é uma “[...] contradição entre as leis e os sentimentos naturais é exigir de um acusado o juramento de dizer a verdade, quando ele tem o maior interesse em calá-la. Como se o homem pudesse jurar de boa-fé que vai contribuir para sua própria destruição.” (BECCARIA, 2015, p. 39-40). Segue ainda,

Consulte-se a experiência e se reconhecerá que os juramentos são inúteis, pois não há juiz que não confirme que jamais o juramento faz o acusado dizer a verdade. A razão faz ver que assim deve ser, por que todas as leis opostas aos sentimentos naturais do homem são vãs e, conseqüentemente, funestas. (BECCARIA, 2015, p. 40)

Quando trata da tortura, o pensador pondera que "se a impressão da dor se torna muito forte para ocupar todo o poder da alma, ela não deixa a quem a sofre nenhuma outra atividade que exercer senão tomar, no momento, a via mais curta para evitar os tormentos atuais." (BECCARIA, 2015, p. 42). Assim, segue:

O inocente exclamará, então, que é culpado, para fazer cessar torturas que já não pode suportar; e o mesmo meio empregado para distinguir o inocente do criminoso fará desaparecer toda diferença entre ambos. (BECCARIA, 2015, p. 42)

Dessa breve leitura do texto, pode-se inferir que a visão de Beccaria, embora envolva dos ideais iluministas, possui cunho pragmático. Uma lei que tenta instituir que o acusado deve dizer apenas a verdade é de fato uma lei inócua, pois é incapaz de produzir efeitos práticos testáveis. Enquanto a prática de tortura não é apenas reprovável, no ponto de vista dos ideais cristãos, também ineficaz para uma persecução penal satisfatória. Logo, a instituição dessas práticas é reprovada em virtude de sua falta de resultados.

Maria Elizabeth Queijo acredita que o surgimento do Iluminismo assentou o princípio da forma como o temos hoje. Segundo a autora, essa época foi

marcada pela construção e reconhecimento das garantias penais e processuais penais, que nos dias de hoje parecem tão sedimentadas, o princípio *nemo tenetur se detegere* revela-se como garantia relativa ao resguardo do acusado no interrogatório. Isso decorre do fato de o acusado, nesse período, já não ser visto exclusivamente como objeto da prova. (QUEIJO, 2012, p. 32)

Diante dessa ligação direta entre as ideias iluministas e o direito continental europeu, pode-se entender que o direito brasileiro percebe o *nemo tenetur se detegere* em sua razão iluminista, de forma alheia às práticas do *common law*.

## 1.2 TORTURA E DIREITO AO SILÊNCIO X DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO

É importante reparar que em nenhum momento histórico foi trazida a ideia de que não se pode compelir a produção de provas por parte do acusado. Os únicos direitos cuja presença histórica é averiguável são o direito ao silêncio, ou seja, de não ser compelido a testemunhar contra si mesmo ou confessar; e o direito de não ser torturado.

Em parte, pode isso ser verdade em virtude da inexistência de exames investigativos mais complexos, ao exemplo da colheita de DNA ou de uma análise de software em crimes sexuais ou financeiros que em grande parte só podem ser realizados com a colaboração do acusado. Assim, não havia a necessidade de se ter uma norma proibindo que o acusado fosse compelido, mesmo que por meio que não a tortura, a produzir alguma prova.

De qualquer forma, quando instituído nos documentos legais que internalizaram o princípio, este foi demasiadamente deturpado em interpretações extensivas, o que será explanado mais adiante. Porém, para isso, faz-se necessário entender como funcionam os diplomas internacionais que preveem a norma e sua internalização.

## **2 A PREVISÃO LEGAL DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE***

O direito ao silêncio possui previsão constitucional bem tímida na Constituição da República Federativa do Brasil. Presente em seu Art. 5º, inciso LXIII, sua presença passa quase despercebida e seu impacto é diminuto quando comparado à presença do mesmo direito nos tratados internacionais. Este inciso institui que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado" (BRASIL, 1988). De plano, o que se percebe é que sua aplicação é restringida ao preso. Logo, de uma interpretação literal da norma, tem-se que apenas o réu preso possui o direito ao silêncio, de forma que este não se estende ao investigado solto.

Já nos tratados internacionais, sua presença é mais generosa. Institui o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em seu art. 14, n. 3, alínea g:

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. (BRASIL, 1992)

Há também previsão nesse sentido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamado de Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu art. 8, § 2º, alínea g, no qual estipula-se que toda pessoa tem o "direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada". (BRASIL, 1992)

Esses tratados internacionais versam sobre o tema e foram ratificados pelo Brasil em 1992, e só então passaram a integrar o ordenamento jurídico pátrio. Apesar de o art. 5º, §3º da CRFB atribuir força de Emenda Constitucional aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, não é o caso dos dois tratados em questão, já que estes não passaram pelo crivo do dispositivo, que requer aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos. Assim, resta aos tratados o §2º, que apenas institui que existem direitos fundamentais alheios aos listados no art. 5º.

Persiste então, pelo menos na esfera doutrinária, discussão quanto a natureza das normas presentes nos tratados internacionais. Diz-se que a discussão permanece apenas na esfera doutrinária em virtude de entendimento decido pelo Supremo Tribunal Federal. Julgou a Corte, através da ADIn 1.480, cujo tema era a subordinação dos tratados internacionais à constituição federal, de forma a entender que os tratados internacionais equiparam-se às leis ordinárias.

Há, a despeito do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, diversas correntes que divergem quanto a natureza da norma. Em se tratando especificamente de tratados de direito internacional que versam sobre direitos humanos, podemos ver que a CRFB não exclui do seu rol de direitos fundamentais aqueles direitos fundamentais decorrentes de princípios por ela adotada ou de tratados internacionais cuja a República Federativa seja parte. Isso se dá em virtude do referido §2º do Art. 5º.

Desse parágrafo, pode-se inferir que independente do crivo do §3º, os direitos fundamentais elencados em tratados internacionais possuem por trás de si a força da constituição, colocando-os assim, no rol dos direitos constitucionalmente defendidos. Flavia Piovezan é forte defensora desta tese. Alguns pensadores mais ousados, como Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello se aventuram em entender que esse tipo

de direito fundamental possui caráter de supra constitucionalidade. Ou seja, estão acima da constituição. Outra tese bastante difundida é a de Gilmar Mendes. O ministro entende que esses direitos fundamentais possuem caráter supra legal, porém infra constitucional.

Ocorre que, ao fazer uma interpretação teleológica do texto constitucional, mais precisamente do Art. 5º, §3º, é razoável entender que a simples ratificação de um tratado internacional de direitos humanos pelo Brasil já é motivo suficiente para que os direitos fundamentais presentes em seu texto tomem vestes de direitos fundamentais protegidos por força constitucional.

Diante de uma interpretação que coloca esses direitos fundamentais em patamar igual aos direitos fundamentais colocados na constituição, pode-se alegar que estes podem servir como fundamento para um eventual controle de constitucionalidade. Com isso, há a possibilidade de controlar aspectos da norma infraconstitucional ou até da atuação de qualquer esfera da administração pública em razão de uma norma de caráter internacional.

Em razão da possibilidade de que tais direitos fundamentais possam ter caráter constitucional, faz-se necessário uma leitura mais atenta dos tratados em questão, conforme princípios hermenêuticos estabelecidos. Acontece que diante de diferentes métodos hermenêuticos, o conteúdo da norma, ou melhor, seu conseqüente lógico, pode se manifestar de formas extremamente divergentes. Logo, faz-se necessário pinçar alguns métodos interpretativos, para que encontre-se uma interpretação do *nemo tenetur se detegere* condizente com ordenamento jurídico brasileiro e a sociedade contemporânea.

### **3 A HERMENÊUTICA DO PRINCÍPIO**

Estabelecido que o *nemo tenetur se detegere*, em sua faceta presente no direito brasileiro, advém da previsão legal das normas de direito internacional, faz-se

necessário analisar de forma crítica a interpretação que é utilizada pelos autores que defendem um direito geral de não produção de provas contra si mesmo.

Para isso, inicia-se uma discussão a respeito do que é uma norma no direito. Eros Roberto Grau chama atenção para a diferença entre norma e texto normativo. Para o autor, a norma é a interpretação do texto normativo. Em afiada crítica dirigida à atividade jurisprudencial, o autor chama atenção para o fato de que o interprete não cria a norma ao interpretar o texto normativo, mas sim a reproduz. Segundo Eros Roberto Grau, “o produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (*a norma*) parcialmente preexiste, potencialmente, no invólucro do texto, no invólucro do enunciado normativo”. (GRAU, 2017, p. 46)

Seguindo ainda a linha do ex Ministro, a norma encontra-se apenas parcialmente involucrada no enunciado normativo, pois essa, como atividade interpretativa do texto normativo, também é determinada pela realidade. Insiste o autor que “a norma é produzida pelo interprete não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (*mundo do dever ser*), mas também a partir de elementos da realidade (*mundo do ser*)” (GRAU, 2017, p. 47).

O autor utiliza a metáfora do músico ao ler a partitura para exemplificar a atividade do operador do direito. Um músico, ao tocar uma música, se atém ao que está escrito na partitura. Entretanto, a simples partitura não produz a música por si só. O som depende do tipo de instrumento utilizado pelo músico, da qualidade da madeira do instrumento, das preferências técnicas do músico, etc. Assim, dois músicos igualmente bons, ao tocar a mesma música, produzem sons distintos que podem ser identificados como uma mesma música, porém, com características próprias de cada um.

Dito isso, a norma, como atividade interpretativa do texto normativo, é evidente resultado da soma de duas operações distintas. A sua identificação normativa e sua comparação com a realidade, ou seja. A leitura da partitura e habilidade/preferências do músico em tocá-la.

Nesta segunda etapa da interpretação normativa é que surge a grande crítica deste

trabalho ao respeito da interpretação extensiva praticada em relação ao *nemo tenetur se detegere*. Ao comparar o texto normativo com a realidade, o mundo do ser, o resultado depende de forma demasiada das concepções e valores do interprete do direito, de forma que o texto normativo, cujo comando é claro, é extrapolado em sua aplicação atual. Para melhor entender as possíveis interpretações da norma, é preciso passar pelas diferentes escolas interpretativas do Direito, bem como pelos diferentes paradigmas do direito positivo e pós positivo.

### 3.1 AS DIFERENTES TÉCNICAS HERMENÊUTICAS

A hermenêutica é a atividade interpretativa do direito, de forma que o texto normativo somente será capaz de produzir seu resultado lógico, a norma, após a atividade hermenêutica. Em razão disso, a aplicação e até a integração do direito - forma de entender uma norma do direito frente o resto do ordenamento - são extremamente afetadas pela forma como se interpreta certo texto normativo. Assim, as diferentes formas de se interpretar uma norma é o que pode-se chamar de diferentes escolas hermenêuticas.

As diferentes formas de interpretação surgem em tempos diferentes, alinhadas com o pensamento jurídico e as necessidades interpretativas da época em que surgiram.

A primeira grande técnica hermenêutica é a chamada “Escola da Exegese”, segundo Miguel Reale, “entende-se aquele grande movimento que, no transcurso do século XIX, sustentou que na lei positiva, e de maneira especial no Código Civil, já se encontra a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social.” (REALE, 1995, p. 274) Segundo a Escola da Exegese, não há necessidade de se olhar além do texto normativo para se extrair o sentido pleno da norma. Ainda segundo Miguel Reale, “tudo está em saber interpretar o direito” (REALE, 1995, p. 274) e, citando Demolombe, “a função do jurista não consistia senão em extrair e desenvolver o sentido pleno dos textos, para apreender-lhes o significado, ordenar as conclusões parciais e, afinal, atingir as grandes

sistematizações.” (REALE, 1995, p. 274).

Nessa toada, há apenas duas lentes sob a qual a interpretação era vista. A interpretação *literal* ou *gramatical* e a *lógico-sistemática*. Na primeira, deve o operador do direito observar o texto normativo, ou seja, o dispositivo legal, de forma a captar o sentido da norma e o reproduzir com a forma mais condizente com a expressão colocada pelo legislador. Em contraposto, na interpretação lógico-sistemática, além de observar o texto normativo, observa-se também observar todo o sistema normativo sob o qual se insere o texto, para identificar sua correlação com os demais.

Em que pese as diferenças entre as técnicas interpretativas literal ou lógico-sistemática, essas não são em si um contraponto absoluto uma da outra, mas sim ferramentas complementares que, utilizadas em conjunto, permitem ao interprete aplicar o direito.

Segundo Reale, para os autores da Escola da Exegese, “É somente graças à interpretação lógica e gramatical que o jurista cumpria o seu dever primordial de aplicador da lei” (REALE, 1995, p. 276), realçando a diferença entre aplicar o direito e criar o direito, conforme a concepção mais moderna.

Em leitura mais moderna, Tércio Sampaio Ferraz Jr. aplica as interpretações surgidas na Escola da Exegese no ordenamento jurídico atual e demonstra como se dá sua operação<sup>6</sup>. O autor divide os referidos tipos de interpretação em três. Diferente de Miguel Reale, Ferraz Jr. não opera a interpretação lógica e a sistemática como se fosse uma coisa só, mas sim diferentes ferramentas aplicadas em diferentes situações. Para o autor, a interpretação lógica é “um instrumento técnico, inicialmente a serviço de identificação de inconsistências.” (FERRAZ JR, 2015, p. 241). Já a interpretação sistemática é utilizada em questões de compatibilidade com a estrutura normativa do ordenamento.

Voltando a lição do mestre Miguel Reale, introduz-se os conceitos da interpretação

---

<sup>6</sup> Para melhor entender a argumentação de Tércio Sampaio Ferraz Jr: FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 8. ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 240-248.

histórica e a evolutiva. Segundo o autor, as grandes evoluções tecnológicas e sociais ocorridas na Europa, tanto continental quanto Inglesa, levaram a óbvios desajustes entre a lei, codificada cerca de um século antes, e a vida cotidiana, de forma que a escola da Exegese não era mais suficiente para suprir as necessidades interpretativas do direito.

Inspirada na Escola Histórica de Savigny, surge a interpretação histórica. Reale diz, “Uma lei nasce obedecendo a certos ditames, a determinadas aspirações da sociedade, interpretadas pelos que a elaboram, mas o seu significado não é imutável.” (REALE, 1995, p. 278). Isso se deve ao caráter evolutivo da história, não devendo confundir o termo histórico como algo que fica adstrito a seu tempo, sem evoluir. Assim, a lei “deve acompanhar as vicissitudes sociais” (REALE, 1995, p. 278), o que leva à compreensão progressiva da lei. Em síntese, esse pensamento desemboca no pensamento de Gabriel Saleilles, que segundo Reale

“deu claros contornos à teoria da interpretação histórico-evolutiva. Segundo essa doutrina, uma norma legal, uma vez emanada, desprende-se da pessoa do legislador, [...]. Passa a ter vida própria, recebendo e mutuando influências do meio ambiente, o que importa na transformação de seu significado.” (REALE, 1995, p. 278)

Ferraz Jr. chama essa corrente de interpretação *histórica, sociológica e evolutiva*. Diferente de Reale, integra o termo sociológico ao título, para demonstrar que as evoluções advêm de mudanças na sociedade. Introduce essa sistemática interpretativa afirmando que além de problemas de ordem sintática, ou seja na estrutura do texto normativo, também existem problemas de ordem semântica, no sentido das palavras, que não são supridos pela simples interpretação gramatical, lógica ou sistemática.

O texto normativo, além de recorrer a estrutura dos enunciados e outros diplomas do ordenamento para adquirir sentido, também precisa conter um correspondente lógico com a realidade vivida pelo interprete do direito. Assim, aparecem questões que o autor chama de ambiguidade e vaguidade. Segundo o autor, “a hermenêutica pressupõe que tais significados são função da conexão fática ou existencial em consideração ao conjunto vital - cultural, político e econômico - que condiciona o uso da expressão” (FERRAZ JR, 2015, p. 248). Ressalta, o autor, no entanto, que “é

preciso ver as condições específicas do tempo em que a norma incide, mas não podemos desconhecer as condições em que ocorreu sua gênese”. Logo, até certo ponto, é permitido ao conteúdo do texto normativo evoluir para abarcar uma interpretação diferente da pretendida inicialmente. Diz-se até certo ponto porque as condições iniciais que levaram a gênese da norma nunca podem ser esquecidas, de forma que a evolução de um, signo normativo não pode alterar a norma por completo.

Por fim, coloca-se a interpretação teleológica. Segundo Ferraz Junior, "todo ato interpretativo tem primariamente uma qualidade pragmática, isto é, deve ser entendido numa relação de comunicação entre emissores e receptores das mensagens normativas" (FERRAZ JR. 2015. p. 252). Isso significa que, a atividade hermenêutica é o ato com qual leva-se a intensão do legislador ao mundo real, concreto. É o ato com qual se dá eficácia à vontade. Assim, a atividade do interprete deve prestigiar a finalidade com que a lei foi estipulada. Ainda segundo Ferraz Junior, "é como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador fosse capaz de mover suas próprias provisões"(FERRAZ JR. 2015. p. 254).

Porém, alheio as motivações do legislador, Tércio Sampaio Ferraz Jr. chama atenção para o cuidado que o legislador tem que observar quando da edição de uma lei. Segundo o autor, os valores atribuídos as palavras devem ser controlados pelo intérpretes.

Isso fica evidente quando o autor afirma: "É preciso neutralizar os conteúdos, o que não quer dizer eliminar a carga valorativa, mas controlá-la. É preciso generalizar de tal modo esses valores que eles passem a expressar 'universais do sistema'" (FERRAZ JR. 2015. p. 253).

Assim, ao analisarmos o texto normativo que trata da previsão legal do direito ao silêncio, há de se observar com cuidado a intensão do legislador. Conforme será discutido adiante, o texto normativo em questão não deixa muita margem para uma interpretação de um pretense direito universal de não produção de provas contra si mesmo, mas apenas o direito ao silêncio.

### 3.2 DIFERENTES INTERPRETAÇÕES DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Neste ponto, faz-se um breve retorno à introdução do texto para exemplificar as diferentes interpretações possíveis que são feitas à partir do texto dos diplomas internacionais discutidos anteriormente. Maria Elisabeth Queijo, conforme já explicitado acima, defende, partindo dos tratados internacionais, a existência e aplicação do *nemo tenetur se detegere*. Além disso, a autora defende que o *nemo tenetur se detegere* se expande para contemplar o *direito de não produzir prova contra si mesmo*, sendo este o título de sua obra.

Afirma ainda, que o *nemo tenetur* possui vestes de direito fundamental, pois

“visa 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 proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.” (QUEIJO, 2012, p. 77).

No entanto, se equivoca ao afirmar que o direito ao silêncio advém do direito de não produzir prova contra si mesmo<sup>7</sup>. O fato é, não há previsão legal para o direito de não produzir prova contra si mesmo, mas sim do direito ao silêncio.

Assim, a concepção da autora só corresponderia à realidade diante de um ordenamento jurídico com vestes *jusnaturalistas* e se for aceito que existe sim um direito fundamental, não previsto em legislação, de não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. No entanto, isso não condiz com a realidade. O ordenamento jurídico brasileiro é positivista e, apesar dos esforços neoconstitucionalistas para unir a moral ao direito e trazer concepções do *jusnaturalismo* para o direito brasileiro, tais situações só ocorrem quando encontram fundamento no próprio ordenamento jurídico.

---

<sup>7</sup> Segundo a autora: “o direito ao silêncio é a mais tradicional manifestação do *nemo tenetur se detegere*, mas o citado princípio não se restringe a ele. O direito ao silêncio apresenta-se como uma das decorrências do *nemo tenetur se detegere*, pois o referido princípio, como direito fundamental e garantia do cidadão no processo penal, como limite ao arbítrio do Estado, é bem mais amplo e há diversas outras decorrências igualmente importantes que dele se extraem.” (QUEIJO, 2012, p. 233)

Em visão diversa a de Maria Elisabeth Queijo, Sergio Fernando Moro, em artigo denominado *Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais*<sup>8</sup>, defende que tal direito de não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo não é absoluto, podendo sucumbir frente à persecução criminal. Segundo Moro,

o direito à privacidade ou ao resguardo da esfera privada não é absoluto, havendo possibilidade de restringi-lo para fins de proteção de outros direitos ou interesses fundamentais, dentre eles a investigação ou persecução criminal (MORO, 2006, p. 430)

Além disso, Moro sustenta a mesma corrente defendida neste trabalho, segundo a qual não há base normativa expressa de um direito à não produção de provas contra si mesmo. Assim, o que a CRFB garante é “expressamente o ‘direito ao silêncio’, o que abrange, *prima facie*, a proibição de extrair compulsoriamente do acusado informações verbais de fatos que possam incriminá-lo” (MORO, 2006, p. 432). Afirma ainda que não é incomum encontrar no Direito Comparado, “decisões judiciais determinando a produção compulsória de provas pelo acusado” (MORO, 2006, p. 435).

Moro ainda lembra que a Quinta Emenda, dispositivo constitucional correspondente no direito estadunidense, não diz nada em relação ao direito de não produzir prova contra si mesmo, mas sim que “*nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*”<sup>9</sup>. Como exemplo mais claro cita julgados<sup>10</sup> da corte estadunidense que restringem o direito a não auto-incriminação ao direito ao silêncio.

Diante disso, afirma que “todos esses exemplos de leis e decisões do Direito Comparado revelam, a toda evidência, que um direito geral e irrestrito de não produzir prova contra si mesmo não é usualmente reconhecido, sem prejuízo do reconhecimento apropriado do direito ao silêncio.” (MORO, 2006, 437) e conclui que, “não há, como também demonstrado, argumentos jurídicos, históricos, morais e

---

<sup>8</sup> MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 95, volume 853. pp. 429-441. nov. 2006

<sup>9</sup> “ninguém poderá ser compelido, em casos criminais, a ser testemunha contra si mesmo” (tradução nossa)

<sup>10</sup> *Fisher v. USA*

mesmo de direito comparado que autorizem a ampliação do direito ao silêncio para um direito genérico de não produzir prova contra si mesmo.” (MORO, 2006).

Além de Moro tal posição é exposta por Américo Bedê Junior e Gustavo Senna. Afirmam os autores a existência de duas correntes principais quanto a possibilidade de sujeitar o réu a exames compulsórios. Uma que entende ser impossível e outra que defende a possibilidade. Optam pelos autores pela segunda corrente, seguindo o entendimento de Sergio Moro.

#### **4 O PRINCÍPIO DA MÁXIMA TAXATIVIDADE LEGAL E INTERPRETAIVA APLICADO AO *NEMO TENETUR SE DETEGERE***

A lei é expressa em palavras e essas nem sempre possuem o atributo da precisão. Uma frase pode ter vários sentidos à depender do interlocutor. Esse problema é maior quando em se tratando de legislação. Conforme discutido em momento anterior, a norma se perfaz diante da soma do texto normativo com a realidade e para o resultado desejado, é imprescindível que o comando legal seja claro.

Também foi discutido anteriormente o método teleológico de hermenêutica da norma. Esse método, porém, que utiliza como baliza a intenção no legislador, é suscetível a erros perigosos, já que a intenção do legislador é ao mesmo tempo, difusa e escusa. Difusa pois nem sempre a lei é feita por um legislador específico, mas é fruto de um processo que dificilmente se sabe de quem veio. Escusa pois o legislador pode não ter a intenção declarada em mente e sim buscar um objetivo obscuro.

Estas inconsistências, decorrentes da não precisão da linguagem como método eficaz de representação da vontade e das razões ocultas dos legisladores devem ser mitigadas utilizando a própria linguagem, pois não há outra forma.

Não é por outro motivo que Ernesto Raul Zaffaroni, em obra adaptada por Nilo Batista,

atenta para o trabalho do legislador de estipular o texto normativo da forma mais precisa possível para alcançar o resultado almejado. Segundo o autor, “cabe exigir do legislador que ele esgote os recursos técnicos para dar a maior exatidão possível à sua obra.” (ZAFFARONI; BATISTA, 2003. p. 207). Isso é decorrência do chamado princípio da máxima taxatividade legal.

Esse princípio, pouco prestigiado pelo costume brasileiro, busca orientar que o legislador proceda com a confecção do texto normativo da forma mais exata possível. Ou seja, o texto deve ser claro e preciso de forma que não se permita interpretações que estão alheias ao comando normativo.

Como decorrência lógica do princípio da máxima taxatividade legal, também é introduzido sua face interpretativa, a máxima taxatividade interpretativa. Indica o autor que, “o princípio da máxima taxatividade se manifesta no âmbito interpretativa por meio de uma proibição absoluta da analogia *in malam partem*” (ZAFFARONI; BATISTA, p. 208). Nesse ponto, há de se divergir da conclusão do autor.

A máxima taxatividade interpretativa não deve vedar interpretações *in malam partem*, mas sim vedar interpretações que prejudiquem o réu se estas forem fruto de uma interpretação mais artificiosa da lei. Ou seja, a lei deve ser interpretada em acordo com a maior taxatividade do comando normativo expresso e, é claro, em conjunto com as legislações de grau superior, como a constituição. Para ilustrar, em um caso de conflito direto entre o comando normativo e a legislação de hierarquia superior à ela, ao exemplo de um comando normativo contrário à Constituição, resta ao interprete duas alternativas. Segundo Zaffaroni, ou se declara a inconstitucionalidade da norma, excluindo-a do ordenamento; ou aplica-se o princípio da máxima taxatividade interpretativa, aplicando-se o dispositivo em sua forma mais simples.

Segue o autor ainda sugerindo que:

deve-se optar pela inconstitucionalidade quando a aplicação da máxima taxatividade interpretativa se torne por demais artificiosa, o que ocorre quando a interpretação resultante carece de todo ponto de apoio legal (implicando contradições, perdas de referência ou rupturas com a disciplina legal da matéria penalmente legislada).(ZAFFARONI; BATISTA, p. 207)

Tem-se então que uma norma ou deve ser aplicada em sua forma menos artificiosa, ou excluída do ordenamento jurídico. Exatamente por isso que razão não assiste ao pensamento de Zaffaroni no ponto em que esse princípio veda a interpretação *in mallam partem*. Se certa norma - no sentido de resultado interpretativo do texto normativo, for permitida pelo ordenamento jurídico vigente e for menos artificiosa, dada a redação linguística do comando, deve-se optar por ela, mesmo que seja menos benéfica.

Nesse ponto há que se fazer uma ressalva. Zaffaroni aplica suas ideias com especificidade ao direito penal. No entanto, diante da unidade do ordenamento jurídico e, que os princípios em questão não são princípios de direito penal, mas sim princípios de interpretação e criação normativa, não há óbice quanto a sua utilização em outras searas do direito, como no caso em tela, o processo penal.

Assim, quando se retorna ao texto normativo que prevê o *nemo tenetur se detegere*, tem-se uma previsão legal apenas de direito ao silêncio que, conforme já concluído acima por Sérgio Moro, não representa um direito genérico de não ser compelido à produção de provas. Extendendo ainda essa conclusão, a interpretação de que se refere ao simples direito de silêncio é a menos artificiosa a ser feito, além de não ferir o resto do ordenamento jurídico. Dessa forma, não há previsão legal do direito de não produzir prova contra si mesmo.

## **5 A VISÃO POSITIVISTA X PÓS-POSITIVISTA - INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO EM ACORDO COM O ORDENAMENTO**

Neste tópico faz-se um exercício em imaginar que há de fato a previsão legal do *nemo tenetur se detegere* e que este princípio é amplamente aceito e aplicado pelos juizes. Isso se faz em função de demonstrar que mesmo diante de uma eventual existência, este princípio deve sucumbir frente outros princípios constitucionais que também prestigiam direitos fundamentais. Para isso, discute-se sobre o pensamento do

pensador Ronald Dworkin, de forma a aplicá-lo, com certa liberdade interpretativa, ao *nemo tenetur se detegere*.

Hoje, vive-se o momento em que o chamado neoconstitucionalismo impera. Apesar das várias facetas que o termo possui, aqui aborda-se com o sentido adotado por Uadi Lammêgo Bulos, de “conjunto de ideias hauridas de uma ‘nova’ Teoria do Direito” (BULOS, 2015, p. 82). Para Bulos, apesar de não instituir nada de novo na Teoria do Direito, o neoconstitucionalismo se confunde com o pós-positivismo, de forma a submeter a interpretação da norma jurídica à “mais valores, no lugar de dogmas indiscutíveis” (BULOS, 2015). Com alguma razão, o autor critica o movimento. Chama-o de modismo e diz que em nada difere do chamado constitucionalismo contemporâneo que imperava antes dessa “moda”. Bulos segue com sua crítica afirmando que “para os pós-positivistas, o positivismo jurídico clássico não passa de ‘uma inércia mental’, de ‘um puro e simples resíduo histórico’”(BULOS, 2015).

Apesar de o movimento histórico do positivismo ter obtido sucesso em sua separação do estudo entre direito e moral, estabelecido por John Austin, Hans Kelsen e H. L. A. Hart, o pós-positivismo busca retomar a submissão do Direito à moral. Seus maiores expoentes, Robert Alexy e Ronald Dworkin, utilizam-se da moral como técnica de decisão, pois argumenta-se que o simples positivismo não é suficiente para solucionar conflitos de princípios que devam ser enfrentados por julgadores.

Assim, é importante conhecer a teoria de Dworkin, quanto a decisão judicial para averiguar de que forma deve ser entendido o direito ao silêncio, confrontando-o com o resto do ordenamento jurídico de forma a promover mais direitos fundamentais.

### 5.1 - DWORKIN E A CRÍTICA À TESE DE HART: Reflexos a aplicação do *nemo tenetur se detegere*

Dworkin, em especial, nega a tese do poder discricionário, desenvolvida por Herbert Hart. Segundo essa tese, “se um caso não for regido por uma regra estabelecida, o juiz deve decidi-lo exercendo seu poder discricionário” (DWORKIN, 2010, p. 54). O

poder discricionário aparece na teoria desenvolvida por Hart como uma consequência lógica da *textura aberta* das normas. No sistema normativo, Hart diz que “todas as regras de direito têm uma ‘textura aberta’” (DWORKIN, 2010) e “ocorrem casos nos quais as regras estabelecidas parecem adequadas, [...] e que [devido a isso] dois juízes igualmente inteligentes e bem treinados frequentemente entrarão em desacordo” (DWORKIN, 2010).

Dworkin, por outro lado, trata as situações em que não há uma resposta explícita na norma de forma diferente. Chama-as de *casos difíceis*, define o termo como “Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição.” (DWORKIN, 2010, p. 127). Ainda segundo Ronald Dworkin, a solução fornecida pelo Positivismo jurídico nos casos difíceis é o chamado poder discricionário, como defendido por Hart. Neste ponto específico surge a crítica de Dworkin. Se o resultado de um julgamento é definido pela discricionariedade do juiz, significa que nenhuma das partes da lide possui o direito pleiteado em questão e o resultado se dá pela criação de novo direito pelo juiz. Nas palavras do próprio autor:

...o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida aplica retroativamente ao caso em questão. (DWORKIN, 2010, p. 127)

Ainda seguindo a crítica, afirma o autor que os juízes devem “aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito” (DWORKIN, 2010, p. 128).

Apesar de Dworkin tratar sua crítica ao positivismo como uma teoria da decisão judicial, nada impede que esta seja usada para qualquer interprete do direito, seja do judiciário ou do legislativo. Com base na tese que nega o poder discricionário do juiz, temos que a decisão que mais prestigia os direitos fundamentais positivados é a que relativiza o direito de não produzir provas contra si mesmo, já que não há nenhuma previsão positiva do *nemo tenetur se detegere*.

Diante da não previsão legal do princípio em questão, uma decisão que o leve em conta, estará utilizando uma argumentação fora do plano positivado do direito e estará criando um novo direito, o que condenado por Dworkin.

Para se pensar em limitar o direito a não produção de provas deve-se lembrar que ao lado desse direito, caminha o direito fundamental à segurança pública tanto em seu sentido individual, previsto no *caput* do artigo quinto da Constituição Federal, quando no sentido coletivo, previsto no artigo sexto. Com previsão constitucional, trata-se de um princípio mais prestigiado do que o *nemo tenetur se detegere* e, em função disso e de seu maior impacto na sociedade, deve prevalecer sobre o *nemo tenetur se detegere*.

## **6 DA NECESSIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA**

A interpretação mais restritiva quanto ao *nemo tenetur se detegere* se faz necessária frente ao caráter imediatista da possibilidade de aplicação direta de seus resultados em um processo penal mais condizente com o ordenamento jurídico vigente e as necessidades da sociedade diante da crescente complexidade dos delitos praticados, sejam de natureza sexual, digital ou financeira.

Crimes sexuais hoje extrapolam a esfera do mero contato físico e encontram refugio na rede mundial de computadores que serve como salvaguarda ao malfeitor que possui sua identidade escondida. O mesmo acontece em relação aos crimes financeiros de imensa complexidade, que muitas vezes só podem ser resolvidos com a colaboração do acusado.

Cumprir lembrar que a eficiência do direito penal, como método de prevenção de delitos (função de prevenção geral negativa) e de correção dos infratores (função preventiva especial positiva da pena) depende, acima de tudo, da certeza da punição frente o ato praticado e não da intensidade da punição como entende o senso comum.

Tal pensamento já era defendido por Beccaria na obra "Dos Delitos e das Penas". Muito se fala sobre punir melhor, mas poucos se lembram da cifra oculta do direito penal de crimes que não são nem descobertos ou deixam de ser perseguidos pela falta de provas. Isso representa uma distorção que prejudica as funções intimidatórias e corretivas do direito penal de forma a perpetuar uma sociedade conivente com a criminalidade e a impunidade.

Segundo as Teorias Econômicas do Direito de Punir, desenvolvidas em grande parte pelo economista ganhador do Prêmio Nobel de economia em 1982, Gary Backer<sup>11</sup>, citado por Claudio Guimarães, uma das funções úteis do Direito Penal no sistema penal capitalista é a:

[...] prevenção geral negativa, pois, acima de tudo, em uma perspectiva *ex-ante*, pretende gerar, através de sua política criminal, óbices para a prática delitiva e, portanto, com a abstenção da conduta delituosa, economia para a vítima e para o Estado. (GUIMARÃES, 2007, p. 38)

Diante disso, faz-se necessário observar a eficácia da persecução penal frente ao cometimento de delitos para que a função de prevenção geral negativa do direito penal consiga atingir seus objetivos de intimidação e não se veja prejudicada por um sistema processual penal deficiente que estimula a criminalidade.

Ademais, o caráter ressocializador do direito penal só é atingido com a eficácia dos métodos persecutórios da instrução penal. Um sistema probatório extremamente limitado, além de prejudicar as funções de prevenção geral negativa da pena, também prejudica a chamada função preventiva especial positiva. Trata-se em si de impedir que o criminoso, ao retornar para a vida em sociedade, pratique novos delitos. Ou seja, diferente da função de prevenção geral, essa direcionada especificamente para o indivíduo e não para a sociedade. Para Cláudio Guimarães, essa função do direito penal é "a que mais se aproxima dos fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito" (GUIMARÃES, 2007, p 197).

---

<sup>11</sup> Segundo Claudio Alberto Gabriel Guimarães, Becker foi um dos principais autores a trabalhar, em seu artigo de 1968 intitulado "Crime and punishment: a economic approach", a perspectiva intimidatória da pena privativa de liberdade em um sistema penal capitalista.

Cabe, no entanto, uma ressalva que deva ser feita quanto a relativização do *nemo tenetur se detegere* frente outros princípios, como discutido anteriormente. Essa atividade deve ser realizada com extremo cuidado para que não ocorra em injustiças ou meios abusivos de produção de provas. A título de exemplo, tem-se a situação narrada na obra *Os Miseráveis*, de Victor Hugo, na qual é relatado ao Bispo Myrel que o *promotor do rei* utilizara-se de cartas falsas para obter uma confissão de uma mulher apaixonada:

“Um miserável, por amor a uma mulher, e pelo filho que tivera com ela, ao ver-se sem recursos, fabricou dinheiro falso. Nessa época, falsificação de dinheiro ainda se punia com pena de morte. A mulher fora presa ao tentar trocar a primeira moeda falsa que ele fabricara. Só havia provas contra ela. Apenas ela poderia incriminar seu amado, mas iria perdê-lo ao confessar. Ela negou. Insistiram. Ela obstinou-se em nega. Então o procurador do rei teve uma ideia. **Induziu-a a supor que o amante lhe era infiel e conseguiu, por meio de alguns fragmentos de cartas astuciosamente forjadas**, persuadir a infeliz de que tinha uma rival e de que aquele homem a enganava. Então exasperada de ciúme, ela denunciou o amante, confessou e provou tudo. O homem estava perdido. Seria brevemente julgado em Aix, com sua cúmplice. Contavam o fato e todos admiravam a habilidade do magistrado, que, pondo em jogo o ciúme, fizera, da cólera, irromper a verdade, e, da vingança, ressaltar a justiça. O bispo escutava aquilo em silêncio, e no fim perguntou:  
 – Onde serão julgados esse homem e essa mulher?  
 – No tribunal do júri.  
 E retomando:  
 – E onde será julgado o promotor do rei?” (HUGO, 2014, p. 53-54)(grifo nosso)

A indignação demonstrada pelo bispo ressalta que a persecução penal não pode ser atividade eivada de vícios, recaindo até em uma atividade criminosa. O operador do direito, que irá utilizar-se de técnicas para compelir a produção de provas não poderá incorrer na prática de crimes para alcançar a finalidade de um processo penal eficiente. Um processo penal capaz de punir quem pratica delitos e de mais importante ainda, não punir quem não deva ser punido, é essencial para o funcionamento do Estado Democrático de Direito e uma sociedade justa. Assim, justifica-se um estudo aprofundado sobre o pretense princípio do *nemo tenetur se detegere*, para averiguar de fato suas aplicações e limites dentro de uma sociedade democrática, com cuidado para não fomentar abusos do direito/dever de punir.

## CONCLUSÃO

Após extensa análise, faz-se necessário uma conclusão concordante com as posições defendidas por Sérgio Moro, Américo Bedê Freire Junior e Gustavo Senna Miranda. Demonstrou-se que não há previsão legal do *nemo tenetur se detegere* e além disso, este é uma leitura errada do direito ao silêncio. Ao contrário do pensamento de Maria Elizabeth Queijo, o direito ao silêncio não é decorrência lógica do *nemo tenetur se detegere*.

Demonstrou-se que suas raízes históricas não dizem respeito à não ser compelido a produzir provas contra si mesmo, mas sim de vedar a aplicação de tortura ou forçar a testemunhar contra si mesmo.

Além disso, restou demonstrado que mesmo que se admita a existência de um direito genérico de não produção de provas contra si mesmo, esse deve sucumbir frente a outros direitos fundamentais com maior prestígio constitucional. Essa sucumbência não é genérica e sem parâmetros, deve ser balizada por outros direitos e princípios fundamentais, como o inciso III do Art. 5º “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;” ou outros mandamentos legais.

Por fim, restou demonstrado a necessidade de uma interpretação mais restritiva deste chamado princípio frente aos avanços tecnológicos utilizados pela criminalidade que não necessariamente são acompanhados pela repressão a criminalidade

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BEDÊ JR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. 1988.

BRASIL. **Decreto no 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga: Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 8. ed. São Paulo: Atlas. 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juizes**. (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

HUGO, Victor. **Os Miseráveis**: texto integral. Edição Especial. São Paulo: Martin Claret. 2014.

JOHNSON, Paul; WILLIAMS, Robin. **Genetics and Forensics: Making the National DNA Database**. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1351151/>>. Acesso em: 31 out. 2017.

LANGBEIN. John H. The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law. **Michigan Law Review**. Michigan, vol. 92, p. 1047-1085. 1992.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

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

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 1995

ZAFFARONI, Ernesto Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro - I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.