



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

DO NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE NA INQUIRÇÃO DE
NÃO ARGUIDOS

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Gabriel de Moraes Gomes

Orientador: Professor Doutor Nereu José Giacomolli e Professor Doutor Manuel Guedes
Valente

Número do candidato: 30004459

Junho de 2024

Lisboa

Las novelas tienen principio y fin y, aun en las más informes y espasmódicas, la vida adopta un sentido que podemos percibir porque ellas nos ofrecen una perspectiva que la vida verdadera, en la que estamos inmersos, siempre nos niega. Ese orden es invención, un añadido del novelista, simulador que aparenta recrear la vida cuando en verdad la rectifica. A veces sutil, a veces brutalmente, la ficción traiciona la vida, encapsulándola en una trama de palabras que la reducen de escala y la ponen al alcance del lector. Éste puede, así, juzgarla, entenderla, y, sobre todo, vivirla con una impunidad que la vida verdadera no consiente.

Mario Vargas Llosa (La verdad de las mentiras).

Thought Police took him away. It would not matter if they killed you at once. To be killed was what you expected. But before death (nobody spoke of such things, yet everybody knew of them) there was the routine of confession that had to be gone through: the groveling on the floor and screaming for mercy, the crack of broken bones, the smashed teeth, and bloody clots of hair.

George Orwell (1984).

Mais en supposant qu'il fût le forçat Jean Valjean, cela prouvait-il qu'il fût le voleur des pommes? C'était une présomption, tout au plus; non une preuve. L'accusé, cela était vrai, et le défenseur "dans sa bonne foi" devait en convenir, avait adopté "un mauvais système de défense". – Il s'obstinait à nier tout, le vol et sa qualité de forçat. Un aveu sur ce dernier point eût mieux valu, à coup sûr, et lui eût concilié l'indulgence de ses juges; l'avocat le lui avait conseillé; mais l'accusé s'y était refusé obstinément, croyant sans doute sauver tout en n'avouant rien. C'était un tort; mais ne fallait-il pas considérer la brièveté de cette intelligence? Cet homme était visiblement stupide.

Victor Hugo (Les Misérables).

Resumo

As origens da Quinta Emenda (e portanto, da incorporação do privilégio contra a autoincriminação na estrutura da Constituição Norte-americana) são profundamente interligadas com a história dos juramentos, confissões, compulsões, moral religiosa, tortura e salvaguardas defensivas para evitar e reter essas interferências no curso de procedimentos de busca da verdade. Neste estudo, apresentamos uma exposição introdutória sobre as origens da Quinta Emenda, apontando que os princípios subjacentes ao privilégio contra a autoincriminação estão conectados a tais instituições. Mais além, expomos percurso panorâmico pelas análises feitas pela Suprema Corte dos EUA, do Século XIX até o presente, implicando nas conexões entre compulsões, devido processo legal/processo equitativo, direito a advogado, testemunho, autoincriminação e regras de exclusão/proibições de prova. De maneira semelhante, expomos como o princípio do *nemo tenetur* é aplicado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, sempre tentando preservar a integralidade da fundamentação judicial que dá suporte a cada um dos precedentes analisados. Sobre essas bases, é exposto como o *privilege against self-incrimination* se projeta em outros sistemas jurídicos (como os da França, Alemanha, Itália, Espanha e Argentina), com ênfase especial para o Brasil e para Portugal. Como próximo passo, examinamos como o *privilege against self-incrimination* opera ao longo das experiências depoimentais em geral, estabelecendo os alicerces para definir-se quando, mesmo fora da moldura de uma acusação formal, ele é capaz de proteger a pessoa chamada a testemunhar (ou mais amplamente, chamada para dar declarações, mesmo informais). Finalmente, avaliamos o escopo das proteções disponíveis (em Brasil e em Portugal) para prevenir que declarações autoincriminatórias possam eclodir (ou ser usadas) contra a vontade da pessoa interpelada por autoridades estatais a disponibilizar, de forma comunicativa, informações autoincriminatórias.

Palavras-chave: Direito à não autoincriminação; *privilege against self-incrimination for non-accused witnesses*; direito comparado; *témoin assisté*.

Abstract

The origins of the 5th Amendment (and therefore, of the incorporation of the privilege against self-incrimination into the structure of the North American Constitution) are deeply interlinked to the history of oaths, confessions, compulsion, religious morality, torture and defensive safeguards to retain and to avoid such interferences in the course of truth-finding procedures. In this study, we present an introductory briefing about the origins of the 5th amendment, pointing that the principles underneath a privilege against self-incrimination are connected to such institutions. Further, we expose a panoramic approach through the evaluations made by North American Supreme Court, from the 19th Century to the present, implying on the connections between compulsion, due process/fair trial, right to counsel, testimony, self-incrimination and exclusionary rules. In a similar fashion, we expose how the *nemo tenetur* principle is applied by the European Court of Human Rights, always trying to preserve the integrality of the judicial reasoning that supports each analyzed case. On these grounds, it is shown how the privilege against self-incrimination is projected over other legal systems (such as in France, Germany, Italy, Spain and Argentina), with special emphasis to Brazil and Portugal. As a next step, we examine how the privilege against self-incrimination works through the general testimonial experiences, establishing the roots to define when, even outside the frame of a formal accusation, it is able to protect the person who is called to testify (or more broadly, called to give statements or informal declarations). Finally, we evaluate the scope of the protections available (in Brazil and in Portugal) to prevent that self-incriminating statements may break out (or may be used) against the will of one who is questioned by state authorities to give communicative self-incriminating information.

Keywords: Direito à não autoincriminação; *privilege against self-incrimination for non-accused witnesses*; direito comparado; *témoïn assisté*.

Índice

Introdução.....	10
------------------------	-----------

Capítulo 1 – Sobre as origens históricas e referências iniciais do *nemo tenetur se ipsum accusare*.

1.1 Contextualização.....	17
---------------------------	----

1.2 Das ordálias à confissão sob tortura: a busca da verdade e o combate à heresia.....	18
---	----

1.3 Da passagem do sistema acusatório germânico-medieval para o sistema inquisitivo.....	21
--	----

1.4 O juramento ex officio (<i>de veritate dicenda</i>) e sua contestação na Inglaterra dos séculos XVI e XVII.....	24
---	----

1.5 O sistema “accused speaks” e a ênfase doutrinária sobre a importância da defesa técnica no fortalecimento do <i>nemo tenetur</i> no direito inglês.....	26
---	----

1.6 O sistema acusatório inglês dos séculos XVIII e XIX.....	27
--	----

1.7 Sobre o contexto colonial norte-americano e sobre a Quinta Emenda à Constituição dos EUA.....	27
---	----

1.8 Tortura e confissão no pensamento iluminista: HOBBS e BECCARIA.....	29
---	----

1.9 O <i>privilege</i> na doutrina de JEREMY BENTHAM.....	32
---	----

1.10 Conclusões.....	35
----------------------	----

Capítulo 2 – Sobre o *privilege against self incrimination* na experiência jurídica internacional.

2.1 A experiência jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	37
2.1.1 Precedentes norte-americanos: contextualização.....	37
2.1.2 Ponto de partida: precedentes do final do Século XIX.....	40
2.1.3 Avanços e retrocessos da primeira metade do Século XX.....	44
2.1.4 Julgados dos anos 1950, 1960 e 1970.....	49
2.1.5 Julgados dos anos 1980 e 1990.....	61
2.1.6 Julgados do ano 2000 e posteriores.....	66
2.2 O <i>nemo tenetur</i> na experiência jurisprudencial do TEDH.....	71
2.2.1 Contextualização.....	71
2.2.2 Alguns precedentes.....	73
2.3 O <i>droit au silence</i> , <i>droit de se taire</i> ou <i>droit de ne pas s’auto-incriminer</i> no direito francês.....	80
2.4 Apontamentos complementares sobre o <i>nemo tenetur</i> em outros países.....	83
2.5 Conclusões.....	87

Capítulo 3 – Sobre o *nemo tenetur se ipsum accusare* no contexto português e brasileiro.

3.1 O <i>nemo tenetur</i> no direito português.....	89
3.1.1 Raízes históricas e base normativa atual.....	89
3.1.2 Compreensão doutrinária e jurisprudencial.....	93
3.1.2.1 Limitação do <i>nemo tenetur</i> a manifestações de natureza declarativa.....	93
3.1.2.2 Silêncio total, silêncio parcial e inferências do silêncio.....	95
3.1.2.3 Dever de comparecimento.....	96
3.1.2.4 O direito à assistência por advogado.....	98
3.1.2.5 Direito de mentir?	99
3.2 O <i>nemo tenetur</i> no direito brasileiro.....	100
3.2.1 Raízes históricas e base normativa atual.....	100
3.2.2 Compreensão doutrinária e jurisprudencial.....	104
3.2.2.1 Expansão do <i>nemo tenetur</i> para além manifestações de natureza declarativa.....	104
3.2.2.2 Dever de comparecimento.....	106
3.2.2.3 Silêncio total, silêncio parcial e inferências do silêncio.....	109
3.2.2.4 O direito à assistência por advogado ou defensor público.....	111
3.2.2.5 Direito de mentir?	112
3.3 Conclusões.....	113

Capítulo 4 – Sobre a projeção geral do *nemo tenetur se ipsum accusare* para a universalidade das experiências processuais probatórias de índole declaratória.

4.1 Epistemologia depoimental e <i>privilege against self-incrimination</i>	114
4.1.1 Contextualização.....	114
4.1.2 O suspeito e a suspeita.....	116
4.1.3 Sobre a gradação da suspeita e os diversos estatutos dos suspeitos.....	119
4.1.4 O estatuto do arguido em Portugal e o <i>nemo tenetur</i>	121
4.1.5 O estatuto da <i>témoin assisté</i> no direito francês.....	122
4.1.6 A introdução jurisprudencial da <i>témoin assisté</i> pelo Tribunal Penal Internacional.....	124
4.2 Esboço de uma estruturação epistemológico-jurídica da experiência depoimental...	125
4.2.1 O entrevistador.....	125
4.2.2 O entrevistado ou depoente.....	127
4.2.3 O arrolamento e a convocação.....	129
4.2.4 As perguntas.....	131
4.2.5 O depoimento.....	136
4.2.6 O juramento.....	138
4.3 Mecanismos de proteção depoimental no Brasil e em Portugal.....	142
4.3.1 O habeas corpus.....	142

4.3.2 O acompanhamento por advogado.....	144
4.3.3 Os sistemas de proibições de prova.....	146
4.3.4 Vértices restantes do <i>trilemma</i> : proteções contra o perjúrio e contra o <i>contempt of court</i>	151
4.4 Conclusões.....	154
Considerações finais e conclusivas.....	156
Bibliografia.....	159

INTRODUÇÃO.

A história do privilégio contra a autoincriminação indesejada é marcada pela resistência jurídica oposta contra iniciativas inquisitoriais abusivas que buscam tirar das próprias pessoas que são alvo da iniciativa persecutória elementos para autoincriminá-las¹. Sem adentrarmos no âmbito das discussões em torno de incriminações que são resultado de intervenções corporais e de outras medidas *não declarativas* (impostas ou colhidas através de medidas enganosas ou intimidatórias), é pretendemos verificar - nomeadamente à luz dos sistemas processuais penais do Brasil e de Portugal - as salvaguardas contra a autoincriminação involuntária de quem é convocado formal ou informalmente a depor *em situações outras que não àquela de formalmente imputado, acusado ou arguido*. São essas pessoas deixadas de fora do âmbito central de proteção do *nemo tenetur se ipsum accusare*, mesmo que sobre elas já paire algum tipo de suspeita? Pode-se assumir aprioristicamente que qualquer meio instrumental empregado para a tomada forçada do depoimento dessas pessoas seja dado por "inofensivo" para gerar uma incriminação involuntária do depoente?².

A problemática do valor probatório (por vias indiretas) de conversas informais autoincriminatórias entre o futuro arguido (até então, possível vítima ou testemunha) e autoridades policiais, em Portugal³, e a questão da convocação de ampla de testemunhas (potenciais investigados) por comissões parlamentares de inquérito, no Brasil⁴, são exemplos que trazem à baila o quanto é necessário elucidar-se com mais clareza a extensão da garantia⁵

¹ VALE, Ionilton Pereira do; SANTOS, Theodoro Silva – O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ou o direito à não auto-inculpação e os aspectos relacionados ao direito ao silêncio no processo penal brasileiro. p. 4-7.

² GERMANO MARQUES DA SILVA afirma que “o suspeito que presta declarações antes de ser constituído arguido presta-as como testemunha e por isso fica sujeito aos deveres das testemunhas, desde logo o de dizer a verdade, incorrendo no crime de falso testemunho se o não fizer ou se recusar a depor”, muito embora reconheça que “teria sido conveniente que o Código regulasse a situação processual do suspeito ainda não constituído arguido, por falta de indicição suficiente, à semelhança do Código francês que o considera como testemunha assistida”, com direitos análogos aos do arguido (Curso de Processo Penal I, p. 306-307).

³ (TRC, processo nº 71/11.4GCALD.C1, rel. JOSÉ EDUARDO MARTINS, j. 11/09/2013).

⁴ (STF, HC nº 113881/DF, rel. Min. LUIZ FUX, j. 04/06/2012).

⁵ Sobre a classificação do *privilege* como direito ou garantia, a ambivalência do instituto em diversas situações impede-nos, dados os propósitos e a extensão deste estudo, de aprofundar o assunto. Na doutrina brasileira, aponta-se a distinção de RUY BARBOSA, dentro das quais os direitos seriam disposições meramente declaratórias e garantias, as disposições assecuratórias (*apud* Badaró, Gustavo Henrique – O juiz natural no processo penal. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 100). Reconhece-se que “há uma unanimidade entre os autores no sentido da dificuldade de distinguir-se ambas as categorias, inclusive porque, sob o aspecto prático, as garantias são também direitos e vice-versa” (GIANNELLA, Berenice Maria – Assistência jurídica no processo penal, p. 113). Na doutrina portuguesa, JORGE MIRANDA apresenta uma análise baseada na ideia de representação de certos bens, só por si, nos direitos, e de uma ideia de acessoriedade ou de caráter assecuratório para as garantias, destacando também que “há casos em que se torna difícil discernir-se se se está diante de um direito autónomo ou de uma garantia” Direitos fundamentais. Coimbra: Ed. Almedina, 2ª ed., 2017, pp. 148-152). Em uma esquematização simples e limitada ao plano depoimental, quanto mais o *nemo tenetur* for enfocado como uma forma ou vertente de concretização, por si mesma, de direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a personalidade, a

do *nemo tenetur se ipsum accusare* a quem não ostenta formalmente (ou ainda, ou precisamente naquele processo) a qualidade de imputado/arguido - sendo importante distinguirem-se as prerrogativas que se projetam para fora da relação processual penal em que a pessoa é considerada sujeito passivo contraposto à pretensão punitiva estatal. Se uma das mais importantes referências históricas e dogmáticas para o *nemo tenetur se ipsum accusare* está na 5ª Emenda à Constituição dos EUA, que preceitua precisamente que "no person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself", é importante aprofundar-se cientificamente a densificação da ideia de alguém "testemunhar contra si mesmo" como projeção material do privilégio contra a autoincriminação forçada ou induzida.

Há precedentes jurisprudenciais reconhecendo, em Portugal, que se "o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é acolhido em sede de processo contra-ordenacional em moldes semelhantes aos do processo penal, deverá concluir-se pela aplicabilidade do regime previsto no artigo 133º do Código de Processo Penal a alguém que, sendo arguido em processo contra-ordenacional conexo, se vê chamado a depor como testemunha em sede de um processo de natureza criminal"⁶, e no Brasil, que "a Constituição Federal impõe ao Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito"⁷. Recolhem-se aí irradiações mais amplas do princípio, antes (interrogatório informal) e fora (outra relação processual) daquilo que mais classicamente se aproxima do modelo de constituição de arguido (CPP de Portugal, arts. 57º e 58º).

Precedentes jurisprudenciais brasileiros apontam situações delicadas e (ao menos na aparência) contraditórias, afirmando-se dentro de uma mesma decisão do STF que "na qualidade de testemunha de fatos em tese criminosos, a depoente tem o dever de comparecer

intimidade e a integridade física e moral, mas ele se apresentará como um direito (ainda que porventura derivado desses outros – um direito subjetivo de não falar em juízo sobre temas autoincriminatórios), e quanto mais for enfocado pela dimensão processual (meio de inibição ou de neutralização dos efeitos processuais desfavoráveis de certos comportamentos probatórios estatais contrários à dignidade, à personalidade, à intimidade e à integridade física e moral do depoente), mais será uma garantia. Todavia, não iremos aprofundar a questão, e utilizaremos alternadamente, ao longo do trabalho, os termos *direito/direito fundamental* e *garantia* para a referência ao *privilege* – certamente sob algo que receberia críticas de PAULO BONAVIDES, para quem o "erro de confundir direitos e garantias, de fazer um sinônimo da outra, tem sido reprovado pela boa doutrina, que separa com nitidez os dois institutos" (Curso de Direito Constitucional, p. 482).

⁶ (TRL, Processo nº 4910/08.9TDLSB.L1-3-1ªPARTE, rel. MARGARIDA RAMOS DE ALMEIDA, j. 16/10/2019).

⁷ (STF, AgRg no RHC nº 170843/SP, rel. Min. GILMAR MENDES, j. 4/5/2021). Em sentido semelhante, em Portugal: "*Não podem valer como prova afirmações do arguido prestadas em "conversas informais" com um agente policial, seja tal conversa posterior ou anterior à sua constituição como arguido*" (TRP, Processo nº 182/22.2GCVFR.P1, rel. PEDRO VAZ PATO, j. 07/02/2024).

e de dizer a verdade, não lhe assistindo, quanto a tais fatos, quer o direito ao silêncio, quer o não comparecimento perante Comissão Parlamentar de Inquérito ou mesmo de abandono da sessão", e que "o direito contra a autoincriminação tem assento constitucional, instaurando direito subjetivo, a ser exercido por qualquer cidadão, de não produzir prova contra si mesmo". Reconhece-se que "o primeiro juízo sobre o conteúdo desse direito compete ao seu próprio titular, a quem cabe a avaliação inicial sobre os impactos da produção de determinada informação sobre a sua própria esfera jurídica", e nesse sentido, que "é o titular do direito quem exterioriza a primeira manifestação de vontade em relação ao exercício da não autoincriminação", mas contrapõe-se que "nenhum direito fundamental é absoluto, muito menos pode ser exercido para além de suas finalidades constitucionais". Por essa linha, "às Comissões de Parlamentares de Inquérito, como autoridades investidas de poderes judiciais, recai o poder-dever de analisar, à luz de cada caso concreto, a ocorrência de alegado abuso do exercício do direito de não-incriminação", e "se assim entender configurada a hipótese, dispõe a CPI de autoridade para a adoção fundamentada das providências legais cabíveis"⁸. A relativização da prerrogativa contra a autoincriminação agrava o problema da separação entre a qualidade de testemunha e a qualidade de arguido, sendo posta à prova a eficiência da salvaguarda quando o depoente tem de filtrar, dentro de uma rajada de perguntas, as que ele pode e as que não pode deixar de responder.

Uma melhor sistematização e um olhar mais profundo para as questões subjacentes à matéria trarão, como cremos, um contributo importante para o estudo do *nemo tenetur se ipsum accusare*, ainda pela linha mais convencional da restrição negativa a declarações auto-inculpantes, mas projetada a pessoas e situações diferentes daquelas associadas à constituição formal de arguido. A ideia de proteção contra a autoincriminação forçada já está socialmente consagrada na tradição jurídico-cultural do mundo ocidental como um todo⁹, o que não quer dizer que não existam contradições, violações em diversos planos (policial, legislativo, judicial), diferenças de compreensão técnica (tanto dentro de um mesmo

⁸ (HC nº 204492 MC/DF, decisão monocrática do Min. LUIS FUX, j. 14/7/2021). Em sentido semelhante, em Portugal, decidiu o TRP: "O princípio da obrigação de autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) não reveste carácter absoluto; pode ser limitado nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, por lei geral e abstrata, em função de outros direitos ou interesses constitucionalmente consagrados, de acordo com critérios de proporcionalidade, com salvaguarda do conteúdo essencial desse princípio e segundo as regras da concordância prática" (Processo nº 657/21.9T9AVR.P1, rel. PEDRO VAZ PATO, j. 21/02/2024).

⁹ "In una perspectiva storica e comparatistica, non vi è dubbio che il legame imprescindibile esistente tra il contesto ideologico e culturale sotteso alle scelte legislative e il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona nel processo penale abbia favorevolmente contribuito all'emergere del principio secondo cui nessuno può essere costretto a fornire prove contro se stesso (*nemo tenetur se detegere*)" (CAPITTA, Anna Maria - Le limitazioni del diritto al silenzio nella riforma del processo penale inglese, p. 245).

ordenamento jurídico quanto na comparação entre ordenamentos jurídicos diversos) sobre sua abrangência e seus limites e, em uma palavra, desafios a serem ultrapassados para o aprimoramento dessa tradição. Afinal, como bem apontou SANDRA OLIVEIRA E SILVA em profunda obra sobre o tema, o *nemo tenetur se ipsum accusare* está longe de ser aporoblemático ao ponto de perder-se o interesse por seu estudo¹⁰.

Também não se pode dizer a problemática se esgota no suporte material claro e objetivo dado pelo art. 132º, nº 2, do CPP, em Portugal, ao estabelecer que "a testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal", e isso ao menos por três razões. Primeiro, porque é relevante saber-se se o art. 132º, nº2, do CPP, irradia (e até que ponto) para fora do processo penal, em outras situações de convocações declarativas. Segundo, porque perguntas capciosas ou enganosas em cascata (à primeira vista inofensivas) poderiam almejar uma incriminação indireta da testemunha, que se veria forçada a antecipar sua culpa (isto é, precisa e paradoxalmente a confessar) caso quisesse deixar de respondê-las, justificando com a confissão, paradoxalmente, o motivo da recusa. Terceiro, porque o caráter transnacional do problema não se esgota por si só em uma única previsão do direito positivo de um determinado país, sendo sempre cientificamente útil a pesquisa por suportes dogmáticos e por correspondências hermenêuticas. São justamente os suportes dogmáticos e as correspondências que permitem contributos recíprocos entre sistemas como o brasileiro, dentro do qual o ponto de partida para o *nemo tenetur se ipsum accusare* estará – uma parcela dele, o menos - indiscutivelmente em uma norma constitucional com menção expressa ao direito de permanecer calado (CF/88, art. 5º, LXIII), e o português, dentro do qual não há no texto constitucional uma referência expressa ao direito ao silêncio¹¹. E se falta em Portugal uma norma constitucional tão direta quanto o art. 5º, LXIII, da Constituição brasileira, não há no diploma processual penal do Brasil uma norma processual penal tão objetiva quanto o art. 132º, nº 2, do CPP. O que há de semelhante no Brasil está no art. 448, I, do CPC, que preconiza que "a testemunha não é obrigada a depor sobre fatos

¹⁰ Op. cit., p. 29. A mesma autora, porém, classifica inicialmente como improdutivo discutir-se a questão do *nemo tenetur* para horizontes que ultrapassem a figura e a pessoa do arguido, justificando que o receio de que a recusa ou demora na formal constituição (e com ela, a outorga integral do *privilege against self incrimination*) se resolve mediante proibição de valoração de declarações e por proibições de meios de provas, nomeadamente as obtidas mediante engano (p. 49). Nessa mesma obra, contudo, são apresentadas e confrontadas diversas situações limítrofes, chegando a ter de afirmar (sem aprofundar) que "o critério decisivo é, pois, que as declarações prestadas contra o depoente - seja ele arguido, testemunha, perito, etc. - possam ser usadas contra si naquele ou noutro processo" (p. 253). Essa observação expõe por si mesma uma nova problematização, que em nosso futuro trabalho estará no centro da investigação.

¹¹ MENEZES, Sofia Saraiva de – O direito ao silêncio: a verdade por detrás do mito. p. 122.

que lhe acarretem grave dano", e em um plano ainda mais distante, no art. 388, I, também do CPC, que dispõe que "a parte não é obrigada a depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados". Faltam também no Brasil dispositivos legais tão explícitos quanto os arts. 57º e 58º do CPP, sendo necessário pesquisar-se o estatuto do arguido (no sentido que lhe emprega o direito processual penal português), ou algo a isso aproximado, através de articulações e integrações hermenêuticas. De toda a forma, partindo-se da constatação de que o *privilege against self incrimination* associa-se à ideia de "not to be a witness against himself", na terminologia da 5ª Emenda à Constituição dos EUA, deve-se buscar um significado completo e mais universal dessa ideia, em projeção sobre as variadas formas de depoimento (e outras expressões declarativas) que diversos sujeitos prestam dentro e fora do processo penal, buscando-se todas as formas de proteger o depoente contra coações e induções voltadas para a conversão da pessoa em testemunha contra si própria.

Nesse quadro, nosso objetivo central está em melhor elucidar o âmbito de proteção assegurado pelo *nemo tenetur se detegere* a quem, fora do manto protetivo formal daquilo que corresponde, em Portugal, à constituição de arguido (resultando nas proteções afirmadas no art. 61º, nº 1, do CPP), é compulsoriamente chamado ou induzido a prestar declarações de teor autoincriminatório¹². Afinal, é de suma importância saber-se o que realmente significa um direito ou garantia de “não ser compelido a ser testemunha contra si mesmo em nenhum caso penal”, dada a variedade e amplitude das situações em que uma pessoa pode ser convocada (ou de outra maneira ardilosa – como nas tais conversas informais com autoridades policiais – involuntariamente inserida)¹³ em experiências depoimentais de aspiração probatória que serão capazes de levá-la a autoincriminação. O problema principal está em descobrir-se em que dimensões o privilégio contra a autoincriminação protege pessoas que prestam depoimentos, em Portugal ou no Brasil, em posições processuais diferentes

¹² No constitucionalismo brasileiro, já há razoável consolidação jurisprudencial que reconhece no habeas corpus preventivo um instrumento para a proteção das pessoas convocadas por comissões parlamentares de inquérito na qualidade de testemunhas, mas as recalcitrâncias sobre o caráter absoluto ou relativo do direito ou garantia do *nemo tenetur* geram dúvidas sobre os limites e consequências dessas convocações.

¹³ MANOEL MONTEIRO GUEDES VALENTE é preciso ao apontar que “o princípio da lealdade impele e impede a polícia/opc a meios enganosos, a métodos ardilosos que traduzem a obtenção de provas de forma ilícita”, e “impele os OPC que evitem estratégias de investigação que conduzam à auto-incriminação, violando o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, mesmo que estejam perante criminalidade organizada transnacional, sob pena de se colocar em causa o princípio do Estado de Direito” (Teoria geral do Direito Policial, p. 291). Discordamos apenas do verbo: não se trataria meramente de uma recomendação para evitar-se, mas de uma proibição de utilizar-se. E em sentido semelhante, destaca CLAUS ROXIN que “cuando un policía es llamado al lugar de comisión de un delito y allí mismo interroga al imputado de haberlo cometido, sin haberlo instruído sobre su derecho a permanecer callado, esa declaración, según la jurisprudencia alemana actual, sin lugar a dudas, no puede ser valorada” (La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias, pp. 66-67).

daquela formalmente ocupada por um investigado, acusado ou arguido – seja em conversas informais com autoridades policiais (fora ou antes da constituição de arguido), seja através de depoimentos do processo civil, seja no papel de testemunha ou de algo a isso assemelhado/aproximado (declarações de ofendido/parte civil/assistente).

No primeiro capítulo, trabalhamos com uma abordagem histórica do *nemo tenetur* e de sua relação com as figuras da tortura, do juramento e da confissão, no objetivo de avaliar a existência de uma possível relação duradoura entre o exercício de poderes e técnicas destinados à extração de declarações confessórias involuntárias e os diversos atentados à dignidade, à integridade (física e moral) e ao estado de inocência do declarante¹⁴. No segundo capítulo, enfrentamos o problema de oferecer um percurso panorâmico pela jurisprudência da Suprema Corte dos EUA e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no tocante ao direito a não autoincriminação e a questões próximas ou relacionadas (como a submissão de suspeitos a tratamentos degradantes, o desrespeito ao direito de defesa e a exclusão probatória), trazendo também algumas referências de outros países democráticos desenvolvidos e em desenvolvimento (Itália, Alemanha, Espanha, Argentina, Costa Rica, Japão), com algum destaque para a França, por ser onde até o momento melhor se desenvolveu, no plano infraconstitucional interno, a figura da *témoin assisté*, enquanto instituto específico do processo penal. O objetivo é sedimentar, no corpo do estudo, as bases da experiência do *nemo tenetur* na realidade viva do direito comparado, como preparação para a acoplagem, no mesmo contexto, das experiências vivenciadas no Brasil e em Portugal. No terceiro capítulo, o problema está em descobrir aspectos centrais do *nemo tenetur* no direito português e no direito brasileiro, capazes de correlacioná-los entre si, bem como de uni-los à universalidade explorada no capítulo anterior. O objetivo está em demonstrar que Brasil e Portugal não são “ilhas” em matéria de privilégio contra a autoincriminação, mas ao contrário, compartilham grande parte das dificuldades existentes em outros sistemas, podendo também beneficiar-se das mesmas soluções que neles são encontradas. No quarto capítulo, apresentamos uma perspectiva epistemológico-jurídica dos depoimentos em geral, avaliando o problema da suspeita à luz da ideia de uma convocação depoimental desenvolvida fora do âmbito da definição formal e inequívoca de um papel de arguido (ou de algo a isso mais diretamente equivalente). O problema está em descobrir-se que tipo de proteção os ordenamentos jurídicos do Brasil e de

¹⁴ Como é dito por GIZLENE NEDER, o passado luso-brasileiro remete “a ideologias jurídicas de uma formação histórica que ‘julga’ e ‘condena’ um ‘suspeito’ sem que este tenha uma possibilidade de defesa até que ele próprio, se sobreviver, prove sua inocência” (Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro, p. 16).

Portugal conferem a quem é chamado ou induzido a depor, sob condição de suspeita, sem que essa mesma suspeição se consolide sob a forma de uma acusação ou imputação mais formal e transparente. O objetivo é saber até que ponto essa pessoa teria como se liberar da própria compulsão, isto é, do compromisso ou obrigação de ingressar, de modo involuntário, naquela atividade declaracional autoincriminatória, sem sofrer consequências negativas, e em que medida as informações assim obtidas servirão (ou não) como prova, contra elas mesmas, em casos penais, quer eles já estejam em curso, quer eles sejam abertos depois da atividade declaracional involuntária. A metodologia empregada ao longo do trabalho, clássica nas investigações no âmbito do Direito, resume-se à pesquisa em fontes documentais (legislação e jurisprudência) e à pesquisa bibliográfica (doutrina jurídica e literatura interdisciplinar).

Capítulo 1 - SOBRE AS ORIGENS HISTÓRICAS E REFERÊNCIAS INICIAIS DO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE*.

1.1 Contextualização.

Enfrentar a temática da proteção contra a autoincriminação involuntária reclama a rememoração do sofrimento, da violência oficial, da desumanização e da objetificação historicamente relacionados à experiência depoimental. Esses caracteres foram, continuam sendo e sempre serão são inerentes à extração de “verdades” (reais, distorcidas ou mesmo falsas) que se conservariam guardadas no plano íntimo das pessoas que prestam depoimentos. O que tem variado no tempo e no espaço são apenas os níveis de violência (física ou moral) que são empregados, os métodos de aplicação da violência, e os fins últimos, em termos de repressão penal, a que esses atos de violência se destinam.

MICHEL FOUCAULT inicia sua célebre obra a respeito da história da violência nas prisões narrando um caso concreto sobre a execução de um condenado, no dia 2 de março de 1757, "a pedir perdão publicamente na porta principal da Igreja de Paris". Todos os detalhes da impressionante execução da pena - pena de morte por esquartejamento, sendo o condenado destroçado por seis cavalos que puxavam partes do seu corpo em direções diversas - são ali narrados com máxima riqueza de detalhes. A morte do condenado foi precedida de episódios de tortura que caberiam nos mais cruentos filmes contemporâneos que exploram esse tipo de temática, bastando aqui que se mencione que um forte carrasco, com emprego de tenazes de ferro, arrancou os mamilos e outros pedaços de carne da coxa, da barriga, do braço do condenado, "e o que ele arrancava formava em cada parte uma chaga do tamanho de um escudo de seis libras"¹⁵. pois esse caso concreto, a despeito da crueldade, perde-se dentre tantos outros de seu tempo, ou das décadas, ou dos séculos anteriores a ele.

Um estudo genuinamente profundo da história que acerca a toda compreensão jurídico-social dentro da qual surge uma ideia, um princípio, um direito ou uma garantia de que um indivíduo não será transformado em seu próprio algoz, repelindo-se, a partir dessa compreensão, possibilidades múltiplas de utilizá-lo como o continente do qual se retiram os elementos que darão base à sua própria punição, haverá de confundir-se com a própria história do direito penal e do direito processual penal, que por sua vez, se confundirá com a própria

¹⁵ FOUCAULT, Michel - Vigiar e Punir, pp. 9-11.

história da humanidade, da qual faz parte a história das punições¹⁶. Sem deixar-se de referenciar os apontamentos doutrinários que encontram bases do *nemo tenetur* no direito hebreu e nos textos sagrados do judaísmo¹⁷, nosso foco se projetará para a 5ª emenda à Constituição dos EUA e para o contexto jurídico no qual ela se insere (isto é, seu passado, seu presente e seu futuro), que perpassa pela dualidade entre os modelos inquisitivo e acusatório de persecução penal e pelos fundamentos teológicos e morais que circundam as ideias de verdade/dizer-se a verdade.

1.2 Das ordálias à confissão sob tortura: a busca da verdade e o combate à heresia.

Dentro da querela sobre as origens do procedimento inquisitório, há divisões que as posicionam ora no direito civil, ora no direito canônico¹⁸. Imersa nessa discussão, vem posta por HELMHOLZ a questão de que no direito canônico medieval (lado ou metade eclesiástica do *ius commune*) se teria já instituído que “no person is to be compelled to accuse himself”¹⁹. O que importa para a presente exposição é colocarmos a ideia de autoincriminação forçada dentro dos círculos em que a cultura teológica e a cultura jurídica se misturam²⁰. Segundo GABRIEL IGNACIO ANITUA, a Inquisição surgiu em 1215, no quarto Concílio de Latrão, com a finalidade de perseguir os cátaros do Languedoc, no sudoeste da França²¹. Sob o modelo de tribunal jurídico-eclesiástico, o processo inquisitivo se encarregaria da luta contra o pecado, contra a heresia, identificada como crime de lesa-majestade, através da bula inquisitorial *Vergentis in senium*, de 1199²², propiciando uma plena identificação de interesses políticos e religiosos²³. O conceito de *laesum maiestas* era na verdade bem conhecido pelos eclesiásticos do século XII familiarizados com os textos canônicos e com fórmulas tradicionais de glorificação do poder monárquico, mas foi reavivado pela bula de Inocêncio III, por razões

¹⁶ GABRIEL IGNACIO ANITUA, ao discorrer sobre a história dos pensamentos criminológicos, fixa seu marco inicial no contexto europeu do Século XIII, mais precisamente em 1215. Confira-se em *História dos pensamentos criminológicos*, pp 11 e 37-49.

¹⁷ MABANGA, Ghislain M. – Le témoin assisté devant la Cour pénale internationale: contribution à l'évolution du droit international penal, p. 31; QUEIRO, Maria Elizabeth – O direito de não produzir prova contra si mesmo, p. 29; AMBOS, Kai - The Right of Non-Self-Incrimination of Witnesses Before the ICC, p. 159.

¹⁸ CHIFFOLEAU, Jacques – Avouer l'inavouable: l'aveu et la procédure inquisitoire à la fin du Moyen Âge, in: *L'aveu: Histoire, Sociologie, Philosophie*, p. 75.

¹⁹ HELMHOLZ, R. H. – The privilege and the *ius commune*: the Middle Age to the Seventh Century, in: *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. p. 17.

²⁰ CHIFFOLEAU, Jacques, op. cit., p. 75.

²¹ Op. cit., p. 52.

²² CHIFFOLEAU, op. cit., p. 73.

²³ Idem, p. 53.

associadas a um pessimismo que estava longe de se resumir a inspirações de fervor pastoral, alimentando-se, outrossim, por fracassos políticos, observados já desde o registro, no próprio texto da *Vergentis in senium*, da ineficácia das medidas anti-heréticas até então proclamadas pela Sé Romana²⁴. A figura da heresia surge então como elemento de aproximação entre crime e pecado, favorecendo perseguições dentro da qual aparece, de acordo com ANITUA, um elemento centralizador e homogeneizador em matéria política e religiosa²⁵. Com efeito, a heresia deveria ser vista como “crime de desobediência”, sendo previsto de forma explícita na *Vergentis in senium*²⁶. É a partir desse cenário de confluência entre direito e teologia que CHIFFOLEAU observa as influências da ideia de heresia, enquanto *aberratio in fide*, e do sacramento de penitência, enquanto moral de intenção, sobre as concepções de falta e de pecado que dariam base, nos decretos do quarto Concílio de Latrão, para a construção da figura da confissão. O indizível, o antinatural e a heresia estariam interligados²⁷. O delito seria uma demonstração do estado em pecado. Seria também um comportamento antinatural, pois a tendência natural seria fazer o bem, e quem comete um delito faz o mal²⁸. A inspiração de verdade buscada por esse tipo de conotação implica em ir-se atrás do que está escondido, enclausurado na alma impura. Trata-se de uma definição de verdade²⁹ que não pode prescindir de meios de “arrancá-la”, para quem quiser conhecê-la “por fora” da alma. E é também interessante observar como a doutrina registra, por perspectivas diferentes, que o mesmo movimento jurídico-teológico relacionado ao quarto Concílio de Latrão, em 1215, se por um lado representava uma evolução advinda da racionalidade das provas, ao se proibirem as ordálias, os chamados “juízos de Deus”³⁰, por outro realça que essa racionalidade há de ser vista

²⁴ RUST, Leandro Duarte – Bulas inquisitoriais: *Ad abolendam* (1184) e *Vergentis in senium* (1199), pp. 129-161.

²⁵ Idem, p. 55.

²⁶ “(...) proibimos com todo rigor que, de maneira nenhuma, ninguém se atreva, de algum modo, a acolher os hereges, defendê-los, favorecê-los ou apoiá-los; se alguém se atrever a fazer algumas dessas coisas, (...) mediante este decreto, por força do próprio direito, estabelecemos firmemente que seja considerado infame e não seja aceito para exercer cargos públicos ou tomar parte nos conselhos citadinos ou participar das eleições para tais cargos e tampouco seja admitido como testemunha. Que igualmente seja incompetente para testemunhar nem tenha direito à sucessão hereditária. Ademais, que ninguém seja obrigado a atender-lhe nas obrigações de quaisquer negócios. Caso se trate de um juiz, que sua sentença não tenha valor algum, nem causa alguma seja apresentada ao seu tribunal. Se for advogado, que de modo algum seja aceito para defender. Se for tabelião, que os documentos redigidos por ele careçam de todo efeito e sejam condenados juntamente com seu autor já condenado”. Tradução em RUST, Leandro Duarte, op. cit.

²⁷ Op. cit., p. 73.

²⁸ ANITUA, op. cit., p. 49.

²⁹ ANITUA, op. cit., p. 54.

³⁰ TARUFFO, Michele – *Simplemente la verdad: el juez y la constucción de los hechos*. pp. 14, 24, 30-31; SILVA, Sandra Oliveira e, op. cit., p. 85.

com alguma desconfiança, como algo meramente instrumental, não como um processo de humanização³¹.

As ordálias consistiam basicamente em procedimentos ritualizados e extremados, à maneira de testes de resistência pessoal (prova do ferro candente, prova do fogo, prova da caldeira fervente³²) que, antes de possuírem um caráter demonstrativo ou reconstrutivo dos fatos subjacentes a uma certa causa sob julgamento, serviriam mais, na compreensão de TARUFFO, como uma técnica residual utilizada para decidir as controvérsias³³, quando os meios de prova ordinários não houvessem logrado resolver as dúvidas em torno daqueles mesmos fatos³⁴. Ainda segundo TARUFFO, os rituais ordálicos já seriam então residuais e esporádicos, ocorrendo com mais frequência em regiões menos desenvolvidas do continente europeu³⁵, e se sempre mereceram discretas reservas dos doutores da Igreja e dos teólogos – mais tolerados do que recomendados, como anota SANDRA OLIVEIRA E SILVA³⁶, ou inicialmente recebidos com hostilidade, depois ganhando a roupagem de um ritual cristão³⁷, passaram a ser vistos com franca hostilidade, pois afirmava-se que reclamavam um milagre, se traduzindo em um inadmissível tentar a Deus³⁸. Pois as ordálias foram definitivamente proibidas dentro do quarto Concílio de Latrão, em 1215, ao tempo em que foram simultaneamente introduzidas a obrigatoriedade confissão anual para os cristãos³⁹, privadamente entre o confitente e o sacerdote⁴⁰. Já sob o papado de Inocêncio IV, em 1252, foi baixada a bula *Ad Extirpanda*, que prescreveu o uso da tortura nos crimes de heresia⁴¹, fechando o círculo de seu antecessor e dando a formatação final para a Inquisição como a conhecemos⁴².

³¹ ANITUA, op. cit., pp. 50-51.

³² TARUFFO, op. cit., p. 15;

³³ Sobre o instituto no direito medieval português, anota MARCELLO CAETANO: “No processo criminal, perante a divergência de juramentos, podia-se recorrer aos ordálios, mediante os quais se remetia a decisão para o juízo de Deus, na crença de que Deus não poderia favorecer o culpado contra o inocente. Houve várias modalidades de ordálios na Europa, mas parece que no território português só foram usados o ferro em brasa e a lide ou duelo judicial” (História do Direito português, p. 262).

³⁴ Op. cit., p. 18.

³⁵ Idem, p. 23.

³⁶ O arguido como meio de prova contra si mesmo, pp. 62-63.

³⁷ Rituel judiciaire et procès penal. Paris: Ed. Lextenso, 2009, ISBN 978-2-275-03439-3, p. 323.

³⁸ Idem.

³⁹ SILVA, Sandra Oliveira – op. cit., p. 66.

⁴⁰ ANITUA, op. cit., p. 46.

⁴¹ SILVA, Sandra Oliveira, op. cit., p. 66.

⁴² Muito bem explica a questão LEANDRO DUARTE RUST: “Meio século antes, seu mais ilustre antecessor, chamado Inocêncio III (1160?-1216), afirmou sem titubear: os heréticos eram culpados de suprema traição. Quando desertavam da fé, eles apunhalavam pelas costas a mais alta dignidade, a majestade de Cristo, instância à qual todos os imperadores e reis prestariam contas. Em 1199, o papado declarou os hereges culpados do crime de lesa-majestade. Um jurista calejado como o cardeal Sinibaldo Fieschi sabia que a lei romana autorizava a tortura de traidores, por, entre outras razões, negarem a autoridade imperial. Quando se tornou o papa e escolheu ser chamado de Inocêncio IV, o cardeal Fieschi uniu as peças dos quebra-cabeças. Ele completou o raciocínio de seu

Encontra-se previsto na *Lex* 25 da referida bula papal: “*Ademais, o potentado ou o governante deve coagir todos os hereges aprisionados, sem chegar à amputação dos membros e ao risco de morte, a se considerarem verdadeiramente como ladrões, assassinos das almas e assaltantes dos sacramentos de Deus e da fé cristã, a reconhecerem expressamente seus erros e a acusar outros hereges que conhecerem, e identificarem os bens deles, os partidários, os acolhedores e os defensores dos mesmos, tal como os ladrões e os assaltantes dos bens temporais são obrigados a acusar seus cúmplices e a reconhecer os crimes que cometeram*”. Fixamos então nessa interligação entre heresia e criminalidade comum, entre poder político e poder teocrático, entre confissão sacramental e confissão investigatória, e entre constrangimento da alma e constrangimento do corpo, um marco histórico originário de construção e de definição de verdades que são produzidas através de atos de violência institucional que se interpenetram na própria pessoa do examinado. É com a realidade depoimental vivenciada durante esse marco que se estabelece um nítido contraste, por perspectivas jurídicas que mais à frente serão analisadas, entre um “dever de revelar a verdade” e uma projeção jurídica segundo a qual “*no one shall be compelled to be a witness against himself*”.

1.3 Da passagem do sistema acusatório germânico-medieval para o sistema inquisitivo.

O surgimento da Inquisição marcou o deslocamento do modelo punitivo do domínio privado para o domínio público, do interesse da vítima para interesses institucionais (políticos, religiosos, sociais), da reparação para o castigo. O Estado confiscava o conflito, pressupondo que o dano não afetava ao outro indivíduo, mas o soberano, preocupando-se mais, a bem da verdade, com o resultado transcendente – indisciplina, desobediência, falta de respeito. Foi dessa forma que surgiram os conceitos de delito e de delinquente⁴³. Essa se trata certamente de uma visão parcial e demasiado pessimista da questão, pois a evolução do direito processual penal efetivamente dependeu da passagem de uma era mais primitiva, comum entre sociedades destituídas de um poder central, em que os conflitos eram resolvidos indistintamente pela por acordo ou pela força, sendo a retribuição e reparação do crime deixada sob a ação direta do ofendido ou de sua família, para o degrau da arbitragem – antes, privada e facultativa,

predecessor: já que os heréticos são traidores da majestade do Altíssimo, então, conforme assegurava o direito romano, poderiam ser legalmente submetidos à dor. Os flagelos, no entanto, não poderiam ser infligidos por clérigos. A tortura era questão mundana, espúria, que mergulhava em pecado o encarregado de cumpri-la. Era um assunto de César, não de Cristo”. In *Bulas inquisitoriais: ad extirpanda* (1252), *Revista Diálogos Mediterrâneos*, nº 7, 2014, disponível em www.dialogosmediterraneos.com.br, acesso em 12/5/2023.

⁴³ ANITUA, op. cit., p. 44.

depois, pública e obrigatória, quando começou-se a poder falar em monopólio estatal da administração da justiça, hoje um alicerce inatacável de todas as sociedades ⁴⁴. Essa evolução, porém, não passou imune a certos efeitos colaterais. Como bem pondera DAVID GARLAND, são padrões culturais que estruturam a forma como nós sentimos em relação aos ofensores, moldando nossa sensibilidade. A intensidade das punições, os meios usados para infligir dor, e as formas de sofrimento que são permitidas nas instituições penais não são determinadas apenas por meras razões de conveniência, mas também contando com a referência dos padrões de moralidade e de sensibilidade social. Nosso sentimento sobre o que constitui uma conscienciosa, tolerável ou “civilizada” forma de punição é em muito determinada por esse tipo de padrão cultural, assim como nosso sentimento a respeito do que é intolerável e “desumano”⁴⁵.

Apesar da repugnância que textos legais como os dos trechos das bulas papais antes citados tende a provocar em qualquer indivíduo instruído da sociedade ocidental moderna, é inegável que os padrões medievais da Inquisição impuseram, para além de uma noção de verdade judicial até hoje problemática⁴⁶, uma grave associação entre o divino e o cruel que deixou pegadas por todo o sistema punitivo⁴⁷. E é de novo DAVID GARLAND, afinal, quem nos indica que se os padrões culturais mudam com o tempo, tendendo, ao se desenvolverem, a exercer influência direta sobre os padrões punitivos, a religião se apresenta, por outro lado, como uma impactante força moldadora da forma como se tratam os ofensores, lembrando que por esse tipo de influência, crime é associado com pecado, impureza e perigo, e punição, a processo de expiação. Sem surpresa, o autor rememora que os sistemas legais ocidentais, depois do período medieval, foram progressivamente se separando de autoridades e de concepções religiosas, sem embargo de algo daquele passado social remanescer. Isso implica em reconhecer que, da Idade Média aos dias de hoje, a crença religiosa tem sido importante força moldadora da configuração prática e evolutiva das punições⁴⁸.

O distanciamento entre vítima e acusação, e entre dano e crime, trouxe como impacto, em primeiro lugar, o surgimento de crimes sem fonte cognitiva, e no ponto

⁴⁴ DIAS, Jorge Figueiredo – Direito processual penal, pp 25-26.

⁴⁵ Punishment and modern society, pp. 195-196.

⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique – Ônus da prova no processo penal, pp. 24-62; COSTA NETO, José Wellington Bezerra da – Prova e verdade nos regimes de civil law e common law. pp. 97-99.

⁴⁷ Era comum fazer-se tudo o que fosse possível, aplicação de tortura incluída, para obter-se do arguido uma confissão, e se alguém se calava ou se recusava a confessar, era porque queria “ocultar a verdade” (CALDERÓN, J. Frederico - op. cit., p. 187).

⁴⁸ Op. cit., pp. 201 e 203-204.

subsequente, o surgimento de acusações sem [justa] causa, sem [*probable*] *cause*. O “procurador do rei” mencionado por ANITUA⁴⁹ não necessariamente precisaria chegar à vítima ou a elementos concretos de um crime. Ele pode se basear em rumores (*publica fama*), agindo *ex officio* para chegar a um suspeito, e dele exigindo um juramento (*de veritate dicenda*), obtendo assim sua confissão, sempre em segredo e eventualmente sob tortura, se necessário fosse. De resto, nem ele é uma figura universalmente existente e necessária nessa época, pois os processos inquisitivos tinham forma prevalentemente monológica⁵⁰, incumbindo ao próprio juiz inquirir, acusar e julgar. Expandindo-se essa análise para o contexto europeu ocidental como um todo e para um período mais amplo, abrangendo do século XIII ao século XVII, revela-se um diagrama dentro do qual os métodos das jurisdições eclesiásticas e comuns – deixando-se de fora a particular e importante exceção, no contexto inglês, do conflito entre uma e outra – convergem para um modelo de processo instaurado de ofício pelo juiz, com um denunciante (noticiante ou delator, não acusador formal) ou mesmo sem ele (*publica fama/infamia*), cujas medidas instrutórias diferentes da confissão do suspeito (produzida sob tortura, se necessário⁵¹) seriam sempre periféricas, acessórias, complementares. Listando uma série de casos franceses do século XIV, exemplificativos de uma “epidemia de grandes processos político-religiosos”, CHIFFOLEAU sintetiza a matriz do sistema inquisitivo então em curso: “c’est une fama ou une rumor qui lance l’action, l’enquête d’office s’impose à chaque fois, l’information est secrète, l’inquisition proprement dit use du secret et de la torture, l’ensemble de la procédure est à la foi écrite et accélérée”⁵². Ponto interessante, contudo, é que justamente do contraste entre a entrada do modelo inquisitivo eclesiástico na Inglaterra e a persistência do *adversary system* nas cortes seculares é que surge um dos mais importantes registros doutrinários sobre as origens do *nemo tenetur se detegere* como emanção do direito anglossaxão.

⁴⁹ Op. cit., p. 45.

⁵⁰ OLIVEIRA E SILVA, Sandra de – op. cit., p. 69.

⁵¹ Conforme pontua DELPHINE CHALUS, o sistema de provas legais, que surgiu a partir de uma ideia de racionalidade e de busca da verdade, desnaturou-se em razão do apego à confissão e à tortura utilizada para obtê-la, desprendendo-se então, novamente, da verdade e da realidade (La dialectique “aveu – droit au silence” dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé, p. 333).

⁵² Op. cit., p. 62.

1.4 O juramento *ex officio* (*de veritate dicenda*) e sua contestação na Inglaterra dos séculos XVI e XVII.

Segundo SANDRA OLIVEIRA E SILVA, o juramento *ex officio* ou *de veritate dicenda* era um mecanismo medieval desenhado para *estimular os fluxos verbais* (declarações de um suspeito) que alimentavam a máquina inquisitória. Tratava-se de um juramento prestado solenemente no início do interrogatório e impunha um *dever de verdade*, apoiado na convicção do castigo divino, para estimular a confissão dos culpados. Funcionava então como uma espécie de “*tortura spiritualis*”⁵³, colocando o interrogado na contingência de escolher entre a pena secular estabelecida para o crime, a sanção divina e a perda da salvação da alma, e a aplicação de tortura, se recusasse o juramento⁵⁴. Em abalizado estudo sobre a questão, HELMHOLZ questiona a validade de tal modalidade de juramento dentro do *ius commune* (mais precisamente, na Inglaterra do século XVI/XVII), relacionando algumas objeções essenciais. A primeira objeção estaria justamente na falta de um acusador. O *ius commune* seria regido pela máxima do *nemo punitur sine accusatore*, o que impediria o juiz de instaurar procedimentos criminais contra qualquer pessoa por sua própria iniciativa. Além disso, os oficiais da corte não teriam permissão para ingressar no que hoje corresponde mais ou menos às “*fishing expeditions*”⁵⁵ para coletar provas de delitos em geral. Uma acusação formal haveria de ser feita por alguém com legítimo interesse em assegurar sua condenação⁵⁶. Ocorre que essa regra contemplaria exceções, dentre elas – a partir do precedente bíblico sobre a história de Caim e Abel - a de que a *fama publica* poderia tomar o lugar do acusador, o que porém não seria unânime na doutrina da época⁵⁷. Dentro dessa perspectiva, discutia-se se a *fama publica* haveria de ser expressiva, prévia à instauração do procedimento e depois comprovada em juízo, uma vez que não raro o fundamento fático inicial era superficial, ou inclusive falacioso⁵⁸, e até mesmo falso e invertido, eis que o escândalo seria efeito, não causa, da ação dos oficiais das cortes que levavam adiante as perseguições religiosas ilegais⁵⁹. A segunda objeção apontada por

⁵³ MOGLAN, Egben – The privilege in British North America: the colonial period of the Fifth Amendment, in The privilege against self incrimination: its origins and development, p. 119.

⁵⁴ Op. cit., pp. 79-80. Também um “trilema”, com alguma correspondência com aquele avaliado pela Suprema Corte dos EUA, mais adiante analisado.

⁵⁵ Como exemplificações da abordagem da temática do “*fishing expedition*” na experiência jurisprudencial lusófona mais recente, veja-se TRL, Processo nº 71/18.3YUSTR-J.L1-PICRS, j. 12/11/2019 (Portugal), e STJ, AgRg no RMS nº 62562/MT, j. 7/12/2021 (Brasil).

⁵⁶ Op. cit., p. 21.

⁵⁷ Op., cit., p. 23.

⁵⁸ Op. cit., p. 24.

⁵⁹ Algo que guarda alguma correlação, *mutatis mutandis*, com a problemática das invasões domiciliares por policiais, sem prévia ordem judicial, em casos de flagrante delito por guarda ou depósito residencial de drogas, no

HELMHOLZ situa-se em que existiria um princípio canônico segundo o qual “no one is compelled to bear witness against himself, because no one is bound to reveal his own shame”, normalmente expresso pela máxima latina *nemo tenetur detegere turpiudinem suam*⁶⁰. Com efeito, aponta o renomado autor que a maioria dos comentadores medievais sustentava o princípio como presente no *ius commune*, indicando que requerer-se de homens e mulheres que respondessem a específicas perguntas incriminadoras a respeito de seus atos e crenças privadas, daí incorrendo no risco de *infamia* ou de persecução penal, seria algo que entraria em rota de colisão com essa máxima⁶¹. Ocorre que esse princípio ou máxima, de acordo com a corrente opositora, também contaria com exceções (de resto, admitidas por todos) que eclipsariam a própria regra, pois não se aplicaria em casos dentro dos quais houvesse conhecimento público a respeito do crime e interesse público em sua punição. Muito embora houvesse força no argumento de que o princípio seguiria aplicável ante à inexistência de notoriedade do cometimento de um crime pelo acusado, compreendia-se que não se tratava de perseguir mera opinião privada, e sim uma subversão à ordem pública, o combate a condutas como a ausência das paróquias e a zombaria de cerimônias religiosas⁶². Merecem também referência exemplificativa, sem pretensão de esgotar-se o tema por essa perspectiva histórica do direito inglês, as discussões em cortes de common law, via habeas corpus, sobre juramentos *ex officio* impostos pela High Commission, corte eclesiástica instituída sob a égide do *Act of Supremacy* de Elisabeth I, e abolida pelo Long Parliament⁶³. Pelo Act of Supremacy de 1559, o Parlamento atribuiu a Elisabeth I o título de "Supreme Governor of the Church", dando-lhe poderes para instituir cortes e combater "erros" como a heresia. Com base nisso, foi instituída a High Commission, corte eclesiástica responsável por "inquire touching all heretical opinions, seditious books, contempts, false rumors and the like and hear and determine the same"⁶⁴. De toda a sorte, somente esse contraste já dá sinais de como o meio eclesiástico, a sociedade e a comunidade jurídica inglesa ponderavam com seriedade, como contrapesos, os arroubos e os limites de uma imposição juramentada de dizer a verdade em desfavor de quem era perseguido por algum tipo de crime. Evidentemente não cabe aqui o esgotamento do tema, nem pela perspectiva histórica, nem pela perspectiva de um estudo hermenêutico exauriente do direito inglês então vigente.

contexto jurisprudencial brasileiro que circunda e sucede o julgamento do RE nº 603616/RO, pelo STF, em 5/11/2015.

⁶⁰ Op. cit., p. 26.

⁶¹ Idem ibidem.

⁶² Idem, pp. 28-29.

⁶³ GRAY, Charles M. – Self incrimination in interjurisdictional law: the sixteenth and seventeenth centuries, in *The privilege against self incrimination: its origins and development*, p. 47-51.

⁶⁴ CLEGG, Cyndia Susan - *Censorship and the Courts of Star Chamber and High Commission in England to 1640*, pp. 50-80.

Cabe apenas registrar-se que a doutrina aponta casos e circunstâncias dentro das quais, na Inglaterra dos séculos XVI e XVII, entravam em jogo (a) um dever de dizer a verdade prejudicial ao depoente, (b) poderes oficiais capazes de exigirem esse dever, (c) objeções ou salvaguardas contra esse dever, e (d) remédios jurídicos para buscar a contenção ou o afastamento desse dever.

1.5 O sistema “accused speaks” e a ênfase doutrinária sobre a importância da defesa técnica no fortalecimento do *nemo tenetur* no direito inglês.

Segundo expõe-nos LANGBEIN, o processo criminal da common law proibia que os acusados fossem defendidos por advogados, o que teria vindo a ser escalonadamente flexibilizado entre 1696 e 1837. O autor atribui a isso, ou mais amplamente à ascensão do sistema adversarial, no final do século XVIII, a verdadeira origem, na common law, do privilégio contra a autoincriminação⁶⁵. O recorte temporal selecionado na doutrina de LANGBEIN começa no século XVI. No processo penal vigente em meados daquele século, o acusado precisava defender a si próprio em juízo (sem amparo de defesa técnica), o que ele só poderia fazer com alguma chance se optasse por falar, ao invés de ficar em silêncio⁶⁶. LANGBEIN apresenta argumentos teóricos e práticos que eram utilizados como justificativas do sistema “accused speaks”, e que são importantes (enquanto referências históricas) para o desenvolvimento dos problemas que serão abordados ulteriormente no presente trabalho. Basicamente se sustentaria que a defesa técnica era inicialmente vedada, depois admitida, mas de forma restritiva⁶⁷, no sistema *accused speaks*” porque (a) o próprio tribunal se encarregaria de defender o acusado, (b) a função testemunhal e a função defensiva do depoimento do acusado se confundiam, fosse para revelar sua culpa, fosse para revelar sua inocência⁶⁸.

⁶⁵ The privilege and common law criminal procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries, pp. 82-84.

⁶⁶ Idem ibidem.

⁶⁷ Não poderia se dirigir diretamente ao júri até 1836. Antes disso, poderia atuar no exame de testemunhas e se dirigir à corte sobre questões de direito, não sobre questões de fato. Op. cit., p. 84.

⁶⁸ Op. cit., pp. 84-88.

1.6 O sistema acusatório inglês dos séculos XVIII e XIX.

A doutrina de LANGBEIN sinaliza-nos que da segunda metade do século XVIII até o século XIX, o procedimento criminal anglo-americano passou por mudanças que substituíram o sistema do “accused speaks” por algo ali definido como “testing the prosecution”, que seria a base primordial do sistema adversarial como o conhecemos atualmente⁶⁹. A respeito disso, SANDRA OLIVEIRA E SILVA comenta que a introdução da defesa técnica foi na verdade o elemento decisivo para a consagração do direito ao silêncio, pois o acusado teria alguém para falar por ele. Além disso, destaca que a circunstância de o arguido ficar em silêncio em audiência não impedia que suas declarações na fase investigatória (o *pretrial examination*) fossem utilizadas em julgamento. O núcleo essencial do *pretrial examination* seria o interrogatório do suspeito, produzido imediatamente após a sua detenção, destinando-se a obter dele a confissão ou outras declarações comprometedoras⁷⁰. Destaca LANGBEIN que o *pretrial examination*, conforme regulamentado pelo *Marian Comittal Statute*, de 1555, pressupunha que o suspeito fosse inquirido por um juiz de paz, a quem caberia registrar todas as evidências autoincriminatórias reveladas nesse interrogatório – algo que entrava em tensão com o *privilege against self-incrimination*⁷¹. Apenas com o *Trials for Felony Act*, em 1836, ao consagrar o direito a uma plena assistência de defensor em crimes graves, e com o *Justices Protection Act*, em 1848, que garantia o silêncio nos *pretrials examinations*, que se completaria a sedimentação do direito ao silêncio nos tribunais ingleses⁷². De toda a forma, registra LANGBEIN a importância histórica, política e jurídica da queda da Star Chamber, em 1641⁷³, como fato condutor de uma compreensão social no sentido de que “the idea that no one need accuse himself, whatever that meant, was part of this constitutional triumph”⁷⁴.

1.7 Sobre o contexto colonial norte-americano e sobre a Quinta Emenda à Constituição dos EUA.

O sistema britânico do “accused speaks”, segundo EBEN MOGLEN, teria sido a base do modelo norte-americano de processo penal, quando do início do século XVIII, e era

⁶⁹ Op. cit., p. 97.

⁷⁰ Op. cit., pp. 106-107.

⁷¹ Op. cit., pp. 91-92.

⁷² OLIVEIRA E SILVA, Sandra, op. cit., p. 107.

⁷³ LA FAVE, ISRAEL et al – Criminal Procedure, p. 135.

⁷⁴ Op. cit. P. 101.

no *pretrial examination* que aparecia a pressão autoincriminatória⁷⁵. Os suspeitos deveriam ser inquiridos sem juramento, mas suas confissões não juramentadas seriam válidas para formarem prova contra eles, e na prática, o sistema de persecução dependia rotineiramente dessas declarações autoincriminatórias preliminares⁷⁶, produzidas em processos sumários de apresentação do suspeito a juízes de paz⁷⁷, dentro dos quais essa inquirição correspondia ao julgamento⁷⁸. Existia uma compreensão no sentido de que o juramento funcionava como meio de coação espiritual⁷⁹, e são reportados exemplos de restrições normativas (ou com inspirações normativas) à tortura física, como o art. 45 do Body of Liberties de Massachusetts⁸⁰, mas uma inquirição persuasiva, forte, baseada na força do argumento, destinada a extrair “a verdade” (confissão) da boca do suspeito, era válida e desejável. “The magistrate should inquire ‘strictly’, and the accused was bound to answer, even at his ultimate peril”⁸¹, como ocorria na metrópole.

O procedimento do *pretrial examination* perante os juízes de paz, sumário e focado na obtenção de confissão do suspeito, desembocava em punição por castigo físico (chicotadas). Isso em uma sociedade escravagista (acostumada com os castigos corporais inerentes ao modelo relacional mestre-escravo), preocupada em economizar gastos públicos com prisões e com o sistema criminal como um todo, e tendo por público destinatário a população jovem, masculina, migrante. De acordo com anotações de MOGLEN, não teria sido encontrado nenhum tipo de reclamação contra esse sistema, em Nova York, até 1769, quando um empregado de um abastado proprietário de terras teria sido chicoteado por três juízes de paz. De acordo com o queixoso, foi preciso lembrar-lhes que “the statute was intended only for vagrants and persons unable to make bail”⁸². A seletividade e os processos estigmatizantes do

⁷⁵ The privilegie in British North America: the colonial period of the Fifth Amendment, p. 114.

⁷⁶ Op. cit., p. 117.

⁷⁷ Op. cit., p. 114.

⁷⁸ Op. cit., p. 118.

⁷⁹ Op. cit., p. 119

⁸⁰ Consta do sítio oficial do Estado de Massachusetts: “The Body of Liberties, a document originally published in 1641, is the first legal code established by European colonists in New England and was composed of a list of liberties, rather than restrictions, and intended for use as guidance for the General Court of the time. This document is considered by many as the precursor to the General Laws of Massachusetts and the Massachusetts Constitution. It incorporates rights that were later judged to be ahead of their time, with some of these rights eventually appearing in the Bill of Rights. Scholars do not agree as to whether these liberties were ever adopted, adopted provisionally or approved of by the General Court. On October 27, 1648, the General Court of Massachusetts would take what began as the Body of Liberties and create the first printed laws in The Book of the General Lawes and Libertyes Concerning the Inhabitants of Massachusetts which would serve as the model for statutory law in Massachusetts and other New England colonies”. <https://www.mass.gov/service-details/massachusetts-body-of-liberties#:~:text=The%20Body%20of%20Liberties%2C%20a,General%20Court%20of%20the%20time>. Acesso em 16/5/2023.

⁸¹ MOGLEN, op. cit., pp. 119-121.

⁸² Op. cit., pp. 123-126.

sistema penal continuam sendo amplamente trabalhados pela Criminologia dos séculos XX e XXI, não causando nenhuma surpresa um registro histórico de sua ocorrência no seio da sociedade colonial estadunidense⁸³.

1.8 Tortura e confissão no pensamento iluminista: HOBBS e BECCARIA.

A repulsa contra a autoincriminação forçada por pressões espirituais (juramento) ou físicas (tortura) foi abordada por uma série de pensadores iluministas, a exemplo de MONTESQUIEU, VOLTAIRE⁸⁴, PAGANO, FILANGIERI, BECCARIA, LOCKE e HOBBS⁸⁵. Sem ser possível, nas dimensões do presente trabalho, proceder-se a um exame exaustivo de toda a literatura iluminista, e sendo a referência aqui trazida mais ilustrativa, voltada para o estabelecimento de um pano de fundo histórico, selecionamos HOBBS e BECCARIA, dentre todos os outros, por ser o primeiro comumente conhecido como um idealizador do estado autoritário (bem representando, assim, a força estatal⁸⁶), e o segundo, o principal crítico e reformulador das antigas práticas punitivas (bem representando, assim, a contestação da força estatal).

⁸³ Calha transcrever o registro de ALVISE SBRACCIA: “L’analisi del funzionamento delle cerimonie di degradazione di status, presenti in ogni società organizzata, consente a Harold Garfinkel (2004) di descrivere nello specifico l’opera di ridefinizione dell’identità cui va incontro chi diventa oggetto di pubblica denuncia. Si tratta di un processo attraverso il quale ‘l’identità pubblica di un attore è trasformata in qualcosa considerato come inferiore nello schema locale dei tipi sociali’ (...). La trasformazione dell’identità totale attraverso la cerimonia di degradazione rappresentata dalla pubblica denuncia comporta la distruzione del soggetto sociale preesistente e la costituzione di un soggetto diverso” (Sociologia della devianza e della criminalità, p. 135).

⁸⁴ CHALUS, Dominique – op. cit., p. 335.

⁸⁵ SILVA, Sandra Oliveira e – op. cit., p. 122, nota 218; GREEN, Michael S.- The privilege’s last stand, p. 681.

⁸⁶ Eis a síntese do contrato social de HOBBS: “A commonwealth is said to be instituted when a multitude of men do agree, and covenant, every one with every one, that to whatsoever man, or assembly of men, shall be given by the major part the right to present the person of them all, that is to say, to be their representative; every one, as well he that voted for it as he that voted against it, shall authorize all the actions and judgements of that man, or assembly of men, in the same manner as if they were his own, to the end to live peaceably amongst themselves, and be protected against other men. From this institution of a Commonwealth are derived all the rights and faculties of him, or them, on whom the sovereign power is conferred by the consent of the people assembled”. Não obstante, acrescenta: It is true that God is the Sovereign of all sovereigns; and therefore, when he speaks to any subject, he ought to be obeyed, whatsoever any earthly potentate command to the contrary. But the question is not of obedience to God, but of when, and what God hath said; which, to subjects that have no supernatural revelation, cannot be known but by that natural reason which guided them for the obtaining of peace and justice to obey the authority of their several Commonwealths; that is to say, of their lawful sovereigns. According to this obligation, I can acknowledge no other books of the Old Testament to be Holy Scripture but those which have been commanded to be acknowledged for such by the authority of the Church of England”. A “authority of the Church of England” estava compreendida, portanto, no conceito de soberania. Algo (ou muito) do divino ainda deveria se concentrar no poder da autoridade civil. Os valores morais reinantes continuariam a ser rigorosamente os mesmos. A relação vertical entre soberano e súdito, inspirada por preceitos de origem eclesiástica, se reproduziria na perseguição penal.

THOMAS HOBBS defendia uma reserva moral de impenetrabilidade do poder estatal que protegeria os indivíduos contra iniciativas autoincriminatórias⁸⁷. Posicionou-se também contra a tortura, defendendo que “ninguém está obrigado a acusar-se, nem a acusar outra pessoa cuja condenação possa tornar-lhe a vida amarga”, e que “aquele que é torturado pode em bom direito responder tanto o verdadeiro como o falso, ou mesmo não responder”⁸⁸. BECCARIA também se posicionou fervorosamente contra a tortura, correlacionando a aversão à ideia de presunção de inocência e à relativização da importância probatória da confissão, ao sustentar que “se certo [o crime], non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo; se è incerto, e non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati”. Comparou a tortura ao primitivismo do tempo em que “erano chiamati giudizi di Dio le prove del fuoco e dell’acqua bollente e l’incerta sorte dell’armi”, chegando a conclusão de que a diferença entre confissão mediante tortura e rituais ordálicos é meramente aparente, posto que “è così poco libero il dire la verità fra gli spasimi e gli strazi, quanto lo era allora l’impedire senza frode gli effetti del fuoco e dell’acqua bollente”. Além de sua contundente oposição à tortura, BECCARIA era também desfavorável à imposição de juramento ao acusado, definindo-o como “una contradizione fralle leggi e i sentimenti naturali”. Pergunta-se a razão de “metter[si] l’uomo nella terribile contradizione, o di mancare a Dio, o di concorrere alla propria rovina”, e acrescenta que “il giuramento diviene a poco a poco una semplice formalità, distruggendosi in questa maniera la forza dei sentimenti di religione, unico pegno dell’onestà della maggior parte degli uomini”. Afirma que a inutilidade do juramento do acusado “lo ha fatto vedere l’esperienza, perché ciascun giudice mi può esser testimonio che nessun giuramento ha mai fatto dire la verità ad alcun reo”, e rotula não só de inúteis, mas de danosas, as leis impositivas de juramento por quem é alvo de persecução penal, pois essas leis “si oppongono ai naturali sentimenti dell’uomo”. Por outro lado, em aparente contradição, negou a existência de um genuíno direito ao silêncio, sustentando também que “colui che nell’esame

⁸⁷ “If a man be interrogated by the sovereign, or his authority, concerning a crime done by himself, he is not bound (without assurance of pardon) to confess it; because no man, as I have shown in the same chapter, can be obliged by covenant to accuse himself. Again, the consent of a subject to sovereign power is contained in these words, ‘I authorise, or take upon me, all his actions’; in which there is no restriction at all of his own former natural liberty: for by allowing him to kill me, I am not bound to kill myself when he commands me. It is one thing to say, ‘Kill me, or my fellow, if you please’; another thing to say, ‘I will kill myself, or my fellow.’ It followeth, therefore, that no man is bound by the words themselves, either to kill himself or any other man; and consequently, that the obligation a man may sometimes have, upon the command of the sovereign, to execute any dangerous or dishonourable office, dependeth not on the words of our submission, but on the intention; which is to be understood by the end thereof. When therefore our refusal to obey frustrates the end for which the sovereignty was ordained, then there is no liberty to refuse; otherwise, there is”. In *Leviathan*.

⁸⁸ *Opere politiche*, Capítulo II, §XIX, *apud* SILVA, Sandra Oliveira e, op. cit., pp. 122-123, nota 218.

si ostinasse di non rispondere alle interrogazioni fattegli merita una pena fissata dalle leggi, e pena delle più gravi che siano da quelle intimate, perché gli uomini non deludano così la necessità dell'esempio che devono al pubblico". A explicação para tal contradição é bem sintetizada por SANDRA OLIVEIRA E SILVA, e cuidava de buscar assegurar que, uma vez abolidos os meios de coerção espiritual (juramentos) e física (tortura), o poder punitivo pudesse ser reafirmado por meio da ritualística laica moderna⁸⁹ do processo penal, que se associa a deveres de comparecimento, de atenção, de resposta, de respeito e de obediência. Tudo se trataria, então, segundo a autora, "de impedir que o mais recalcitrante delinquente consumasse pelo silêncio uma espécie de ludibrium legis"⁹⁰.

Nesse sentido, o iluminismo deu início a um processo social evolutivo que ainda está em curso⁹¹, combatendo a tortura espiritual ou corpo durante as inquirições na persecução penal, mas mantendo certos deveres de submissão que aparentemente entrariam em contradição com essa prevenção. Não estranha-se que desse processo social tenham resultado, no início do século XIX, legislações como a codificação austríaca de 1803, que destacariam que o suspeito seria "seriamente advertido da sua obrigação de responder" e esclarecido de que a obstinação em nada dizer o levaria "a uma punição certa", inclusive com um regime de três dias sob pão e água, caso insistisse em ficar em silêncio⁹². Como bem assinala SANDRA OLIVEIRA E SILVA, a concepção social da já se orientaria para excluir certos mecanismos de extração de

⁸⁹ BECCARIA destaca a potência do "grave apparato dell'eterna formalità", a "prerrogativa del trono", o "attributo della sovranità" dentro de uma ritualística simbólica que, se hoje ainda tem espaço nos ordenamentos jurídicos modernos, consistiria no mínimo em uma etapa necessária para a "dessacralização" do direito, no século XVIII. Exemplos simples dessa ritualística "moderna" são encontrados diretamente na lei em vigor. Art. 1535 do CC do Brasil: "Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados". Art. 1625º do CC de Portugal: "O conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado é reservado aos tribunais e repartições eclesiásticas competentes". Art. 472 do CPP do Brasil: "Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça'. Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: Assim o prometo". Art. 91º do CPP de Portugal: "1 - As testemunhas prestam o seguinte juramento: Juro, por minha honra, dizer toda a verdade e só a verdade. 2 - Os peritos e os intérpretes prestam, em qualquer fase do processo, o seguinte compromisso: Comprometo-me, por minha honra, a desempenhar fielmente as funções que me são confiadas".

⁹⁰ Op. cit., p. 127.

⁹¹ Conforme pontua FRANÇOIS DESPREZ, "Le juge est investi de la double mission de dire le droit (jurisdictio) et d'ordonner (imperium). L'Événement que constitue le procès affirme la suprématie de la justice et se matérialise par une référence constante à une multitude de symboles et de rites. Toute cérémonie laïque présente souvent un caractère solennel et emprunte au rituel religieux, ou tout le moins exige une foi commune pouvant se traduire par une adhésion à certains principes ou idéaux. Là cérémonie de la réponse judiciaire à un litige ou à la commission d'une infraction n'échappe pas à cette règle". Rituel judiciaire et procès pénal, p. 12.

⁹² SILVA, Sandra Oliveira e – op. cit., pp. 127-128.

declarações e para estabelecer certos limites para a autoridade inquiridora, mas não propriamente para assegurar *direitos* às pessoas submetidas a interrogatórios, pois sua natureza se mostraria, aos olhos da época, inaceitavelmente contrária aos interesses da sociedade⁹³.

1.9 O *privilege* na doutrina de JEREMY BENTHAM

A crítica feita por BENTHAM contra a máxima *nemo tenetur se ipsum accusare* começa quanto a seu conteúdo semântico: seja em latim, seja na tradução direta para o inglês (“no man is bound to accuse himself”), a expressão, segundo BENTHAM, não faria muito sentido. Na verdade, se trataria de um sofisma, uma fraude. Uma lei que obrigasse alguém a propor uma acusação penal contra si próprio seria absurda. Da constatação desse suposto absurdo não se retiraria forçosamente, segundo BENTHAM, uma ideia de que a possibilidade de um investigador ou acusador (outra pessoa que não o acusado, evidentemente), ou do juiz, apresentar questionamentos ao suspeito ou acusado, com o objetivo de descobrir se ele seria ou não culpado do crime, seria fazer dele um acusador contra si próprio. Não se discutiria a impossibilidade de *obrigar alguém a falar*, pois isso se confundiria, sempre segundo BENTHAM, com uma modalidade de tortura. O que estaria em questão seria a *permissão* à parte adversa (investigador ou acusador) e ao juiz de fazer perguntas e de tirar inferências tanto das respostas quanto do silêncio do interrogado. Da faculdade de serem colocados esses questionamentos, o que teria o arguido a temer? De acordo com o pensamento de BENTHAM, a observação da natureza humana permitiria constatar que entre a delinquência, de um lado, e o silêncio no interrogatório, de outro, haveria uma conexão manifesta, constante e inseparável.

Apesar de refratário à tortura, o raciocínio de BENTHAM prende-se, contudo (à semelhança do pensamento de BECCARIA), à importância da confissão enquanto meio de prova, “the very best possible sort of evidence”, “the evidence the most completely satisfactory”, “evidence, in a word, so completely, and even exclusively, satisfactory” (...) “that torture (howsoever ill employed) has, under the dominion of that jurisprudence, been everywhere employed for the filling it up”. Como arremate, afirma: “Habeas confitentem reum, says the Roman orator: as much as to say, having this, what more can you desire?”⁹⁴. Questiona

⁹³ Op. cit., p. 129.

⁹⁴ Todas as citações diretas da obra de JEREMY BENTHAM foram retiradas da versão na internet, disponível em https://oll.libertyfund.org/title/bowring-the-works-of-jeremy-bentham-vol-7-rationale-of-judicial-evidence-part-2?html=true#lf0872-07_label_107, último acesso em 15/10/2023).

BENTHAM o custo e o esforço extra que se fazem necessários na procura de testemunhas e provas documentais destinadas ao suprimento daquilo que poderia ser obtido, em termos probatórios, a partir de inferências de declarações ou do silêncio do arguido, concluindo que no final, apenas o culpado em sentido amplo se beneficia da sistemática, pois "being in the wrong, and knowing himself to be in the wrong, avails himself of the inability of the adversary to fulfil the conditions thus wantonly imposed upon him by the law". Isso, porque para ele o silêncio nada mais é além de "tantamount to confession", de acordo com o senso comum, com a experiência universal (Cap. VII, §1º, "of interrogation in general, as a means of extracting self-disserving evidence"). Acrescenta ainda fundamentos de ordem moral, reportando-se ao "poison continually infused by the exclusionary rule into the moral branch of the public mind", e em tom ainda mais ácido, afirma que o privilégio desafia "the virtues of veracity and sincerity", ao exortar ao povo a "deny your written words", "and when a question is put to you by words spoken, keep your lips close, lest the truth should make it escape, and justice be done", efeito corruptivo geral cujos responsáveis estariam "among the judges, whoever they were, to whom the demon of chicane is indebted for the establishment of this rule". Em sua visão, "such is the lecture delivered by the judge, by every judge, as often as he marks with his approbation this flagitious rule". Em uma palavra, o privilégio contra a autoinculpação, em sua visão, "operates as a premium for transgression, for injustice, in every shape". Critica então BENTHAM, com duas metáforas, os argumentos em defesa do *nemo tenetur se ipsum accusare*. Sob a metáfora do **old woman's reason**, BENTHAM compara o *nemo tenetur*, ironicamente, à inclinação de uma mulher idosa a ter compaixão por uma criança submetida a intervenções cirúrgicas, por necessidades médicas: "Oh the poor dear child! how it will hurt the poor dear child! how hard it will be upon the poor dear child! and so on; no, it sha'n't be doctored!". Tudo não passaria de um "plea of tenderness" frívolo, de um sentimentalismo "double-distilled and treble-refined", cujo resultado não poderia ser outro que não o de gerar impunidade, graças à "confirmed and most extensive predilection for bad evidence". No final, essa "impunity-giving institution" não passaria de um subterfúgio destinado exclusivamente a beneficiar culpados⁹⁵. Sob a metáfora do **fox-hunter's reason**, não menos ironicamente compara a ideia de *fairness* (que, contudo, reconhece ínsita ao *nemo tenetur*) às chances que a raposa precisa ter de escapar de uma caçada, sem a qual a própria caçada, enquanto prática desportiva, perderia seu sentido.

⁹⁵ "By the principle of nullification, or the rule which excludes self-criminative evidence, not only are the guilty served, but it is they alone that are served: they alone, and without any mixture of the innocent. For when, though unfortunate enough to have become the object of suspicion, a man is really innocent, does he fly to any of these subterfuges?"

Também aí, BENTHAM deixa bastante clara sua concepção utilitarista e sua negativa, aos arguidos em geral, da qualidade de sujeitos do processo: “To different persons, both a fox and a criminal have their use: the use of a fox is to be hunted; the use of a criminal is to be tried”.

BENTHAM nega qualquer possibilidade de aproximação entre interrogatório e tortura, se não houver constrangimento físico, mas com peculiar felicidade, acerta na comparação, no tocante à contextualização psicológica, entre a oitiva do arguido e a das testemunhas, observando que “the act of putting a question to a person whose station is that of defendant in a cause, is no more an act of torture than the putting the same question to him would be, if, instead of being a defendant, he were an extraneous witness”. Nessa linha, reconhece que o que quer que o arguido decida dizer, “he is at full liberty to say, only under this condition, properly but not essentially subjoined, viz. (as in the case of an extraneous witness) that, if anything he says should be mendacious, he is liable to be punished for it, as an extraneous witness would be punished”. Nota também que o arguido, diferentemente da testemunha, “stands exposed to a sort of punishment intrinsic to the cause”, suportando a própria condenação, para além de qualquer ameaça extrínseca, como efeito de “false responsion, evasive responsion, or obstinate silence” - dos quais, por constatação lógica, “is concluded to be guilty”.

A aprovação benthamiana a meios intrusivos de interrogatório como instrumentos de justiça e busca da verdade vai ao ponto de levá-lo a criticar a High Commission, a Star Chamber e a Inquisição espanhola menos pelos meios que elas empregavam, e mais pelos fins que elas perseguiam. Com efeito, ele aponta que “the king’s power, then, was de facto absolute: being employed and directed against property, liberty, conscience, every blessing on which human nature sets a value”, realçando que “in the case of the High Commission Court, the mischief was aggravated by the use made of this arbitrary power in forcing men’s consciences on the subject of religion”, mas a natureza e a eficiência dos métodos dessas instituições não são postas em crítica. Afinal, “the perfection of a sword is in its sharpness: the sharper it is, if employed against friends, the more mischief it would do, would this be a reason for discarding the use of sharp swords, and using none but what had been blunted? No! the dictate of reason is,—let your sword be sharp, the sharper the better; but take care not to wound a friend with it”.

Em síntese, na visão de BENTHAM, ao optar-se por beneficiar as pessoas cujos interesses são alcançados por regras de exclusão baseadas no *nemo tenetur* (“evil-doers of all

sorts, and, under the technical system, lawyers of all sorts"), o sistema processual renuncia ao material probatório provindo das "only persons who are in the habit of speaking—the only persons who, if their words are to be taken for it, ever are or can be sufficiently well qualified to speak, in the character of censors, in the way of approbation or disapprobation of any existing rule of law: the persons of whom, speaking of the matter of fact, it must be confessed (how much reason soever there is for wishing that it were otherwise,) that it is of their voices that on this subject the public voice is composed". Em termos axiológicos, BENTHAM defende a busca da verdade como valor preponderante no processo criminal, que deveria então ser permeado por um compromisso ético, no mínimo – incluindo da parte do arguido – com a revelação daquilo que efetivamente aconteceu. Por essa perspectiva, reconhece um atrito natural entre o interesse público na verdade e na punição dos culpados, e o intento natural desses últimos ("evil-doers of all sorts") em não revelá-la (sendo que em alguns casos, serão seus únicos genuínos detentores), do que deveria resultar na existência de meios processuais mais incisivos de extraí-la à revelia da vontade do arguido, desde que não sob tortura. Por essa perspectiva axiológica, o *privilege* se trataria de uma engrenagem anacrônica do sistema processual penal, a ser hermenêuticamente limitada tanto quanto possível, enquanto não fosse pura e simplesmente extinta por algum poder reformador. De forma bem direta, o silêncio deveria ser interpretado como sinônimo da confissão⁹⁶.

1.10 Conclusões.

Desvendar as origens mais profundas do que atualmente compreendemos como princípio, garantia ou direito à não autoinculpação indesejada é um trabalho a ser dedicado a uma escola acadêmica multigeracional e interdisciplinar, que transcende em muito das possibilidades ou aspirações desta obra monográfica. Não faltam abalizardíssimos registros na doutrina estadunidense resignando-se a enunciar, por exemplo, que "exactly why the English Courts extended the privilege beyond the original meaning of the nemo tenetur principle is far from clear"⁹⁷, ou que "the history of the privileg against self-incrimination does little to illuminate the reasons for its existence"⁹⁸. O resultado da prévia exposição histórica, portanto, é contingencial e não exauriente por definição. Não obstante, a exposição do panorama histórico, notadamente focado no contexto da Inquisição medieval, primeiro, depois na Inglaterra dos séculos XVI-XIX, e nos EUA colonial, por último, faz-se indispensável para chegar-se ao

⁹⁶ MOUFFE, Bernard - Le droit au mensonge, p. 392.

⁹⁷ LA FAVE et al, op. cit., p 126.

⁹⁸ GREEN, Michael S. op. cit., p. 637.

contexto político, jurídico e social que fez produzir a Quinta Emenda à Constituição dos EUA, em 1791, e em cima desta, ao longo do século XX, a densa e irradiante jurisprudência da Suprema Corte norte americana sobre o tema. Destacamos aqui, portanto, por uma perspectiva em parte correspondente ao que SANDRA OLIVEIRA E SILVA denominou como “uma epistemologia inquisitória contrária à prerrogativa contra a autoincriminação”⁹⁹, os elementos determinantes que permeiam, da Idade Média até o século XVIII, essa mesma ideia ou prerrogativa.

A história do *nemo tenetur* reúne não apenas confissão e tortura¹⁰⁰, mas confissão, verdade, juramento e tortura. Verdade e juramento entram na corrente que une a expressão comunicacional do detentor íntimo da informação à coerção necessária para alcançá-la¹⁰¹. Vontade é o elemento humano a ser conquistado ou vencido por meio de coerção espiritual, jurídico-política ou física. Essa história sugere também que a religião, a violência e o direito são métodos, fontes ou critérios que interagem simbioticamente, enquanto experiências sociais humanas, no trato da revelação ritualístico-probatória do conhecimento que alguém possui a respeito de um fato criminoso praticado por ele próprio ou por um terceiro. Sugere ainda que o conteúdo axiológico da verdade e da revelação comunicacional da verdade é suscetível a variações, dependendo de quem detém a informação, de quem a demanda, dos motivos pelos quais a informação é demandada, dos meios que produzem o fluxo comunicacional da informação, e do produto ou resultado final do processo (jurídico, eclesiástico ou misto) dentro do qual a informação é revelada. Finalmente, e de fundamental importância, correlaciona a hipótese de existir uma proteção jurídica efetiva ao sujeito desse processo comunicacional a um direito (ou garantia) de obstá-lo (podendo, então, ficar em silêncio), nomeadamente por estar acompanhado de alguém (o defensor) com aptidão formal para defendê-lo, para falar por ele dentro do processo, para expressar-se em nome dele e de sua defesa.

⁹⁹ Op. cit., p. 74.

¹⁰⁰ CHALUS, Delphine – op. cit., p. 334.

¹⁰¹ Sobre o juramento no direito medieval português, veja-se o apontamento de MARCELLO CAETANO: “Em princípio, deduzida a acusação pelo queixoso, competia ao acusado salvar-se provando que não era verdadeira, para as salvas, o acusado deveria prestar solenemente o juramento de inocência ou juramento purgatório, em que asseverava não ser culpado e chamava sobre si a maldição dos céus caso mentisse. Esse juramento poderia ser apoiado por um certo número de parentes, de correligionários (de um convento) ou de amigos, variável consoante a gravidade dos fatos, que ficassem, pela seriedade da declaração prestada, como conjuradores, havendo casos em que os forais ou foros fixam o número mínimo exigido para que fizesse fé” (op. cit. p. 261).

CAPÍTULO 2 – SOBRE O *PRIVILEGE AGAINST SELF INCRIMINATION* NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA INTERNACIONAL.

2.1 A experiência jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

2.1.1 Precedentes norte-americanos: contextualização.

É conhecido pela doutrina comparatista o problema de ficar-se em uma análise absolutamente estática do panorama normativo e chegar-se a resultados analíticos radicalmente diferentes do que seriam observados na *law in action*. ENNIO AMODIO destaca que todo ordenamento jurídico costuma ser permeado por institutos diversos que, na prática, alteram profundamente a fisionomia definida pelas normas, precisando-se enxergar para além delas para encontrar-se o direito vivo¹⁰². Destaca o mesmo autor a natureza “casuística” e heterogênea das fontes de direito processual penal estadunidenses, que se refletem também na literatura jurídica daquele país¹⁰³. Lembra ainda da pluralidade de ordenamentos internos, já que são cinquenta estados, mais a legislação federal, a tratarem de matéria processual penal¹⁰⁴. O enfoque a ser dado no presente trabalho ao *privilege against self incrimination*, dadas tais vicissitudes, limita-se à avaliação de precedentes da Suprema Corte¹⁰⁵, com o acréscimo de alguns apontamentos feitos pela doutrina norte americana a respeito dos precedentes da Corte Constitucional que se correlacionam com a 4ª, a 5ª, a 6ª e a 14ª emendas, com o complemento de algumas visões apresentadas sobre isso tudo pela doutrina estrangeira (brasileira, portuguesa, italiana). Existem, no entanto, textos constitucionais estaduais – oito deles, mais antigos que a 5ª Emenda à Constituição Federal¹⁰⁶ - que são tão ou mais abrangentes, em termos de proteção contra a autoincriminação, quanto o texto da Carta Federal, registrando a doutrina que, havendo contração, por parte da Suprema Corte, em matéria de interpretação dessa garantia, podem existir reações compensatórias das Cortes Estaduais, que reasseguram a proteção faltante a

¹⁰² Processo penale, diritto europeo e common law – dal rito inquisitorio al giusto processo, pp. 188-193. Segundo o autor, uma macrocomparação profícua reclama tanto a integração vertical (passagem das disposições normativas em abstrato para a sua aplicação prática), quanto a integração horizontal (exame do processo penal no contexto da organização judiciária, à luz, por exemplo, das posições institucionais do órgão de acusação e dos juízes).

¹⁰³ Op. cit., p. 209.

¹⁰⁴ Op. cit., p. 202.

¹⁰⁵ Para além de criadores de normas gerais enquanto precedentes obrigatórios (KELSEN, Hans – Teoria geral do Direito e do Estado, p. 216), os precedentes da Suprema Corte dos EUA têm influência dogmática fortíssima, dentro e fora dos EUA, nomeadamente em matéria de direitos e garantias fundamentais.

¹⁰⁶ LA FAVE, op. cit. p. 126.

partir das Constituições Estaduais¹⁰⁷. Não menos importante é a constatação de que até os anos 1950, não era reconhecida nos EUA uma projeção da 5ª Emenda (assim como de outras garantias processuais) sobre as jurisdições estaduais¹⁰⁸. Avalia-se que até a promulgação da 14ª Emenda, em 1868, era absolutamente seguro o entendimento da Suprema Corte, firmado em **Barron vs. Baltimore**¹⁰⁹, no sentido de que “the Bill of Rights was intended to constrain only the newly established federal government”¹¹⁰, e a expansão foi inicialmente ensaiada pela doutrina da *total incorporation*, nos anos 1890, por posições minoritárias e vencidas da Suprema Corte, reafirmada anos depois, por exemplo, pelo Justice Black em **Adamson vs. California**¹¹¹, onde argumentaria que “one purpose of the Fourteenth Amendment was to overrule Barron vs. Baltimore and make the Bill of Rights applicable to the states”¹¹². Prosperou a doutrina da *fundamental fairness*, originada em **Hurtado vs. California**¹¹³. Já anos 1930, com base na *due process clause*, passou-se a entender que aspectos axiologicamente essenciais das garantias constitucionais estabelecidas na Constituição Federal projetam-se sobre a jurisdição criminal dos estados. Em **Powell vs. Alabama**¹¹⁴, por exemplo, entendeu-se que a não provisão de um advogado para um acusado incapaz de se defender sozinho de uma imputação punível com pena de morte seria “essential to providing a fair hearing” e “resulted in denial of due process”, apesar de reconhecer-se que “it did not suggest that due process coverage was as broad as the Sixth Amendment”¹¹⁵. A incorporação definitiva da Bill of Rights em face da legislação dos estados membros desenvolveu-se com mais força e efetividade durante a década de 1960, como produto de decisões da *Warren Court*¹¹⁶, destacando-se o precedente **Malloy vs. Hogan**¹¹⁷. No final da década, haviam sido reconhecidos como aplicáveis no âmbito estadual diretrizes como as da 4ª Emenda (limites à busca e apreensão), da 6ª Emenda (tempo razoável de duração do processo; julgamento por júri imparcial direito de ser informado sobre natureza e causa de uma acusação; direito de confrontar testemunhas da acusação; direito de intimar testemunhas de defesa; direito à assistência por advogado), e no que aqui mais nos interessa, da

¹⁰⁷ CROSSLEY, Mary A. op. cit., pp. 1694,

¹⁰⁸ Idem, pp. 1717-1730.

¹⁰⁹ 32 U.S. (7 Pet) 243 (1833).

¹¹⁰ LA FAVE, op. cit., p. 61; CROSSLEY, Mary A – op. cit., p. 1696.

¹¹¹ 332 U. S. 46 (1947).

¹¹² LA FAVE, op. cit., p. 64.

¹¹³ 110 U. S. 516 (1884).

¹¹⁴ 273 U. S. 510 (1927).

¹¹⁵ LA FAVE, op. cit., p. 68.

¹¹⁶ LA FAVE, op. cit. pp. 58, 60 e 77; Crossley, Mary A., op. cit., p. 1694.

¹¹⁷ 378 U. S. 1 (1964).

5ª Emenda (*privilege against self-incrimination*, além da vedação ao *double jeopardy* – direito a não ser acusado duas vezes pelo mesmo fato)¹¹⁸.

Finalmente, em termos gerais e abrangentes, é importante registrar, acompanhando-se LA FAVE, que a Suprema Corte costuma seguir sete critérios orientadores da implementação das garantias constitucionais no processo penal, que seriam (1) os precedentes anteriores, (2) o texto em si, ou a linguagem, da garantia, (3) a política criminal, ou as políticas criminais, subjacentes à garantia, (5) a relação entre a implementação da garantia e os efeitos na busca da verdade dentro do processo, (6) o quanto da transcendência sobre as particularidades do caso concreto, em termos de definição de standards gerais profiláticos, seria desejável; (7) o impacto da formação de um precedente geral e abstrato sobre a eficácia da lei penal.

Dito isso, serão expostos aqui, de modo panorâmico, alguns dos principais critérios dogmáticos fixados pela Suprema Corte dos EUA em torno do *privilege against self-incrimination*, todos baseados no texto constitucional advindo da 5ª Emenda, de 1791¹¹⁹, e em suas ligações com a 4ª¹²⁰, 6ª¹²¹ e 14ª¹²² Emendas. O número de precedentes aqui citados e analisados, apesar de extenso, segue sendo relativamente limitado e não pretende ser exaustivo. Busca-se nesta análise o sentido original e literal do entendimento dos julgadores estadunidenses (inclusive no idioma de origem), por vezes colocado em segundo plano (ou mesmo perdido) quando os julgados são submetidos a sucessivos filtros doutrinários.

¹¹⁸ LA FAVE, op. cit., pp. 410 e 76-77; QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 209.

¹¹⁹ “No person shall (...) be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

¹²⁰ “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

¹²¹ “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence”.

¹²² No capítulo ou fragmento normativo que aqui importa (1ª Seção): “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

2.1.2 Ponto de partida: precedentes do final do Século XIX.

Hopt vs. Utah¹²³ se trata de um precedente que enfatiza que “a confession freely and voluntarily made is evidence of the most satisfactory character”, mas ressalva que “the presumption upon which weight is given to such evidence (...) ceases when the confession appears to have been made (...) in consequence of inducements (...) or because of a threat or promise”¹²⁴. O julgamento em questão não faz menção direta à 5ª Emenda ou ao *privilege against self-incrimination*, aparentando tratar-se muito mais, outrossim, de uma interpretação mais direta em torno da common law e de regras infraconstitucionais de admissão e exclusão probatória, nomeadamente as preconizadas no Criminal Procedure Act de Utah, de 1878¹²⁵.

Boyd vs. EUA¹²⁶ encerra o célebre entendimento segundo o qual “the seizure or compulsory production of a man's private papers to be used in evidence against him is equivalent to compelling him to be a witness against himself, and, in a prosecution for a crime, penalty or forfeiture, is equally within the prohibition of the Fifth Amendment”.

Brown vs. Walker¹²⁷ envolve o caso de alguém que “had been subpoenaed as a witness before the grand jury”, e nessas condições, aponta um relevantíssimo dilema, bastante central à temática do nosso presente estudo, circundando a questão de possíveis limites da projeção do *privilege against self-incrimination* sobre manifestações depoimentais. Expõe-nos tal acórdão:

The clause of the Constitution in question is obviously susceptible of two interpretations. If it be construed literally, as authorizing the witness to refuse to disclose any fact which might tend to incriminate, disgrace or expose him to unfavorable comments, then, as he must necessarily, to a large extent, determine, upon his own conscience and responsibility, whether his answer to the proposed question will have that tendency,(...) the practical result would be that no one could be compelled to testify to a material fact in a criminal case unless he chose to do so, or unless it was entirely clear that the privilege was not set up in good faith. If, upon the other hand, the object of the provision be to secure the witness against a criminal

¹²³ 110 U.S. 574 (1884).

¹²⁴ Utah só se tornou um estado da federação em 4/1/1896, o que significa que na época do julgado, submetia-se ao sistema da justiça territorial, diferente, em significantes aspectos (cujo aprofundamento foge dos limites do presente trabalho), tanto do sistema estadual quanto do sistema federal. Vide BLUME, William Wirt; BROWN, Elizabeth Gaspar - Territorial courts and law: Unifying factors in the development of American legal institutions.

¹²⁵ MARIA ELISABETH QUEIJO (op. cit., p. 209, nota 267) afirma que LA FAVE, em posição sustentada na edição de 1993, apontaria que *Hopt vs Utah* teria suporte na quinta emenda. Ao menos na edição de 2017 (op. cit., p. 410), contudo, há uma clara afirmativa no sentido de que “the Supreme Court’s early decisions on the admissibility of confessions in federal courts relied upon the common law rule”. Somente quanto a *Bram vs. EUA*, que analisaremos na sequência, é que os autores apontam que o tribunal “appeared to base exclusion upon violation of the Fifth Amendment privilege against self-incrimination”.

¹²⁶ 116 U.S. 616 (1886).

¹²⁷ 161 U.S. 591 (1896).

prosecution which might be aided directly or indirectly by his disclosure, then, if no such prosecution be possible - in other words, if his testimony operate as a complete pardon for the offense to which it relates - a statute absolutely securing to him such immunity from prosecution would satisfy the demands of the clause in question.

Importante consideração é também feita a respeito do destinatário ou beneficiário da garantia, que é sempre exclusivamente o próprio depoente, nunca um terceiro (“its object being to protect the witness himself and no one else, much less that it shall be made use of as a pretext for securing immunity to others”). Igualmente importante a observação de que, à luz do direito norte-americano, o privilégio seria renunciável, e uma vez sendo renunciado, o depoente passa a ter obrigação de responder integralmente ao que for perguntado, inexistindo direito ao silêncio parcial. “If the witness himself elects to waive his privilege, as he may doubtless do, since the privilege is for his protection, and not for that of other parties, and discloses his criminal connections, he is not permitted to stop, but must go on and make a full disclosure”. Diante disso, uma maioria apertada (5-4) concluiu que um depoente protegido por uma *immunity*, isto é, por alguma blindagem jurídica específica capaz de protegê-lo de uma acusação relacionada aos fatos revelados em sua declaração perante o *grand jury*, não poderia invocar o *privilege against self-incrimination* para escusar-se de depor¹²⁸. Uma vez protegida pela *immunity* (e por isso, não passível de ser acusada criminalmente), a pessoa intimada teria de depor como testemunha, submetendo-se aos deveres de declaração e de verdade. Por outro lado, ficou assentado em *Counselman vs. Hitchcock*¹²⁹ que a insuficiente abrangência da *immunity*, incapaz de impedir o uso derivado do depoimento - por exemplo, a busca por outras testemunhas capazes de gerar prova incriminatória contra o depoente -, renderia espaço para a invocação do *privilege against self-incrimination*¹³⁰. A Suprema Corte dos EUA destacou que não importa que o caso penal dentro do qual o depoimento é prestado já se volte contra o depoente, bastando apenas que se trate de um caso criminal, e que o depoimento possa ser aproveitado contra o depoente em outro caso penal, este sim, no qual sua posição seria a de arguido. Nesse sentido, restou consignado:

It is broadly contended on the part of the appellee that a witness is not entitled to plead the privilege of silence except in a criminal case against himself; but such is not the language of the Constitution. Its provision is that no person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself. This provision must have a broad construction in favor of the right which it was intended to secure. (...) The reason given by Counselman for his refusal to answer the questions was that his answers might tend to criminate him, and showed that his apprehension was that, if he answered the questions truly and fully (as he was bound to do if he should answer

¹²⁸ LA FAVE, op. cit., p. 582.

¹²⁹ 142 U.S. 547 (1892).

¹³⁰ LA FAVE, idem ibidem.

them at all), the answers might show that he had committed a crime against the Interstate Commerce Act, for which he might be prosecuted. His answers, therefore, would be testimony against himself, and he would be compelled to give them in a criminal case. It is impossible that the meaning of the constitutional provision can only be that a person shall not be compelled to be a witness against himself in a criminal prosecution against himself. It would doubtless cover such cases; but it is not limited to them. The object was to insure that a person should not be compelled, when acting as a witness in any investigation, to give testimony which might tend to show that he himself had committed a crime. The privilege is limited to criminal matters, but it is as broad as the mischief against which it seeks to guard.

Em uma palavra, o *privilege* aproveita às testemunhas no sentido amplo da expressão, mesmo em se tratando de pessoas não acusadas dentro daquele processo específico¹³¹.

Wilson vs. EUA (I)¹³² trouxe à baila a correlação entre o *privilege* e a presunção de inocência, firmando-se a partir daí a proibição de uso argumentativo, pela acusação, de comentários sobre a opção do arguido de não prestar declarações, e a proibição de retirar-se inferências probatórias do silêncio. Avaliou-se a dimensão de uma lei federal que, superando as restrições da common law, autorizava o arguido a testemunhar a seu favor, quando assim o quisesse, sinalizando-se que a regra do direito comum, “while affording great protection to the accused against unfounded accusation, in many cases deprived him from explaining circumstances tending to create conclusions of his guilt which he could readily have removed if permitted to testify”. Disso evoluiu-se para uma autorização legal, sem qualquer caráter compulsório, para que o arguido que assim o quisesse, prestasse seu depoimento. Firmou-se ali a posição no sentido de que a inovação legal “was framed with a due regard also to those who might prefer to rely upon the presumption of innocence which the law gives to everyone, and not wish to be witnesses”, lembrando-se que “it is not everyone who can safely venture on the witness stand, though entirely innocent of the charge against him”. A acusação, portanto, não poderia explorar a opção do arguido pelo silêncio. Reconheceu-se que “the refusal of the court to condemn the reference of the district attorney and to prohibit any subsequent reference to the failure of the defendant to appear as a witness tended to his prejudice before the jury”, efeito que “should be corrected by setting the verdict aside and awarding a new trial”. Mais adiante, em **Wilson vs. EUA (II)**¹³³, a corte reafirma, com base na common law, que “the true test of the admissibility in evidence of the confession of a person on trial for the commission of

¹³¹ Dentre os doutrinadores portugueses SANDRA OLIVEIRA E SILVA indica o precedente como o primeiro a assegurar a garantia do *privilege against self incrimination* a favor de testemunhas, caso “corram o risco de mais tarde ver o respectivo depoimento usado como prova num processo movido contra si” (op. cit., p. 253).

¹³² 149 U.S. 60 (1893).

¹³³ 162 U.S. 613 (1896).

a crime is that it was made freely, voluntarily, and without compulsion or inducement, and this rule applies to preliminary examinations before a magistrate of persons accused of crime”.

Bram vs. EUA¹³⁴ interessa-nos em virtude de citações doutrinárias da época, como a 6ª edição de Russell on Crimes¹³⁵, no sentido de que “a confession, in order to be admissible, must be free and voluntary; that is, must not be extracted by any sort of threats or violence, nor obtained by any direct or implied promises, however slight, nor by the exertion of any improper influence”, com o complemento de que “a confession can never be received in evidence where the prisoner has been influenced by any threat or promise; for the law cannot measure the force of the influence used, or decide upon its effect upon the mind of the prisoner, and therefore excludes the declaration if any degree of influence has been exerted”. Dessa e de outras citações, conclui o julgado que não poderia haver dúvida de que, antes da independência dos EUA, “the doctrine that one accused of crime could not be compelled to testify against himself had reached its full development in the common law, was there considered as resting on the law of nature, and was imbedded in that system as one of its great and distinguishing attributes”. Na mesma linha, tampouco se poderia olvidar que “looking at the doctrine as thus established, it would seem plainly to be deducible that as the principle from which, under the law of nature, it was held that one accused could not be compelled, to testify against himself, was in its essence comprehensive enough to exclude all manifestations of compulsion, whether arising from torture or from moral causes”. O essencial estaria em que a compulsão fosse capaz de despertar, na mente do arguido, medo ou esperança. A construção jurisprudencial apresenta um certo liame entre tais compreensões da common law e o advento da 5ª Emenda, apontando que “a brief consideration of the reasons which gave rise to the adoption of the Fifth Amendment, of the wrongs which it was intended to prevent, and of the safeguards which it was its purpose unalterably to secure, will make it clear that the generic language of the Amendment was but a crystallization when the Amendment was adopted”. “The rule existing in the common law” foi “imbedded in the Fifth Amendment”. Além disso, citando também **Boyd vs EUA**, o julgado aponta que existiria “a intimate relation (...) between the provision of the Fifth Amendment securing one accused against being compelled to testify against himself,

¹³⁴ 168 U.S. 532 (1897) - um writ of error federal manejado por um condenado à pena de morte.

¹³⁵ Em resenha doutrinária um pouco mais recente, J. W. Cecil Turner faz os seguintes apontamentos sobre a obra: “The book first appeared as a long ago as 1819 and its author had had a distinguished career as Chief Justice of Bengal. For its time it was certainly an outstanding work, and it was a time when by modern standards textbooks first became valuable contributions to the service of law. (...) It has in the interval been edited and re-edited by a number of eminent practitioners under whom vast accretions to its bulk have been made and by whom but little of the old wood has been cut out”. In *The Modern Law Review*, vol. 15, no. 2, 1952, pp. 260–63. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/1090467>. Acesso em 15/12/2023.

and those of the Fourth Amendment protecting against unreasonable searches and seizures”. Enuncia-se tudo isso como consagração constitucional “perpetuating, in their full efficacy, (...) principles of humanity and civil liberty which had been secured in the mother country only after years of struggle, so as to implant them in our institutions in the fullness of their integrity, free from the possibilities of future legislative change”. De particular importância, finalmente, a referência de que na Inglaterra de 1655, os juizes que interrogavam os presos o faziam sem juramento, “but, even where the examination was held without oath, it came to be settled by judicial decisions in England that, before such an examination could be received in evidence, it must appear that the accused was made to understand that it was optional with him to make a statement”. A razão disso, que deveria permanecer óbvia até os dias de hoje, está em que “the statement, even though unaccompanied with an oath, might, unless he was cautioned, operate upon the mind of the prisoner to impel him involuntarily to speak”. O direito ao silêncio como hoje o conhecemos, então, emergiria desse entendimento da common law, dentro do qual a autoridade responsável pelo interrogatório deveria fazer uma abordagem mais ou menos no seguinte sentido: “Having heard the evidence, do you wish to say anything in answer to the charge? You are not obliged to say anything unless you desire to do so, but whatever you say will be taken down in writing, and may be given in evidence against you upon your trial”. Referência a um outro caso inglês, de 1784, aponta a definição de que “the slightest hopes of mercy held out to a prisoner to induce him to disclose the fact was sufficient to invalidate a confession”.

2.1.3 Avanços e retrocessos da primeira metade do Século XX.

*Hale vs. Henkel*¹³⁶ trouxe a importante pontuação no sentido de que o objeto da 5ª Emenda “is to establish in express language and upon a firm basis the general principle of English and American jurisprudence that no one shall be compelled to give testimony which may expose him to prosecution for crime”, não incluindo, porém, “that he may not be compelled to testify to facts which may impair his reputation for probity, or even tend to disgrace him, but the line is drawn at testimony that may expose”. Disso decorre que “if the testimony relate to criminal acts long since past, and against the prosecution of which the statute of limitations has run, or for which he has already received a pardon or is guaranteed an

¹³⁶ 201 U.S. 43 (1906).

immunity, the amendment does not apply”. Objetivamente, “the interdiction of the Fifth Amendment operates only where a witness is asked to incriminate himself - in other words, to give testimony which may possibly expose him to a criminal charge”, “but if the criminality has already been taken away, the amendment ceases to apply”.

Blair vs. United States¹³⁷ aborda a instituição do *grand jury* e seu poder de impor a testemunhas deveres de comparecimento e de depoimento. Traz-nos o julgado que “long before the separation of the American Colonies from the mother country, compulsion of witnesses to appear and testify had become established in England”. Observa que “when it was that grand juries first resorted to compulsory process for witnesses is not clear”, mas pelo menos em 1612, Lord Bacon já teria declarado que “all subjects, without distinction of degrees, owe to the King tribute and service not only of their deed and hand, but of their knowledge and discovery”. Sobre o contexto estadunidense propriamente dito, consta no julgado que já na fundação do governo federal, “the inquisitorial function of the grand jury and the compulsion of witnesses were recognized as incidents of the judicial power of the United States”. Reconhece-se que “there is a constitutional exemption from being compelled in any criminal case to be a witness against oneself, entitling the witness to be excused from answering anything that will tend to incriminate him”, mas também a regra geral segundo a qual “aside from exceptions and qualifications (...) the witness is bound not only to attend, but to tell what he knows in answer to questions framed for the purpose of bringing out the truth of the matter under inquiry”. Não poderia a testemunha impor limites à investigação, nem discutir a competência do *grand jury*.

Silverthorne Lumber Co. vs. EUA¹³⁸ toca no âmago de toda a problemática concernente à prova ilícita por derivação (ainda sem referência metafórica à “poisonous tree”), e apresenta a doutrina da fonte independente. De forma clara e concisa, o acórdão trata de uma busca e apreensão executada ilegalmente por agentes estatais (“without a shadow of authority”), mostrando a incongruência óbvia que resultaria de permitir-se que a acusação, apesar de reconhecer a busca e apreensão como ultrajante, formalmente condenando-a e repudiando-a, possa se colocar em uma posição jurídica dentro da qual “it may study the papers before it returns them, copy them, and then may use the knowledge that it has gained to call upon the owners in a more regular form to produce them”. Pontua a Suprema Corte, então, que esse

¹³⁷ 250 U.S. 273 (1919).

¹³⁸ 251 U.S. 385 (1920).

proceder “reduces the Fourth Amendment to a form of words”, deduzindo que “the essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court, but that it shall not be used at all”, com a ressalva de que “this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible”, pois “if knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others”¹³⁹. Não obstante, a acusação jamais deveria poder valer-se de “knowledge gained by [its] own wrong”.

McCarthy vs. Arndstein¹⁴⁰ definiu o escopo processual do *privilege* de modo abrangente, seja em termos objetivos (depoimentos produzidos em processos cíveis e criminais), seja em termos subjetivos (quaisquer depoentes, não só o arguido): “The privilege is not ordinarily dependent upon the nature of the proceeding in which the testimony is sought or is to be used. It applies alike to civil and criminal proceedings, wherever the answer might tend to subject to criminal responsibility him who gives it. The privilege protects a mere witness as fully as it does one who is also a party defendant”.

Em **Nardone vs. EUA**¹⁴¹, um segundo *writ of certiorari* de um mesmo caso federal versando sobre abusos em interceptações telefônicas¹⁴², a célebre expressão doutrinária “*fruits of the poisonous tree*” teria sido cunhada pelo Justice Frankfurter¹⁴³, relator da decisão. A corte de origem, no segundo julgamento, havia compreendido que a lei de regência “had not also made incompetent testimony which had become accessible by the use of unlawful ‘taps,’ for to divulge that information was not to divulge an intercepted telephone talk”, valendo-se, então, de prova testemunhal derivada de interceptações telefônicas ilícitas, e a Suprema Corte, acertadamente, contestou com o fundamento de que “the trial judge must give opportunity, however closely confined, to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was a fruit of the poisonous tree”. Cumpriria à acusação, “to convince the trial court that its proof had an independent origin”, pois em situações tais, cuida-se de um balanço entre dois valores opostos que precisam ser harmonizados, a saber, “on the one hand, the stern

¹³⁹ Segundo LA FAVE, a doutrina do *independent source* tem por variante a doutrina da *inevitable discovery*, aprofundada em **Nix vs. Williams** – 467 U.S. 431 (1984). In *Criminal Procedure*, p. 636. Igualmente em DEU, TERESA ARMENTA, op. cit., p. 122; OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro, op. cit., p. 104.

¹⁴⁰ 266 U.S. 34 (1924).

¹⁴¹ 308 U.S. 338 (1939).

¹⁴² **Nardone vs. EUA**, 302 U.S. 379 (1937), também um *writ of certiorari* interposto contra decisão do 2nd Circuit a respeito de uma primeira condenação, no mesmo caso, baseada provas obtidas em interceptações telefônicas.

¹⁴³ LA FAVE, op. cit., p. 631.

enforcement of the criminal law; on the other, protection of that realm of privacy left free by Constitution and laws but capable of infringement either through zeal or design”.

*Ashcraft vs. Tennessee*¹⁴⁴ consiste em um caso estadual, provindo da Suprema Corte do Tennessee, versando sobre um interrogatório extenuante de um suspeito de homicídio¹⁴⁵. O destaque vai para o relato da crueza do procedimento:

Ashcraft swears that the first thing said to him when he was taken into custody was, ‘Why in hell did you kill your wife?’; that, during the course of the examination, he was threatened and abused in various ways, and that, as the hours passed, his eyes became blinded by a powerful electric light, his body became weary, and the strain on his nerves became unbearable. The officers, on the other hand, swear that, throughout the questioning, they were kind and considerate. They say that they did not accuse Ashcraft of the murder until four hours after he was brought to the jail building, though they freely admit that from that time on their barrage of questions was constantly directed at him on the assumption that he was the murderer. Together with other persons whom they brought in on Monday morning to witness the culmination of the thirty-six hour ordeal, the officers declare that, at that time, Ashcraft was ‘cool’, ‘calm’, ‘collected’, ‘normal’; that his vision was unimpaired and his eyes not bloodshot, and that he showed no outward signs of being tired or sleepy.

O julgado ainda registra divergência de versões sobre a existência de confissão (o acusado nega que, apesar de tudo, tenha confessado; os policiais dizem o contrário), mas a Suprema Corte, sabiamente, exime-se de dirimir essa divergência, por se tratar de “inescapable consequence of secret inquisitorial practices”, importando apenas, na realidade, que “if Ashcraft made a confession, it was not voluntary, but compelled”. Em plena década de 1940, quando a Europa (Alemanha e Itália, nomeadamente, mas não só) vivia a experiência de governos totalitários e opressivos, a Suprema Corte dos EUA, em tom iluminista, teve oportunidade de consignar: “The Constitution of the United States stands as a bar against the conviction of any individual in an American court by means of a coerced confession. There have been, and are now, certain foreign nations with governments dedicated to an opposite policy: governments which convict individuals with testimony obtained by police organizations possessed of an unrestrained power to seize persons suspected of crimes against the state, hold them in secret custody, and wring from them confessions by physical or mental torture. So long as the Constitution remains the basic law of our Republic, America will no have that kind of

¹⁴⁴ 322 U.S. 143 (1944).

¹⁴⁵ Segundo menção da corte de origem citada pela Suprema Corte, “*testimony of the officers shows that the reason they questioned Ashcraft ‘in relays’ was that they became so tired they were compelled to rest*”, enquanto o interrogado “*had no rest*”, registrando-se que “*one officer did say that he gave the suspect a single five minutes’ respite, but except for this five minutes, the procedure consisted of one continuous stream of questions*”, submetidas ao suspeito dentro de condições extremas de tempo e de lugar, “*in the fifth-floor jail room during this thirty-six hour secret examination*”.

government”. Reafirma esse julgado, com efeito, o que fora alguns anos antes, já na década de 1940, afirmado em *Chambers vs. Florida*¹⁴⁶ ou em *Lisenba vs. California*¹⁴⁷, no sentido de que a 14ª Emenda, pela cláusula do *due process*, já nessa época reconhecida como aplicável às jurisdições estaduais, limitava efeitos probatórios de confissões extraídas involuntariamente dos interrogados. Registrou então a Suprema Corte:

As applied to a criminal trial, denial of due process is the failure to observe that fundamental fairness essential to the very concept of justice. In order to declare a denial of it, we must find that the absence of that fairness fatally infected the trial; the acts complained of must be of such quality as necessarily prevents a fair trial. Such unfairness exists when a coerced confession is used as a means of obtaining a verdict of guilt. We have so held in every instance in which we have set aside for want of due process a conviction based on a confession. To extort testimony from a defendant by physical torture in the very presence of the trial tribunal is not due process. The case stands no better if torture induces an extrajudicial confession which is used as evidence in the courtroom. (...) If, by fraud, collusion, trickery, and subornation of perjury, on the part of those representing the State, the trial of an accused person results in his conviction, he has been denied due process of law. The case can stand no better if, by the same devices, a confession is procured and used in the trial. The concept of due process would void a trial in which, by threats or promises in the presence of court and jury, a defendant was induced to testify against himself.

Em *Lyons vs. Oklahoma*¹⁴⁸, a Suprema Corte traçou parâmetros a respeito da possível influência de atos abusivos destinados à obtenção de uma primeira confissão, inequivocamente involuntária, sobre a possível voluntariedade de uma segunda e posterior confissão. Pontuou, primeiro, que “the fact that the earlier statement was obtained from the prisoner by coercion is to be considered in appraising the character of the later confession”. Reconheceu, depois, que “the effect of earlier abuse may be so clear as to forbid any other inference than that it dominated the mind of the accused to such an extent that the later confession is involuntary is to be considered in appraising the character of the later confession”. Ressaltou, no entanto, que “if the relation between the earlier and later confession is not so close that one must say the facts of one control the character of the other, the inference is one for the triers of fact, and their conclusion, in such an uncertain situation, that the confession should be admitted as voluntary cannot be a denial of due process”, compreendendo assim que os casos limítrofes não devem ser lidos como presumidamente avessos ao *due process*, e que devem ser dirimidos pelos juízes de fato.

¹⁴⁶ 309 U.S. 227 (1940): “Convictions of murder obtained in the state courts by use of coerced confessions are void under the due process clause of the Fourteenth Amendment”.

¹⁴⁷ 314 U.S. 219 (1941).

¹⁴⁸ 322 U.S. 596 (1944).

*EUA vs. Bayer*¹⁴⁹ é importante por consagrar outra célebre metáfora (“the cat is out of the bag”), ao consignar que “after an accused has once let the cat out of the bag by confessing, no matter what the inducement, he is never thereafter free of the psychological and practical disadvantages of having confessed”. Nessas circunstâncias, “he can never get the cat back in the bag”, e “the secret is out for good”, concluindo-se que “in such a sense, a later confession always may be looked upon as fruit of the first”. Mesmo assim, o efeito-à-distância não é eterno e infinito, não pretendendo a Suprema Corte ir longe ao ponto reconhecer que a primeira confissão viciada “perpetually disables the confessor from making a usable one after those conditions have been removed”.

*Watts vs. Indiana*¹⁵⁰ consistiu em mais um caso no qual foi usada como prova em julgamento uma confissão policial de homicídio extraída de um suspeito que ficou preso por praticamente uma semana, sem contato com advogado ou com amigos, sem ser avisado de seus direitos constitucionais, mantido em confinamento solitário, dentro de uma cela onde não havia um espaço para sentar ou dormir, salvo no chão. Nesse caso, a Suprema Corte definiu que “the use at the trial of a confession obtained in this manner violated the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment”, revertendo a condenação. Por outro lado, mais ou menos na mesma época, em *Adamson vs. California*¹⁵¹, ainda era mantido o entendimento firmado décadas antes em *Twining vs. State*¹⁵², preservando-se a noção de que “the privilege against self-incrimination is not inherent in the right to a fair trial, and is therefore not, on that basis, protected by the due process clause of the Fourteenth Amendment”, o que significava que [ainda] não era aplicável aos Estados diretamente a partir do texto constitucional federal.

2.1.4 Julgados dos anos 1950, 1960 e 1970.

*Blau vs. EUA*¹⁵³ assentou que “it is a violation of the Fifth Amendment to compel a witness who objects on the ground of self-incrimination to testify before a grand jury in response to questions (...)” não sendo determinante “whether answers to the questions asked would have been sufficient, standing alone, to support a conviction [or] when they would have furnished a link in the chain of evidence needed in a prosecution of the witness”. No caso, como as respostas do depoente abriram as portas para a cadeia de provas (“chain of evidence”)

¹⁴⁹ 331 U.S. 532 (1947).

¹⁵⁰ 338 U.S. 49 (1949).

¹⁵¹ 332 U.S. 46 (1947).

¹⁵² 211 U.S. 78 (1908).

¹⁵³ 340 U.S. 159 (1950).

utilizada para a formulação de uma acusação criminal contra ele, concluiu-se que “the attempt by the courts below to compel petitioner to testify runs counter to the Fifth Amendment as it has been interpreted from the beginning”, posto que “prior decisions of this Court have clearly established that, under such circumstances, the Constitution gives a witness the privilege of remaining silent”. *Hoffman vs. United States*¹⁵⁴, em continuação, reafirmou que “the privilege against self-incrimination guaranteed by the Fifth Amendment extends not only to answers that would in themselves support a conviction under a federal criminal statute, but also to those which would furnish a link in the chain of evidence needed to prosecute the claimant for a federal crime”, esclarecendo-se também que “to sustain the privilege, it need only be evident from the implications of the question, in the setting in which it is asked, that a responsive answer to the question or an explanation of why it cannot be answered might be dangerous because injurious disclosure could result”.

*Rochin vs. California*¹⁵⁵ versou sobre a apreensão de duas cápsulas de morfina extraídas do estômago de um suspeito após um médico, agindo sob ordens da polícia, ministrar uma solução de efeito emético, por meio de um tubo introduzido até o estômago, para forçá-lo a vomitar. Esclarece-se aí que a cláusula do *due process* outorga à Suprema Corte “adequate guides in subjecting State criminal procedures to constitutional judgment”, parametrizada por direitos humanos. Reconhece-se que muito embora “the concept of due process of law is not final and fixed”, há critérios imanentes à própria natureza do processo judicial. Não se trataria de uma redescoberta do direito natural, e demandaria dos juízes um cuidadoso hábito de autodisciplina e autocrítica para atingir-se um adequado nível de objetividade. “Due process of law requires an evaluation based on a disinterested inquiry pursued in the spirit of science, on a balanced order of facts exactly and fairly stated, on the detached consideration of conflicting claims, (...) on a judgment not ad hoc and episodic, but duly mindful of reconciling the needs both of continuity and of change in a progressive society”. E diante disso, assim como veio o TEDH, no caso Jalloh, a reconhecer cerca de pouco mais de quatro décadas depois, foi afirmado que choca a consciência social civilizada uma iniciativa policial de “illegally breaking into the privacy of the petitioner, the struggle to open his mouth and remove what was there, the forcible extraction of his stomach's contents”, tratando-se de métodos “too close to the rack and the screw to permit of constitutional differentiation”. Por essa perspectiva, “to attempt in this case to distinguish what lawyers call ‘real evidence’ from verbal evidence is to ignore the reasons

¹⁵⁴ 341 U.S. 479 (1951).

¹⁵⁵ 342 U.S. 165 (1952).

for excluding coerced confessions”. O essencial quanto à restrição de confissões obtidas por coerção, à luz do *due process*, está em que “coerced confessions offend the community's sense of fair play and decency”, e na mesma medida, há também de restringir qualquer atividade probatória regulada por lei, justamente por pretender tornar lícito um uso de força estatal “so brutal and so offensive to human dignity”.

Em **Fikes vs. Alabama**¹⁵⁶, a Suprema Corte retornou ao problema da confissão obtida dentro de condições de extrema pressão psicológica¹⁵⁷. Restou consignado que “the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment has placed limitations upon the discretion, unbridled for all practical purposes, that belonged to the States prior to its adoption, and, more particularly, confines their freedom of action in devising criminal procedure”, e que apesar de “no evidence of physical brutality”, “the totality of the circumstances that preceded the confessions in this case goes beyond the allowable limits”. Em termos correspondentes, **Blackburn vs. Alabama**¹⁵⁸ tratou do caso de um arguido condenado por roubo, em circunstâncias nas quais “by far the most damaging piece of evidence against him was his confession, which he persistently maintained had not been made voluntarily”, e “he testified that he could remember nothing about the alleged crime, the circumstances surrounding it, his arrest, his confession”, bem como “denied the truth of the confession, but admitted that the signature on it appeared to be his”. Essa confissão, segundo consta no acórdão, foi produzida em condições extremas: “eight to nine-hour sustained interrogation in a tiny room which was upon occasion literally filled with police officers; the absence of Blackburn's friends, relatives, or legal counsel”, em situações em que a própria sanidade do arguido poderia ser posta em dúvida. Registrou-se então que “in cases involving involuntary confessions, this Court enforces the strongly felt attitude of our society that important human values are sacrificed where an agency of the government, in the course of securing a conviction, wrings a confession out of an accused against his will”, e não menos importante, que “in the present stage of our civilization, a most basic sense of justice is affronted by the spectacle of incarcerating a human being upon the basis of a statement he made while insane”. Após, em **Rogers vs. Richmond**¹⁵⁹, um arguido preso vinha sendo submetido a um interrogatório iniciado às 14:00h e avançado até 20:00h,

¹⁵⁶ 352 U.S. 191 (1957).

¹⁵⁷ “For a period of a week, he [o interrogado] was kept in isolation, except for sessions of questioning. He saw no friend or relative. Both his father and a lawyer were barred in attempts to see him. The protections to be afforded to a prisoner upon preliminary hearing were denied him, contrary to the law of Alabama. He was questioned for several hours at a time over the course of five days preceding the first confession, and again interrogated at length before the written confession was secured”.

¹⁵⁸ 361 U.S. 199 (1960).

¹⁵⁹ 365 U.S. 534 (1961).

quando então um policial “pretended, in petitioner's hearing, to place a telephone call to police officers, directing them to stand in readiness to bring in petitioner's wife for questioning”, e algum tempo depois, “indicated that he was about to have petitioner's wife taken into custody”, ocasião em que o arguido, por decorrência disso tudo, “announced his willingness to confess, and did confess in a statement which was taken down in shorthand by an official court reporter”. A Suprema Corte concluiu que “convictions following the admission into evidence of confessions which are involuntary, i.e., the product of coercion, either physical or psychological, cannot stand”, e isso, “not because such confessions are unlikely to be true, but because the methods used to extract them offend an underlying principle in the enforcement of our criminal law: that ours is an accusatorial, and not an inquisitorial, system -- a system in which the State must establish guilt by evidence independently and freely secured, and may not, by coercion, prove its charge against an accused out of his own mouth”.

Wong Sun vs. EUA¹⁶⁰ cuidou da inadmissibilidade de um depoimento tomado de um sujeito preso, dentro de seu próprio quarto, no momento de sua prisão, afirmando-se então que as declarações feitas pelo preso “in his bedroom at the time of his unlawful arrest were the fruits of the agents' unlawful action, and they should have been excluded from evidence”, e da mesma maneira, que “heroin surrendered to the agents by a third party as a result of those statements”, “likewise fruits of the unlawful arrest”, que portanto, “should not have been admitted as evidence”. Apresenta-se, porém, a doutrina do *purged taint exception*, afirmando-se: “We need not hold that all evidence is 'fruit of the poisonous tree' simply because it would not have come to light but for the illegal actions of the police. Rather, the more apt question in such a case is whether, granting establishment of the primary illegality, the evidence to which instant objection is made has been come at by exploitation of that illegality or instead by means sufficiently distinguishable to be purged of the primary taint”¹⁶¹.

Em **Townsend vs. Sain**¹⁶², discutiu-se o problema do “soro da verdade” (“truth serum”), isto é, da administração de certas drogas, pela polícia, no intuito de fazer o arguido confessar involuntariamente. Esse julgado enfatiza que “any questioning by the police officers which in fact produces a confession which is not the product of free intellect renders that

¹⁶⁰ 371 U.S. 471 (1963).

¹⁶¹ Afirma-se em **Michigan vs. Tucker**, não obstante, que com base em Wong Sun, “the ‘fruits’ of police conduct which actually infringed a defendant's Fourth Amendment rights must be suppressed”.

¹⁶² 372 U.S. 293 (1963).

confession inadmissible”, acrescentando ainda que “the confession must be a product of the defendant’s free and rational choice”¹⁶³.

O já referenciado *Malloy vs. Hogan*¹⁶⁴, superando *Adamson vs. California*, expandiu a aplicabilidade da *bill of rights* aos Estados, via 14ª Emenda¹⁶⁵. Nomeadamente, fixou que “the Fourteenth Amendment prohibits state infringement of the privilege against self-incrimination”, e mais ainda, que “the privilege is available to a witness in a statutory inquiry as well as to a defendant in a criminal prosecution”.

Importante a visão propiciada em *Escobedo vs. Illinois*¹⁶⁶, no qual restou assentado que “where a police investigation is no longer a general inquiry into an unsolved crime but has begun to focus on a particular suspect in police custody who has been refused an opportunity to consult with his counsel and who has not been warned of his constitutional right to keep silent, the accused has been denied the assistance of counsel in violation of the Sixth and Fourteenth Amendments, and no statement extracted by the police during the interrogation may be used against him at a trial”. Adota-se a premissa de que a retirada ou o isolamento de um suspeito da generalidade da massa populacional convoca a necessidade de que a amplitude de sua defesa seja desde logo assegurada, exigindo-se então a observância de seu direito a advogado, sem o que se tem por violadas a 6ª e a 14ª Emenda. O acórdão refere-se detalhadamente à circunstância comprovada do arguido requerer repetidamente aos policiais, enquanto interrogado, que lhe fosse oportunizado conversar com seu advogado, dizendo-lhe enganosamente os policiais, no entanto, que o advogado não queria vê-lo. Sabiamente, o relator do acórdão, Justice GOLDBERG, faz o registro de que “we have learned the lesson of history, ancient and modern, that a system of criminal law enforcement which comes to depend on the ‘confession’ will, in the long run, be less reliable and more subject to abuses than a system which depends on extrinsic evidence independently secured through skillful investigation”¹⁶⁷, e citando a doutrina de WIGMORE, acrescenta que “any system of administration which permits the prosecution to trust habitually to compulsory self-disclosure as a source of proof must itself suffer morally thereby”. Não menos importante, tocando em pontos sensíveis à proteção da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência, esgrima também que “the legitimate

¹⁶³ LA FAVE, op. cit., p. 411.

¹⁶⁴ 378 U.S. 1 (1964).

¹⁶⁵ A trilha já havia sido aberta antes por outros precedentes, como *Mapp vs. Ohio* (367 U.S. 643 - 1961), no tocante à 4ª Emenda.

¹⁶⁶ 378 U.S. 478 (1964).

¹⁶⁷ LA FAVE, op. cit., p. 407.

use grows into the unjust abuse”, que “the innocent are jeopardized by the encroachments of a bad system”, e mais ainda, que “no system of criminal justice can, or should, survive if it comes to depend for its continued effectiveness on the citizens' abdication through unawareness of their constitutional rights”. Como fechamento, conclui que “when the process shifts from investigatory to accusatory - when its focus is on the accused and its purpose is to elicit a confession - our adversary system begins to operate, and, under the circumstances here, the accused must be permitted to consult with his lawyer”.

Tem-se por igualmente crucial, tanto por considerar uma projeção interprocessual ou transprocessual de declarações autoincriminatórias, quanto por trazer a lume a figura da imunidade depoimental, o julgamento do caso **Murphy vs. Waterfront Commission**¹⁶⁸, no qual restou definido, ao superar visões menos garantistas antes firmadas em **EUA vs. Murdock**¹⁶⁹, **Feldman vs. EUA**¹⁷⁰ e **Knapp vs. Schweitzer**¹⁷¹, que “one jurisdiction in our federal system may not, absent an immunity provision, compel a witness to give testimony which might incriminate him under the laws of another jurisdiction”, ou mais precisamente, que “a state witness granted immunity from prosecution under state law may not be compelled to give testimony which may incriminate him under federal law unless such testimony and its fruits cannot be used in connection with a federal prosecution against him, and such use of compelled testimony or its fruits, as distinguished from independent evidence, by the Federal Government must be proscribed”. No caso, depoentes foram intimados (*subpoenaed*) para prestarem declarações em um caso que poderia, em tese, incriminá-los ao mesmo tempo sob as jurisdições estaduais de Nova Jersey e Nova York, mas ganharam garantias de imunidade sob as respectivas legislações locais. Seguiram, no entanto, recusando-se a dar certas respostas, sob o argumento de que delas poderia vir algum tipo de incriminação na jurisdição federal, e com isso, foram presos sob o fundamento de *contempt of court*. Nesse importantíssimo julgado, foi apresentada pela Suprema Corte a problematização de submeter-se um suspeito ao “cruel trilemma of self-accusation, perjury or contempt”¹⁷², e destacada a ligação forte do *privilege against self incrimination* com postulado do sistema acusatório e com a prevenção contra abusos e tratamentos desumanos. É interessante notar-se que o estudo dos precedentes ingleses

¹⁶⁸ 378 U.S. 52 (1964).

¹⁶⁹ 284 U.S. 141 (1931).

¹⁷⁰ 322 U.S. 487 (1944).

¹⁷¹ 357 U.S. 371 (1958).

¹⁷² TASSINARI, Davide – op cit., p. 25, nota 36. Diferentemente do que afirma SANDRA OLIVEIRA E SILVA (op. cit., p. 256), a expressão “cruel trilemma” não foi mencionada pela primeira vez somente em *Pennsylvania vs. Muniz* (496 U.S. 582, de 1990).

que foi então levantado remontou a 1749, chegando ao caso *East India Co. v. Campbell*, no qual, segundo consta, “the court unanimously held that the privilege against self-incrimination protected a witness in an English court from being compelled to give testimony which could be used to convict him in the courts of another jurisdiction”. Esse entendimento do século XVIII foi plenamente resgatado no julgado em exame, afirmando-se então que seria o caso de “now accept as correct the construction given the privilege by the English courts”, e reconhecer-se que “the constitutional privilege against self-incrimination protects a state witness against incrimination under federal as well as state law and a federal witness against incrimination under state as well as federal law”, pois “a grant of immunity is valid only if it is coextensive with the scope of the privilege against self-incrimination”.

Em *Griffin vs. California*¹⁷³, a Suprema Corte revisitou a questão das inferências probatórias do silêncio do arguido. Apontou-se claramente que uma norma estadual que permitisse a exploração do silêncio pela acusação, bem como inferências probatórias desfavoráveis dele retiradas, violaria a 5ª Emenda¹⁷⁴. A conclusão que se tira do julgado – posterior a *Malloy vs. Hogan* – é de que “the Fifth Amendment, in its direct application to the Federal Government and in its bearing on the States by reason of the Fourteenth Amendment, forbids either comment by the prosecution on the accused's silence or instructions by the court that such silence is evidence of guilt”.

*Miranda vs. Arizona*¹⁷⁵, caso amplamente mencionado pela jurisprudência internacional¹⁷⁶, trata-se a bem da verdade, como já se pode perceber do que foi visto até aqui, de apenas mais um avanço na história constitucional norte-americana, já então bastante rica em matéria de proteção contra a autoincriminação. A decisão já começa por conectar-se expressamente ao caso *Escobedo vs. Illinois*, ao apresentar o problema central da “admissibility

¹⁷³ 380 U.S. 609 (1965).

¹⁷⁴ Apontou-se então: “It is a penalty imposed by courts for exercising a constitutional privilege. It cuts down on the privilege by making its assertion costly. It is said, however, that the inference of guilt for failure to testify as to facts peculiarly within the accused's knowledge is, in any event, natural and irresistible, and that comment on the failure does not magnify that inference into a penalty for asserting a constitutional privilege. (...) What the jury may infer, given no help from the court, is one thing. What it may infer when the court solemnizes the silence of the accused into evidence against him is quite another”.

¹⁷⁵ 384 U.S. 436 (1966).

¹⁷⁶ São encontradas referências recorrentes no Supremo Tribunal Federal do Brasil - v.g., Rcl nº 33711/SP (rel. Min. GILMAR MENDES, j. 11/06/2019), onde consta que “o legislador constituinte parece ter sido influenciado pelo ordenamento dos Estados Unidos, mais particularmente pela Miranda warning”, assim como, dentre outros, na Itália - v.g., Sentenza 111/2023 (j. 6/4/2023), onde se classifica o caso Miranda como “una delle sue più note decisioni del secolo scorso”, nele radicando o entendimento segundo o qual “la garanzia effettiva del diritto a non contribuire alla propria incriminazione esige la previsione di idonei strumenti procedurali per assicurare il rispetto da parte della polizia e dell'autorità giudiziaria”.

of statements obtained from an individual who is subjected to custodial police interrogation and the necessity for procedures which assure that the individual is accorded his privilege under the Fifth Amendment to the Constitution not to be compelled to incriminate himself”, ou ainda mais precisamente, de pessoas interrogadas em repartições policiais “for the purpose of obtaining a confession”. Adentra no problema do uso de algemas, da não informação do direito ao silêncio, da negativa de comunicação entre interrogado e advogado. Rememora **Brown vs. Walker**, do final do século XIX. Enfatiza-se que “the prosecution may not use statements, whether exculpatory or inculpatory, stemming from custodial interrogation of the defendant unless it demonstrates the use of **procedural safeguards** effective to **secure** the privilege against self-incrimination”, e define-se “custodial interrogation” como “questioning initiated by law enforcement officers after a person has been taken into custody or **otherwise deprived of his freedom of action** in any significant way”, “cut off from the outside world”, “incommunicado interrogation of individuals in a police-dominated atmosphere”. O contexto gerador de preocupação dos julgadores trata-se precisamente da violência policial, “physical brutality - beating, hanging, whipping”, visando o objetivo de “extort confessions” – algo que teria sido estudado pela *Commission on Civil Rights* cerca de cinco anos antes, em 1961. Chegaram os julgadores ali, então, a uma constatação que deveria ser óbvia em todos os lugares e a todo o tempo, em se tratando de processo penal adequado aos ditames do Estado de Direito: “Unless a proper limitation upon custodial interrogation is achieved - such as these decisions will advance - there can be no assurance that practices of this nature will be eradicated in the foreseeable future”. Destaca-se claramente o problema da “compulsion to speak” gerada por pressões policiais, capazes de “to put the defendant in such an emotional state as to impair his capacity for rational judgment”. Enfatiza-se que “the presence of counsel” funcionaria como “the adequate protective device necessary to make the process of police interrogation conform to the dictates of the privilege”, posto que “the right to have counsel present at the interrogation is indispensable to the protection of the Fifth Amendment privilege”, uma vez que “the attorney plays a vital role in the administration of criminal justice under our Constitution”. Significativamente, aponta-se que “there can be no doubt that **the Fifth Amendment privilege is available outside of criminal court proceedings, and serves to protect persons in all settings in which their freedom of action is curtailed in any significant way** from being compelled to incriminate themselves”. Disso tudo emergem então os amplamente mencionados **Miranda warnings: (a)** “if a person in custody is to be subjected to interrogation, he must first be informed in clear and unequivocal terms that he has the right to remain silent”; **(b)** “the warning of the right to remain silent must be accompanied by the explanation that anything said

can and will be used against the individual in court”, pois é necessário que o interrogado conheça as consequências de abdicar do silêncio e possa tomar uma decisão inteligente, “aware that he is faced with a phase of the adversary system”, e de que “he is not in the presence of persons acting solely in his interest”; **(c)** como terceiro aviso, deve ser claramente informado ao interrogado que “he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation”; **(d)** como “the need for counsel in order to protect the privilege exists for the indigent as well as the affluent”, “it is necessary to warn him not only that he has the right to consult with an attorney, but also that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him”. E como consequência dos avisos, “if the individual indicates in any manner, at any time prior to or during questioning, that he wishes to remain silent, the interrogation must cease”, ou “if the individual states that he wants an attorney, the interrogation must cease until an attorney is present”, emergindo então que **“any statement taken after the person invokes his privilege cannot be other than the product of compulsion”**. Interrogatórios desenvolvidos sem a presença de advogado impõem à acusação “a heavy burden (...) to demonstrate that the defendant knowingly and intelligently waived his privilege against self-incrimination and his right to retained or appointed counsel”. Em síntese, tudo gira em torno das diferenças apontadas entre um sistema acusatório e um sistema inquisitivo, e da construção de salvaguardas para assegurar a observância substancial do *privilege against self incrimination*. Destacamos as observações feitas em *Miranda vs. Arizona* a respeito do quanto o acompanhamento por advogado, em situações depoimentais, é importante para qualquer pessoa de alguma forma tangenciada pela persecução penal. Qualquer pessoa conduzida pela polícia para fins depoimentais teria, a rigor, interesse legítimo em ser acompanhada por advogado. “When police inquiry determines that there is no reason to believe that the person has committed any crime, it is said, he will be released without need for further formal procedures. The person who has committed no offense, however, will be better able to clear himself after warnings with counsel present than without. It can be assumed that, in such circumstances, a lawyer would advise his client to talk freely to police in order to clear himself”. E como conclusão final do caso concreto (a acusação contra Ernesto Miranda), a Suprema Corte compreendeu que “it is clear that Miranda was not in any way apprised of his right to consult with an attorney and to have one present during the interrogation, nor was his right not to be compelled to incriminate himself effectively protected in any other manner”, e dessa maneira, “without these warnings, the statements were inadmissible”.

Schmerber vs. California¹⁷⁷ versou sobre a não incidência do *privilege* sobre a prova de alcoolemia obtida por retirada de uma amostra de sangue do suspeito. Tratou-se ali de uma prova não declaracional, e muito embora a Suprema Corte, de início, tenha sinalizado, com referência ao então recente **Miranda vs. Arizona**, que “[as] compelled submission [to the withdrawal of blood] fails on one view to respect the ‘inviolability of the human personality’ [in a way that] enables the State to rely on evidence forced from the accused, [it] violates at least one meaning of the requirement that the State procure the evidence against an accused by its own independent labors”, acabou por concluir, contudo, que “the privilege has never been given the full scope which the values it helps to protect suggest”, limitando-se a cenários nos quais “the privilege reaches an accused’s communications, whatever form they might take, and the compulsion of responses which are also communications, for example, compliance with a subpoena to produce one’s papers”. Então, “compulsion which makes a suspect or accused the source of ‘real or physical evidence’ does not violate it”. Importa também a observação da Suprema Corte no sentido de que a retirada da amostra de sangue, nas circunstâncias, não violou a *due process clause*, eis que não produzida mediante ofensa a um “sense of justice” avaliado em **Rochin vs. California**.

Um julgado do período que levanta polêmica à luz das diretrizes relacionadas à doutrina continental dos métodos proibidos (por enganosos) de interrogatório é **Frazier vs. Cupp**¹⁷⁸. Um policial, ao interrogar um suspeito, mentiu para ele que um possível comparsa havia confessado, e em razão disso, o interrogado também confessou. Compreendeu a Suprema Corte, contudo, que “the fact that the police misrepresented the statements” feitos pelo possível coautor “is, while relevant, insuficiente (...) to make this otherwise voluntary confession inadmissible”. **Harris vs. Nova York**¹⁷⁹, por sua vez, assenta a inexistência de um direito de mentir ínsito ao *privilege* da 5ª Emenda, no entendimento da Suprema Corte. Segundo restou definido no julgado, “every criminal defendant is privileged to testify in his own defense, or to refuse to do so”, “but that privilege cannot be construed to include the right to commit perjury”, e uma vez “voluntarily taken the stand”, o arguido tem “obligation to speak truthfully and accurately”. Mais ainda, “the shield provided by Miranda cannot be perverted into a license to use perjury by way of a defense, free from the risk of confrontation with prior inconsistent utterances”.

¹⁷⁷ 384 U.S. 757 (1966).

¹⁷⁸ 394 U.S. 731 (1969).

¹⁷⁹ 401 U.S. 222 (1971).

Kastigar vs. EUA¹⁸⁰ adentra na questão das *immunities* concedidas a testemunhas como critério de afastamento do *privilege* da 5ª Emenda em seu mais estrito sentido, já que esse instrumento “would afford broader protection than the Fifth Amendment privilege”. Já de pronto foi considerado um risco inerente a esse entendimento, ao ponto de ressaltar-se de antemão que o órgão acusatório, em outras frentes de persecução penal, teria o ônus de demonstrar que provas aparentemente correlacionadas com o depoimento autoincriminatório teriam sido obtidas “from a legitimate source wholly independent of the compelled testimony”. Cuidou-se ali da convocação de testemunhas perante o *grand jury*, por intimação (*subpoena*), que compareceram, mas invocaram o *privilege* e ficaram em silêncio, sendo então presos por *contempt of court*. Afirmou-se que “among the necessary and most important of the powers of the States as well as the Federal Government to assure the effective functioning of government in an ordered society is the broad power to compel residents to testify in court or before grand juries or agencies”, mas contrapôs-se que “the power to compel testimony is not absolute” com o *privilege against self-incrimination* como mais notável exceção. Em **Lefkowitz vs. Turley**¹⁸¹, apontou-se que “the ordinary rule is that the privilege is available to witnesses called before a grand jury”, e em especial, que “the Amendment not only protects the individual against being involuntarily called as a witness against himself in a criminal prosecution, but also privileges him not to answer official questions put to him in any other proceeding, civil or criminal, formal or informal, where the answers might incriminate him in future criminal proceedings”.

Michigan vs. Tucker¹⁸² trabalha a problemática da *good faith exception*¹⁸³ ao valorizar o fato de um policial, ao interrogar um suspeito, ter deixado de informá-lo, sem malícia, sobre o direito de ter um advogado custeado pelo Estado. Aponta-se que “the deterrent purpose of the exclusionary rule necessarily assumes that the police have engaged in willful, or at the very least negligent, conduct which has deprived the defendant of some right”. O contexto processual estaria a indicar que “respondent's statements during the police interrogation were not involuntary or the result of potential legal sanctions”. Logo, suas declarações seriam juridicamente admissíveis. Nesse julgado também foi afirmado que as *Miranda rules* “were not themselves rights protected by the Constitution, but were, instead, measures to insure that the

¹⁸⁰ 406 U.S. 441 (1972).

¹⁸¹ 414 U.S. 70 (1973).

¹⁸² 417 U.S. 433 (1974).

¹⁸³ BALL, Edna - Good faith and the fourth amendment: the "reasonable" exception to the exclusionary rule, p. 651.

right against compulsory self-incrimination was protected”. Durante seu interrogatório, o arguido revelou o nome de uma testemunha, cujo depoimento a Suprema Corte negou-se a excluir do processo. Reconheceu-se que “an inability to protect the right at one stage of a proceeding may make its invocation useless at a later stage”, dando-se o exemplo de que “a defendant's right not to be compelled to testify against himself at his own trial might be practically nullified if the prosecution could previously have required him to give evidence against himself before a grand jury”. Ressaltou-se que “testimony obtained in civil suits, or before administrative or legislative committees, could also prove so incriminating that a person compelled to give such testimony might readily be convicted on the basis of those disclosures in a subsequent criminal proceeding”, lembrando-se que “this concern - that compelled disclosures might be used against a person at a later criminal trial - has been extended to cases involving police interrogation”¹⁸⁴.

Brown vs. Illinois¹⁸⁵ cuida novamente do cruzamento entre a 4ª e a 5ª Emenda. Nesse precedente, a Suprema Corte avaliou a validade do depoimento e dos frutos do depoimento de uma pessoa que foi presa quando teve o apartamento invadido e revistado pela polícia, sem justa causa e sem ordem judicial. Concluiu-se ser equivocado “assuming that the Miranda warnings, by themselves, under Wong Sun always purge the taint of an illegal arrest”. Já ***Oregon vs. Mathiason***¹⁸⁶ destaca que “police officers are not required to administer Miranda warnings to everyone whom they question”, “nor is the requirement of warnings to be imposed simply because the questioning takes place in the station house, or because the questioned person is one whom the police suspect”, mas apenas “where there has been such a restriction on a person's freedom as to render him in custody”. Além disso, considera-se válida uma confissão obtida a partir de uma mentira do policial para o suspeito, no sentido de que existiriam impressões digitais dele dentro da casa onde foi praticado o crime então sob investigação¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Apesar disso, preponderou a consideração de que se estaria então a lidar “not with the offer of respondent's own statements in evidence, but only with the testimony of a witness whom the police discovered as a result of respondent's statements”, entendendo-se que “this recourse to respondent's voluntary statements does no violence to such elements of the adversary system as may be embodied in the Fifth, Sixth, and Fourteenth Amendments”. Afirmou-se então, em termos de ponderação, que “any single reason supporting exclusion of this witness' testimony, or all of them together, are very persuasive”, por um lado, mas seriam fortes os “arguments in favor of admitting the testimony”, por outro. “When balancing the interests involved” deu-se peso à ideia de que há um “strong interest under any system of justice of making available (...) all concededly relevant and trustworthy evidence”.

¹⁸⁵ 422 U.S. 590 (1975).

¹⁸⁶ 429 U.S. 492 (1977).

¹⁸⁷ Argumenta-se, divergindo-se da Suprema Corte do Estado de Oregon, de onde o caso era proveniente: “The officer's false statement about having discovered Mathiason's fingerprints at the scene was found by the Supreme Court of Oregon to be another circumstance contributing to the coercive environment which makes the Miranda

EUA vs. Ceccolini¹⁸⁸ trabalha a questão de testemunhas descobertas por meios ilícitos serem tratadas como fonte independente. No caso, entendeu-se que “the greater the willingness of the witness to freely testify, the greater the likelihood that he or she will be discovered by legal means”, simplesmente porque “witnesses can, and often do, come forward and offer evidence entirely of their own volition”.

2.1.5 Julgados dos anos 1980 e 1990.

O primeiro julgado do período que ora apresentamos segue a linha progressiva rumo à melhor concretização de direitos fundamentais dos arguidos. Em **Edwards vs. Arizona**¹⁸⁹, a Suprema Corte dá destaque para salvaguardas adicionais para considerar como válida a renúncia ao direito a advogado e uma confissão a isso relacionada. Pontua que “when an accused has invoked his right to have counsel present during custodial interrogation, a valid waiver of that right cannot be established by showing only that he responded to further police-initiated custodial interrogation, even if he has been advised of his rights”, e que em tal contexto, “the use of petitioner’s confession against him at his trial violated his right under the Fifth and Fourteenth Amendments to have counsel present during custodial interrogation, as declared in *Miranda*”. Devemos nos atentar, contudo, para o fato de que em **Solem vs. Stumes**¹⁹⁰ foi reconhecido que “Edwards should not be applied retroactively”, e que “it would be unreasonable to expect law enforcement authorities to have conducted themselves in accordance with Edwards’ bright-line rule prior to its announcement”.

A partir dos anos 1980, alguns retrocessos jurisprudenciais (no sentido de dar-se mais ênfase a certos parâmetros de defesa social que aos direitos fundamentais dos arguidos) foram também observados¹⁹¹. Exemplo disso é o caso de **Nova York vs. Quarles**¹⁹², em que foi introduzida a noção de *public safety exception*, revertendo-se decisões das instâncias inferiores

rationale applicable. Whatever relevance this fact may have to other issues in the case, it has nothing to do with whether respondent was in custody for purposes of the *Miranda* rule”.

¹⁸⁸ 435 U.S. 268 (1978).

¹⁸⁹ 451 U.S. 477 (1981).

¹⁹⁰ 465 U.S. 638 (1984).

¹⁹¹ Sobre os esforços para viabilizar retrocessos conservadores contrários às conquistas alcançadas nos períodos da Warren Court (1953-1969) e da Burger Court (1969-1986), anotou LUIS ROBERTO BARROSO (Interpretação e aplicação da Constituição, p. 114) que por vezes já não bastaria colocar ênfase nos precedentes (*stare decisis*), porque eram justamente os precedentes que os conservadores pretendiam derrubar. Nisso teriam sido buscadas alternativas no chamado “originalismo” (intenção original dos elaboradores da carta) – que paradoxalmente ou não, no caso do *privilege*, também deixaria de entregar o pretendido efeito de prevalência axiológica, em favor da defesa social, de poderes de extrair-se de alguém, por meio da força ou do engano, informações autoincriminatórias.

¹⁹² 467 U.S. 649 (1984).

que haviam determinado a exclusão probatória de uma arma de fogo e de declarações de um arguido tomadas de improviso e sem os *Miranda warnings*¹⁹³. Ou também *Nix vs. Williams*¹⁹⁴, reconhecido doutrinariamente como o precedente que melhor recorta ou aperfeiçoa a doutrina da *inevitable discovery* em face da mais genérica *independent source*, no tocante ao efeito-à-distância¹⁹⁵.

*Berkemer vs. McCarty*¹⁹⁶ indica claramente que *Miranda* se aplica a infrações criminais de menor potencial ofensivo (*misdemeanors*), esclarecendo que “a person subjected to custodial interrogation is entitled to the benefit of the procedural safeguards enunciated in *Miranda*, regardless of the nature or severity of the offense of which he is suspected or for which he was arrested”, incluindo-se nisso os momentos em que o suspeito de um delito de trânsito acaba por ser “formally arrested and instructed to get into the police car”. Além disso, enuncia que as salvaguardas de *Miranda* atendem ao propósito de fixar uma conduta policial de “do not coerce or trick captive suspects into confessing”.

Critérios da linha axiológica mais favorável à defesa social voltam novamente empregados em *Oregon vs. Elstad*¹⁹⁷. Critica-se que “the Court in *Miranda* required suppression of many statements that would have been admissible under traditional due process analysis”. Tenta-se de alguma maneira diminuir o caráter e a relevância dogmática da doutrina dos *fruits of the poisonous tree*, tratando-a como metáfora eventualmente fora de lugar ou de contexto, fazendo o mesmo quanto à referência de *the cat is out of the bag* de *EUA vs. Bayer*¹⁹⁸.

¹⁹³ Pelo entendimento então firmado, usa-se um conceito bastante estreito de coerção para concluir-se, ao fim e ao cabo, que se o arguido tivesse sido inquirido pelos policiais após as salvaguardas contra a autoincriminação indesejada, ele “might well be deterred from responding”. Introduce-se então que “when the primary social cost of those added protections is the possibility of fewer convictions, the *Miranda* majority was willing to bear that cost”, mas argumenta-se que no caso em análise, “the cost would have been something more than merely the failure to obtain evidence”, dada a necessidade de impedir “further danger to the public”. Preponderou então uma visão segundo a qual “a threat to the public safety outweighs the need for the prophylactic rule protecting the Fifth Amendment’s privilege against self-incrimination”, bem como ponderações como se não serviria melhor à sociedade um policial que decidisse, em certas circunstâncias, “to ask the necessary questions without the *Miranda* warnings”. Enunciou-se um claro propósito de liberar policiais para “to follow their legitimate instincts when confronting situations presenting a danger to the public safety”.

¹⁹⁴ 467 U.S. 431 (1984).

¹⁹⁵ Ali, restou definido: “Under the inevitable discovery exception, the prosecution is not required to prove the absence of bad faith, since such a requirement would result in withholding from juries relevant and undoubted truth that would have been available to police absent any unlawful police activity. This would put the police in a worse position than they would have been in if no unlawful conduct had transpired, and would fail to take into account the enormous societal cost of excluding truth in the search for truth in the administration of justice” (novamente entram em jogo valores como busca da verdade e defesa social como primados da administração da justiça).

¹⁹⁶ 468 U.S. 420 (1984).

¹⁹⁷ 470 U.S. 298 (1985).

¹⁹⁸ Exalta-se clara preocupação com uma possível tendência de que “*Miranda* warnings may inhibit persons from giving information”, depois reforçada ao colocar-se como um problema o fato disso eventualmente “disable the

Em contrapartida, um importante julgado progressista do período – e que infelizmente não durou muito – foi **Michigan vs. Jackson**¹⁹⁹. Ali, reconheceu-se que o *right to counsel* radica em duas fontes, tanto na 5ª quanto na 6ª Emenda. Traz-nos o julgado que “after a formal accusation has been made - and a person who had previously been just a ‘suspect’ has become an ‘accused’ within the meaning of the Sixth Amendment - the constitutional right to the assistance of counsel is of such importance that the police may no longer employ techniques for eliciting information from an uncounseled defendant that might have been entirely proper at an earlier stage of their investigation”. Salutarmente, propôs-se “a broad, rather than a narrow, interpretation to a defendant's request for counsel”, a partir de uma presunção jurisprudencial de que “the defendant requests the lawyer's services at every critical stage of the prosecution”. Pondera-se que “just as written waivers are insufficient to justify police-initiated interrogations after the request for counsel in a Fifth Amendment analysis, so too they are insufficient to justify police-initiated interrogations after the request for counsel in a Sixth Amendment analysis”. Conclui-se contundentemente, então, que “if police initiate interrogation after a defendant's assertion, at an arraignment or similar proceeding, of his right to counsel, any waiver of the defendant's right to counsel for that police-initiated interrogation is invalid”. Tratou-se de um entendimento de vida relativamente curta, no entanto, por ter havido *overruling* em 2009, quando do julgamento de **Montejo vs. Louisiana**²⁰⁰.

Em **Rock vs. Arkansas**²⁰¹, foi lembrado que “criminal defendants have a right to testify in their own behalf under the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, the Compulsory Process Clause of the Sixth Amendment, and the Fifth Amendment's privilege against self-incrimination”, com o adendo de que “there is no justification today for a rule that denies an accused the opportunity to offer his own testimony”, pois “like the truthfulness of other witnesses, the defendant's veracity, which was the concern behind the original common law rule, can be tested adequately by cross-examination”.

Doe vs. EUA²⁰² envolve questões sobre “a subpoena (...) directed (...) to produce records of transactions in \accounts at (...) banks” no exterior, cujo detalhamento vai além dos limites do presente trabalho. Contudo, fez-se ali um importante registro no sentido de que “in

police from obtaining the suspect's informed cooperation even when the official coercion proscribed by the Fifth Amendment played no part in either his warned or unwarned confessions”.

¹⁹⁹ 475 U.S. 625 (1986).

²⁰⁰ 556 U.S. 778 (2009).

²⁰¹ 483 U.S. 44 (1987).

²⁰² 487 U.S. 201 (1988).

order to be testimonial, an accused's communication must itself, explicitly or implicitly, relate a factual assertion or disclose information”, e “only then is a person compelled to be a ‘witness’ against himself”.

Em *Pennsylvania vs. Muniz*²⁰³, tratou-se basicamente de um indivíduo que fora preso sob suspeita de direção sob influência de álcool, depois de não conseguir fazer testes como o de se suportar de pé com uma perna só, e de dizer aos policiais que isso se dera porque ele havia bebido. Conduzido até uma central policial, o preso foi informado que seria filmado, tudo isso sem receber antes os *Miranda warnings*. Até que um policial encaixou a pergunta “*Do you know what the date was of your sixth birthday?*”, que o preso não conseguiu responder, sendo então, na sequência, submetido a novos testes de sobriedade, tudo sendo filmado e revelando sintomas como não conseguir andar em linha reta. Depois disso, foi ainda interpelado para que fizesse um teste de bafômetro, mas recusou-se, e só então recebeu os *Miranda warnings*. A Suprema Corte dissecou as declarações do arguido em duas categorias. Considerou que do simples fato de existir “physical inability to articulate words in a clear manner (...) is not itself a testimonial component”, reafirmando a diferença “between ‘real or physical’ and ‘testimonial’ evidence”, mas também que a resposta do arguido “to the sixth birthday question was incriminating, not just because of his delivery, but also because of his answer's content”. Rememorou-se então que a definição “of testimonial evidence reflects an awareness of the historical abuses against which the privilege against self-incrimination was aimed”, e que “historically, the privilege was intended to prevent the use of legal compulsion to extract from the accused a sworn communication of facts which would incriminate him”. Observou-se que “the sixth birthday question in this case required a testimonial response”, e na medida em que “for whatever reason, could not remember or calculate that date, he was confronted with the trilemma” recorrentemente analisado desde *Murphy vs. Waterfront Commission*. Disso foi tirada a conclusão de que “this testimonial response should have been suppressed”.

Em *Arizona vs. Fulminante*²⁰⁴, a Suprema Corte dos EUA reafirmou o entendimento da Suprema Corte do Arizona, no sentido de que a confissão de um preso (autor do homicídio da enteada de onze anos de idade e sofrendo violência de outros presos) a outro (sendo o segundo um informante remunerado do FBI), feita em um contexto no qual o segundo estaria supostamente oferecendo proteção contra ameaças e agressões dos demais presos, não

²⁰³ 496 U.S. 582 (1990).

²⁰⁴ 499 U.S. 279 (1991).

poderia ser admitida como prova com base na doutrina do *harmless error*. Afirmou-se então: "A defendant's confession is like no other evidence. It is probably the most probative and damaging evidence that can be admitted against him, and, if it is a full confession, a jury may be tempted to rely on it alone in reaching its decision. The risk that a coerced confession is unreliable, coupled with the profound impact that it has upon the jury, requires a reviewing court to exercise extreme caution before determining that the confession's admission was harmless".

Algo que foi registrado pela Suprema Corte (em sua encarnação conservadora) como uma recusa a “to add yet another story to *Miranda*” (como se o julgado fosse alguma espécie de estrago a ser contido ou gerenciado) pode ser observado em *McNeil vs. Wisconsin*²⁰⁵, no qual um acusado de roubo a mão armada, representado por defensor público, já preso em razão dessa acusação, foi interrogado pela polícia a respeito de novos crimes (homicídio e mais outros), renunciando aos direitos assegurados em *Miranda* e prestando declarações autoincriminatórias sobre essas novas inquirições²⁰⁶. Outro semelhante retrocesso advém de *Davis vs. EUA*²⁰⁷, que mitiga a proteção depoimental correlacionada ao *right to counsel*²⁰⁸.

²⁰⁵ 501 U.S. 171 (1991).

²⁰⁶ As premissas de defesa social valorizadas nesse julgado restam muito claras em afirmativas como: “One might be quite willing to speak to the police without counsel present concerning many matters, but not the matter under prosecution. It can be said, perhaps, that it is likely that one who has asked for counsel's assistance in defending against a prosecution would want counsel present for all custodial interrogation, even interrogation unrelated to the charge. That is not necessarily true, since suspects often believe that they can avoid the laying of charges by demonstrating an assurance of innocence through frank and unassisted answers to questions”. Ou ainda: “If a suspect does not wish to communicate with the police except through an attorney, he can simply tell them that when they give him the *Miranda* warnings. There is not the remotest chance that he will feel “badgered” by their asking to talk to him without counsel present, since the subject will not be the charge on which he has already requested counsel's assistance”. Como não surpreende, o julgado se baseia em uma ideia de apreço e sobrevalorização da prova confessional: “Since the ready ability to obtain uncoerced confessions is not an evil, but an unmitigated good, society would be the loser. Admissions of guilt resulting from valid *Miranda* waivers ‘are more than merely ‘desirable;’ they are essential to society's compelling interest in finding, convicting, and punishing those who violate the law”.

²⁰⁷ 512 U.S. 452 (1994).

²⁰⁸ Um marinheiro suspeito de homicídio estava sob interrogatório militar e fez menções à intenção de ser assistido por um advogado (“*Maybe I should talk to a lawyer*”), mas logo após teria desistido (“*No, I'm not asking for a lawyer // No, I don't want a lawyer*”) e o interrogatório continuado, até ele finalmente dizer “*I think I want a lawyer before I say anything else*”. A Suprema Corte endossou uma versão restritiva da 6ª Emenda, apontando que “[the] right to counsel attaches only at the initiation of adversary criminal proceedings”, e “before proceedings are initiated a suspect in a criminal investigation has no constitutional right to the assistance of counsel”. Colocou-se – novamente a transmitir uma ideia de controle de resultados – que “nevertheless, we held in *Miranda* (...) that a suspect subject to custodial interrogation has the right to consult with an attorney and to have counsel present during questioning, and that the police must explain this right to him before questioning begins”. Coloca-se sobre o arguido todo o ônus de requisitar clara e diretamente o exercício do direito à assistência por advogado: “the suspect must unambiguously request counsel”, “he must articulate his desire to have counsel present sufficiently

*Thompson vs. Keohane*²⁰⁹ define critérios para considerar uma pessoa “sob custódia” para efeitos de *Miranda*: “Two discrete inquiries are essential to the determination: first, what were the circumstances surrounding the interrogation; and second, given those circumstances, would a reasonable person have felt he or she was at liberty to terminate the interrogation and leave. Once the scene is set and the players’ lines and actions are reconstructed, the court must apply an objective test to resolve the ultimate inquiry: was there a formal arrest or restraint on freedom of movement of the degree associated with formal arrest?”.

2.1.6 Julgados do ano 2000 e posteriores.

*EUA vs. Hubbell*²¹⁰ deixa sob registro que “compelled testimony that communicates information that may ‘lead to incriminating evidence’ is privileged even if the information itself is not inculpatory”, com os acréscimos de que “the constitutional privilege against self-incrimination protects the target of a grand jury investigation from being compelled to answer questions designed to elicit information about the existence of sources of potentially incriminating evidence”, e de que o privilege “has the same application to the testimonial aspect of a response to a subpoena seeking discovery of those sources”.

Em *Dickerson vs. EUA*²¹¹, *Miranda* e suas bases constitucionais foram reafirmados muito antes por uma perspectiva de separação de poderes (preocupação com interferências legislativas) que por uma genuína convicção de seus fundamentos materiais²¹². Esquivou-se a Suprema Corte de menções como a feita em *Michigan vs. Tucker*, ao contemporizar que “that there is language in some of our opinions that supports the view” no sentido de que as *Miranda rules* seriam meros critérios profiláticos não protegidos diretamente pela Constituição. A conclusão central está em que, pela voz de uma corte de composição mais

clearly that a reasonable police officer in the circumstances would understand the statement to be a request for an attorney”.

²⁰⁹ 516 U.S. 99 (1995).

²¹⁰ 530 U.S. 27 (2000).

²¹¹ 530 U.S. 428 (2000).

²¹² Avaliou-se então: “Congress enacted 18 U. S. C. § 3501, which in essence laid down a rule that the admissibility of (...) statements should turn only on whether or not they were voluntarily made. We hold that *Miranda*, being a constitutional decision of this Court, may not be in effect overruled by an Act of Congress, and we decline to overrule *Miranda* ourselves”. Prosseguiu-se: “This Court has supervisory authority over the federal courts, and we may use that authority to prescribe rules of evidence and procedure that are binding in those tribunals. (...) However, the power to judicially create and enforce nonconstitutional “rules of procedure and evidence for the federal courts exists only in the absence of a relevant Act of Congress. (...) But Congress may not legislatively supersede our decisions interpreting and applying the Constitution”.

conservadora, “whether or not we would agree with Miranda's reasoning and its resulting rule, were we addressing the issue in the first instance, the principles of stare decisis weigh heavily against overruling it now”²¹³.

Em *Chavez vs. Martinez*²¹⁴, apreciou-se se violaria ou não a 5ª Emenda, por si, a situação de um policial ter interrogado um indivíduo baleado em confronto com outros policiais (ficou permanentemente cego e paralítico da cintura para baixo), no exato momento em que estava no hospital para receber socorro médico. Afirma o acórdão que essas declarações não foram utilizadas contra o declarante em nenhum processo criminal. Reconhece-se que “statements compelled by police interrogations of course may not be used against a defendant at trial, (...), but it is not until their use in a criminal case that a violation of the Self Incrimination Clause occurs”. O depoente em questão, por isso, “was never made to be a ‘witness’ against himself in violation of the Fifth Amendment's Self Incrimination Clause because his statements were never admitted as testimony against him in a criminal case”, “nor was he ever placed under oath and exposed to ‘the cruel trilemma’ of self-accusation, perjury or contempt”. Por outro lado, reafirma-se que “it is well established that the government may compel witnesses to testify at trial or before a grand jury, on pain of contempt, so long as the witness is not the target of the criminal case in which he testifies”, e ainda mais, que “even for persons who have a legitimate fear that their statements may subject them to criminal prosecution, we have long permitted the compulsion of incriminating testimony so long as those statements (or evidence derived from those statements) cannot be used against the speaker in any criminal case”. Conclui-se que “mere coercion does not violate the text of the Self-Incrimination Clause absent use of the compelled statements in a criminal case against the witness”. Trabalha-se novamente em cima da ideia de medidas profiláticas como “an evidentiary privilege that protects witnesses from being forced to give incriminating testimony, even in noncriminal cases, unless that testimony has been immunized from use and derivative use in a future criminal proceeding before it is compelled”, complementando-se que “by allowing a witness to insist on an immunity agreement before being compelled to give incriminating testimony in a noncriminal case, the privilege preserves the core Fifth Amendment right from invasion by the use of that compelled testimony in a subsequent criminal case”, observando-se que “insistence on a prior grant of immunity is essential to memorialize

²¹³ Isso, não sem deixar de lembrar: “the disadvantage of the Miranda rule is that statements which may be by no means involuntary, made by a defendant who is aware of his ‘rights’, may nonetheless be excluded and a guilty defendant go free as a result”.

²¹⁴ 538 U.S. 760 (2003).

the fact that the testimony had indeed been compelled and therefore protected from use against the speaker in any criminal case”.

Em *EUA vs. Patane*²¹⁵, frisou-se que “potential suspects may, at times, assert the privilege in proceedings in which answers might be used to incriminate them in a subsequent criminal case”. Apresenta também, contudo, a altamente questionável afirmação de que “introduction of the nontestimonial fruit” – como uma arma de fogo apreendida - “of a voluntary statement” tomado sem observância estrita dos Miranda warnings, “does not implicate the Self-Incrimination Clause”, sob o fundamento de que “the admission of such fruit presents no risk that a defendant’s coerced statements (however defined) will be used against him at a criminal trial”²¹⁶.

*Montejo vs. Louisiana*²¹⁷ levou ao *overruling* do já analisado *Michigan vs. Jackson*, em outro entendimento favorável a correntes de defesa social. Derrubou-se o entendimento “forbidding police to initiate interrogation of a criminal defendant once he has requested counsel at an arraignment or similar proceeding”. Um suspeito já preso foi requisitado para acompanhar policiais em uma diligência para localizar a arma empregada em um homicídio (depois da leitura dos *Miranda rights*), e no caminho, escreveu uma carta autoinculpatória, pedindo desculpas à viúva da vítima. Somente ao retornar à prisão, o suspeito pôde encontrar-se com o defensor que lhe fora designado, que mostrou inconformidade com o fato do suspeito ter sido interrogado sem a sua presença. O suspeito foi condenado à morte, e a carta à viúva foi admitida como prova em seu julgamento²¹⁸.

²¹⁵ 542 U.S. 630 (2004).

²¹⁶ Com evidente ênfase axiológica para a defesa social, adiciona-se que “in any case, ‘[t]he exclusion of unwarned statements ... is a complete and sufficient remedy’ for any perceived Miranda violation”, e que “there is simply no need to extend (and therefore no justification for extending) the prophylactic rule of Miranda to this context”. De forma ainda mais ampla, retira-se disso que “police do not violate a suspect’s constitutional rights (or the Miranda rule) by negligent or even deliberate failures to provide the suspect with the full panoply of warnings prescribed by Miranda”, e que “potential violations occur, if at all, only upon the admission of unwarned statements into evidence at trial”. Por essa razão, “the exclusionary rule articulated in cases such as *Wong Sun* does not apply”. E para não deixar dúvida a respeito da ênfase para postulados de defesa social, adiciona-se ainda que “the Miranda rule is not a code of police conduct, and police do not violate the Constitution (or even the Miranda rule, for that matter) by mere failures to warn”. Entendimentos doutrinários orientados para a preponderância de valores relacionados à defesa social e à busca da verdade material são favoráveis às colocações do julgado (v.g., ASHRAF, Michael Jeffrey, *United States v. Patane: Miranda’s excesses*, in *Journal of Civil Rights and Economic Development*, vol. 20, Issue 1, 2005).

²¹⁷ 556 U.S. 778 (2009).

²¹⁸ Entram em cena, na análise, as diferenças entre as diversas legislações estaduais a respeito da designação de um defensor público, e uma justa preocupação em evitar-se “arbitrary and anomalous distinctions between defendants in different States”. A solução adotada, todavia, vai contra a proeminência do right to counsel. Análises pragmáticas pró-polícia, como as indicações de que “preliminary hearings are often rushed, and are frequently not

Em *Maryland vs. Shatzer*²¹⁹, estabeleceu-se um marco temporal de quatorze dias a ser observado entre dois interrogatórios de um arguido sob custódia policial para considerar-se válido o segundo, se houver renúncia às garantias asseguradas em *Miranda*. “That provides plenty of time for the suspect to get reacclimated to his normal life, to consult with friends and counsel, and to shake off any residual coercive effects of his prior custody”. Avaliou-se também que o simples fato de um condenado estar preso por outro fato não deve ser considerado, para os fins aqui tratados, como custódia policial. Adota-se uma solução segundo a qual, mesmo “without minimizing the harsh realities of incarceration”, decide-se que “lawful imprisonment imposed upon conviction of a crime does not create the coercive pressures identified in *Miranda*”, porque “interrogated suspects who have previously been convicted of crime live in prison”, e por causa disso, “when they are released back into the general prison population, they return to their accustomed surroundings and daily routine” – isto é, voltam – com máxima ironia, cruel em várias circunstâncias – para a paz e para o reconforto espiritual oferecidos pelo cotidiano do ambiente carcerário ao qual já estão habitualmente submetidos.

*J. D. B. vs. North Carolina*²²⁰ versa sobre a submissão de um adolescente de treze anos, retirado de uma sala de aula por um policial, a um interrogatório realizado no auditório da escola, durante pelo menos meia hora, sem prévia informação do interrogado sobre os *Miranda rights*, sem autorizá-lo a falar com sua avó, e sem ser dito a ele, em momento algum, que ele poderia ir embora livremente do auditório, se quisesse. Nessas circunstâncias, o adolescente haveria confessado a prática de furtos mediante invasão residencial. A Suprema

recorded or transcribed”, ou de que “police who did not attend the hearing would have no way to know whether they could approach a particular defendant”, foram dadas por decisivas. Aceita-se com muita abertura e tranquilidade a possibilidade de um arguido renunciar ao right to counsel. Chega-se inclusive a ponderar que “if a State wishes to abstain from requesting interviews with represented defendants when counsel is not present, it obviously may continue to do so”, mas com o objetivo de colocar isso no âmbito da pura liberalidade do Estado e da polícia. Minimiza-se o problema sob a perspectiva do arguido, na medida em que se supõe que “a defendant who does not want to speak to the police without counsel present need only say as much when he is first approached and given the *Miranda* warnings”, ignorando-se, na prática, as possibilidades de insistência e as diversas pressões que a polícia poderia fazer (ou ser tentada a fazer) para levá-lo a se autoincriminar. No limite, chega-se a afirmar que “when a defendant is not in custody, he is in control, and need only shut his door or walk away to avoid police badgering”, algo que, em muitos casos, evidentemente não corresponderá à realidade – da mesma forma como não corresponderá a assertiva de que “non interrogative interactions with the State do not involve the “inherently compelling pressures (...) that one might reasonably fear could lead to involuntary waivers”. De toda a forma, por reconhecer também que o arguido “should be given an opportunity to contend that his letter of apology should still have been suppressed under the rule of *Edwards*” (pois se ele houvesse lançado “a clear assertion of the right to counsel when the officers approached him about accompanying them on the excursion for the murder weapon, then no interrogation should have taken place”), a Suprema Corte anulou (vacated) o julgamento realizado pela instância máxima do Estado de Louisiana, e ordenou que o caso voltasse a tramitar “for further proceedings not inconsistent with this opinion”.

²¹⁹ 559 U.S. 98 (2010).

²²⁰ 564 U.S. 261 (2011).

Corte considerou que a idade de uma adolescente é um fator relevante para a determinação da natureza custodial de determinadas medidas de polícia que são adotadas para a tomada do interrogatório.

Howes vs. Fields²²¹ versa sobre a situação de outro condenado submetido a interrogatório policial, em sala especial da unidade prisional, por fatos diversos daqueles pelos quais se encontra preso. Consta que o arguido havia sido informado de que “he was free to leave and return to his cell”, e mais adiante, “again told that he could leave whenever he wanted”, permanecendo todo o tempo “free of handcuffs and other restraints”, apesar dos policiais que o interrogavam se encontrarem armados. Dentro desse procedimento, confessou a prática de um crime sexual²²².

Em **Salinas vs. Texas**²²³, destaca-se a regra geral segundo a qual o *privilege* deve ser invocado expressamente, e compilam-se diversas situações dentro das quais existiriam exceções: (1) “a criminal defendant need not take the stand and assert the privilege at his own trial”, pelo fato de que “a criminal defendant has an absolute right not to testify”, e “since a defendant’s reasons for remaining silent at trial are irrelevant to his constitutional right to do so, requiring that he expressly invoke the privilege would serve no purpose”; (2) “a witness’ failure to invoke the privilege must be excused where governmental coercion makes his forfeiture of the privilege involuntary”; (3) “threats to withdraw a governmental benefit such as public employment sometimes make exercise of the privilege so costly that it need not be affirmatively asserted”; (4) “where assertion of the privilege would itself tend to incriminate”, permite-se à “witnesses to exercise the privilege through silence”²²⁴.

²²¹ 565 U.S. 499 (2012).

²²² O julgado tira deduções peculiares para afirmar como a compulsão policial seria menor sobre um condenado já preso, e deduções peculiares sobre a influência do ambiente e das circunstâncias do cumprimento de uma pena na liberdade declaracional de um arguido. O arguido já condenado e preso em razão de outro fato, “unlike a person who has not been sentenced to a term of incarceration, is unlikely to be lured into speaking by a longing for prompt release”. Contrasta-se a situação de uma pessoa gozando de plena liberdade, que “may be pressured to speak by the hope that, after doing so, he will be allowed to leave and go home”, com a de um prisioneiro, que quando “is questioned, (...) knows that when the questioning ceases, [and] will remain under confinement”. Além disso, toma-se a presunção de que “a prisoner, unlike a person who has not been convicted and sentenced, knows that the law enforcement officers who question him probably lack the authority to affect the duration of his sentence”. Adiciona-se ainda que “questioning a prisoner in private does not generally remove the prisoner from a supportive atmosphere”, pois “fellow inmates are by no means necessarily friends”, podendo, ao contrário, “be hostile and, for a variety of reasons, (...) react negatively to what the questioning reveals”.

²²³ 570 U.S. 178 (2013).

²²⁴ Nega-se que a possibilidade de se reconhecer outra exceção “for cases in which a witness stands mute and thereby declines to give an answer that officials suspect would be incriminating”, sob o fundamento de que isso “would needlessly burden the Government’s interests in obtaining testimony and prosecuting criminal activity”.

Vega vs. Tekoh²²⁵ desenvolve-se dentro de uma ação civil movida por um arguido contra um policial, com base no 42 U.S. Code § 1983²²⁶, sob a alegação de violação de direitos constitucionais, incluindo o *privilege against self-incrimination* da 5ª Emenda. Preocupou-se a Suprema Corte, ao mesmo tempo, em reafirmar os aspectos de **Dickerson vs. EUA**, segundo os quais “Congress could not abrogate Miranda by statute because Miranda was a ‘constitutional decision’ that adopted a constitutional rule”, enfatizando que “the Miranda rules are ‘constitutionally based’ and have constitutional underpinnings”, contrapondo, porém, que “the obvious point of these formulations was to avoid saying that a Miranda violation is the same as a violation of the Fifth Amendment right”.

2.2 O *nemo tenetur* na experiência jurisprudencial do TEDH.

2.2.1 Contextualização.

Celebrada em Roma, em 4 de novembro de 1950, a Convenção Europeia de Direitos do Homem nasceu com o objetivo de promover a unidade europeia, proteger os direitos humanos e fomentar o progresso econômico e social²²⁷. Com essa perspectiva, enquadra-se no núcleo básico do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas²²⁸, situando os direitos humanos no primeiro plano das preocupações europeias acerca das fundações supra-estaduais²²⁹. Apenas as versões em inglês e em francês do texto convencional são dadas por autênticas.

Em Portugal, a tutela dos direitos fundamentais é aberta para horizontes de universalismo²³⁰, na medida em que está instituído no art. 16º, nº 2, da CRP, que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados

²²⁵ 597 U.S. ____ (2022).

²²⁶ “Civil action for deprivation of rights - Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer’s judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia”.

²²⁷ COMPARATO, Fábio Konder – A afirmação histórica dos direitos humanos, p. 264.

²²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes – Direito Constitucional, e teoria da Constituição, p. 233.

²²⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de – Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, p. 25.

²³⁰ MIRANDA, Jorge – Direitos fundamentais, p. 205.

de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”²³¹. A CEDH não consta expressamente do dispositivo constitucional em questão, mas ela é frequentemente invocada em recursos perante o Tribunal Constitucional, não obstante esse tenha entendido que tal não se justifica, uma vez que a Constituição portuguesa encamparia por si os direitos ali enumerados – sem embargo dele próprio trabalhar, por mais de uma vez, com a jurisprudência do TEDH²³², sediado em Estrasburgo, que considera que os direitos previstos na CEDH não são simplesmente teóricos, mas direitos efetivos e concretos²³³. Isso porque a CEDH, sem embargo de ser um tratado internacional, tem a importância de uma norma constitucional para os países membros do Conselho da Europa, e para aceder-se ao TEDH com um recurso de vulneração de direitos humanos é preciso esgotar-se primeiro todos recursos do ordenamento jurídico interno, incluindo aqueles direcionados ao Tribunal Constitucional (art. 35.1 do CEDH)²³⁴.

Estabelece a CEDH, em seu art. 6.1, primeira parte, que “in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”²³⁵. No art. 6.2, é consagrado o princípio da presunção de inocência, e no art. 6.3 – com correspondência muito evidente com as disposições da 6ª Emenda à Constituição dos EUA – são listadas garantias mínimas de um acusado: (a) informação minuciosa, no mais curto prazo, sobre a natureza e a causa da acusação, em língua que ele compreenda; (b) tempo e meios necessários para a preparação da defesa; (c) autodefesa e assistência por um defensor da sua escolha – gratuita, por defensor oficioso, se não tiver condições econômicas; (d) interrogatório das testemunhas de acusação, além da convocação e interrogatório compulsórios,

²³¹ AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE, que participou da elaboração da Declaração, observou que “o ser humano, nada mais que o ser humano, é o titular dos direitos humanos”, e “apesar das divergências de ordem política, de conceitos sociais diversos, da variedade de fundamentos históricos, da evolução das nações representadas, havia um propósito comum, que a todos animava: o de chegar à conclusão feliz e unânime da grande obra que as Nações Unidas consideravam essencial e imprescindível para garantir a paz no mundo”. In IKEDA, Daisaku e ATHAYDE, Austregésilo de – Diálogo: Direitos humanos no século XXI – Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pp. 81-82. Por si, a remissão ou encampação constitucional portuguesa à DUDH deve invocar uma inspiração hermenêutica universalista em matéria de direitos fundamentais. E a DUDH, por si mesma, contempla a presunção de inocência (art. 11), a vedação de prisões arbitrárias (art. 9) e a torturas ou castigos cruéis/desumanos/degradantes (art. 5), e muito especialmente, o “direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

²³² MIRANDA, Jorge – op. cit., pp. 208-209.

²³³ SCHENIQUE, Laura – La réforme de la phase préparatoire du procès pénal, p. 153.

²³⁴ AMBOS, Kai - A convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, p. 264.

²³⁵ Aqui radica o direito ao processo equitativo, ao qual se integram o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação (COSTA, Joana – O princípio *nemo tenetur* na jurisprudência do TEDH, pp. 117-118).

em condições idênticas, das testemunhas de defesa; (e) direito a intérprete, se não dominar a língua empregada no processo.

Há julgados de extrema relevância do TEDH que permeiam questões de suma importância para uma adequada compreensão do *privilege against self-incrimination* no campo jurídico europeu, em uma perspectiva aberta para o universalismo. Mesmo no Brasil, as decisões do TEDH servem como ferramentas hermenêuticas aos casos penais²³⁶. Analisaremos alguns desses, sem pretensão de exaustão, por bem se acoplarem ao objeto central do presente estudo.

2.2.2 Alguns precedentes.

Em *Funke vs. França*²³⁷, tratou-se de um contexto dentro do qual o Estado francês usou de meios coercitivos (prisão de dez dias a um mês, além de multa de 600 a 3000 Francos) “in order to obtain certain documents which they believed must exist, although they were not certain of the fact.” O TEDH entendeu que esses meios “attempted to compel the applicant himself to provide the evidence of offences he had allegedly committed”, e com isso, que houve “an infringement of the right of anyone ‘charged with a criminal offence’, within the autonomous meaning of this expression in Article 6 (art. 6), to remain silent and not to contribute to incriminating himself”, ocorrendo então “a breach of Article 6 para. 1 (art. 6-1)”. O TEDH posicionou o *nemo tenetur*, portanto, no âmago do *fair trial*/processo equitativo. Reconheceu-se um caráter comunicacional e confessorio no ato de revelação da existência de certos documentos.

Em *Murray vs. Reino Unido*²³⁸, cuida-se de um caso no qual foi alegado pelo arguido que “the trial judge drew very strong inferences (...) from his decision to remain silent under police questioning and during the trial”. Reafirmou o TEDH que “although not specifically mentioned in Article 6 (art. 6) of the Convention, there can be no doubt that the right to remain silent under police questioning and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6)”, acrescentando que “by providing the accused with

²³⁶ GIACOMOLLI, Nereu José – O devido processo penal, p. 20. O diálogo com fontes internacionais, no Brasil, é seguramente incorporado pela jurisprudência do STF (pp. 42-45). A tendência de internacionalização de preceitos e direitos e garantias que importam ao processo é por vezes associada ao processo de globalização (PITOMBO, Cleunice Bastos – Da busca e apreensão no processo penal, p. 61).

²³⁷ Application nº 10828/84, j. 25/02/1993.

²³⁸ Application nº 18731/91, j. 08/02/1996.

protection against improper compulsion by the authorities these immunities contribute to avoiding miscarriages of justice and to securing the aims of Article 6 (art. 6)”. Mas montou uma ponderação dentro da qual, “on the one hand, it is self-evident that it is incompatible with the immunities under consideration to base a conviction solely or mainly on the accused’s silence or on a refusal to answer questions or to give evidence himself”, e “on the other hand, (...) these immunities cannot and should not prevent that the accused’s silence, in situations which clearly call for an explanation from him, be taken into account in assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution”. Afirmou-se então, peremptoriamente, que “the question whether the right [to silence] is absolute must be answered in the negative”, e que “it cannot be said therefore that an accused’s decision to remain silent throughout criminal proceedings should necessarily have no implications when the trial court seeks to evaluate the evidence against him”. A doutrina diverge quanto ao peso que a matéria de fundo (terrorismo) teve no caso: NEREU GIACCOMOLI defende que foi pesadamente considerado²³⁹, e SANDRA OLIVEIRA E SILVA deduz que o tribunal se apegou antes à eficácia indiciária do silêncio no caso concreto e à existência de salvaguardas no processo que à gravidade do crime ou ao interesse público na perseguição penal²⁴⁰.

Em *Saunders vs. Reino Unido*²⁴¹, o TEDH afirma que “the right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused”, e dessa vez, *para além de ligá-lo apenas ao fair trial, reconhece que estaria também* “closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention (art. 6-2)”. O voto do juiz WALSH faz também um esforço histórico sobre a já analisada problemática da Star Chamber e do *oath ex officio*, entrecruzando a matéria em análise com “[the] study United States jurisprudence” e com “one of the rights incorporated in the Fifth Amendment of the United States Constitution”. Conclui-se que o uso de declarações obtidas em procedimentos administrativos em futuros processos criminais viola os dispositivos convencionais relacionados ao direito ao silêncio e a não prestar declarações autoincriminatórias sob compulsão.

²³⁹ Op. cit., p. 245.

²⁴⁰ Op. cit., p. 311.

²⁴¹ Application no. 19187/91, j. 17/12/1996.

Em *Serves vs. França*²⁴², discute-se precisamente a circunstância de um suspeito ser intimado para ser ouvido como testemunha, contra sua vontade, sob juramento e sob compulsão (multa processual). O pleito ao TEDH consistiu justamente em que esse suspeito alegava que “there was incriminating evidence against him such as enabled him to be charged, so that he could not be examined as a witness without his defence rights being infringed and a breach of Article 6 of the Convention and Article 105 of the Code of Criminal Procedure²⁴³ being committed”. De acordo com o que consta no relatório do acórdão, a então testemunha teria explicado ao juiz de instrução francês que “his refusal was based on Article 105 of the Code of Criminal Procedure, which precluded his being heard as a witness”, mas o governo francês alegou ao TEDH que “it was for the investigating judge alone to determine whether there was ‘substantial, consistent evidence of guilt’ against the applicant such that Article 105 of the Code of Criminal Procedure operated to preclude his being heard as a witness”. Colocou-se então que “the approach taken by the investigating judge placed the applicant in a dilemma: should he refuse to take the oath and give evidence, thereby making himself liable to repeated fines, or should he convince the judge of the overwhelming nature of the case against him and thus, ultimately, admit guilt?”. Decidiu o TEDH, porém, que “the fines imposed on Mr Serves did not constitute a measure such as to compel him to incriminate himself as they were imposed before such a risk ever arose”. Esse julgado pontua que a concepção de “acusação em matéria penal” a ser extraída dos textos convencionais engloba a convocação de testemunhas, se não for lícito à autoridade inquiridora ignorar indícios de incriminação da testemunha nos fatos em causa²⁴⁴.

Em *Allan vs. Reino Unido*²⁴⁵, o TEDH apreciou o caso em que um agente a serviço da polícia foi infiltrado na cela em que um suspeito – que previamente exercera o direito ao silêncio – se encontrava preso, e gravando as conversas entre ambos de forma sub-reptícia, obteve uma confissão indireta a respeito de um homicídio, que foi utilizada como prova. Foi ponderado que não cabe ao TEDH “to determine, as a matter of principle, whether particular

²⁴² Application no. 20225/92, j. 20/10/1997.

²⁴³ A versão atual do art. 105 do CPP francês, ditada pela Lei nº 2000-516, de 15/6/2000, estabelece que “les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ne peuvent être entendues comme témoins”. À época das três audiências em *Serves* foi intimado para depor como testemunha, compareceu, mas negou-se a prestar juramento (12, 19 e 26/9/1990), estava em vigor a redação segundo a qual “le juge d'instruction chargé d'une information, ainsi que les magistrats et officiers de police judiciaire, agissant sur commission rogatoire, ne peuvent, à peine de nullité, entendre comme témoins des personnes contre lesquelles il existe des indices sérieux de culpabilité, lorsque cette audition aurait pour effet d'éluder les garanties de la défense”.

²⁴⁴ MABANGA, Ghislain M. – op. cit., p. 32.

²⁴⁵ Application no. 48539/99, j. 5/11/2002.

types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not”, mas também que como “a long-standing police informer was placed in the applicant's cell in (...) police station and later at the same prison for the specific purpose of eliciting from the applicant information implicating him in the offences of which he was suspected”, o produto dessa interação se trataria de uma revelação confessional “induced by the persistent questioning” da parte do agente infiltrado, “who, at the instance of the police, channelled their conversations into discussions of the murder in circumstances which can be regarded as the functional equivalent of interrogation, without any of the safeguards which would attach to a formal police interview”. Disso, concluiu-se que houve violação ao *fair trial* preconizado no art. 6.1 da CEDH. Chegou o TEDH a conclusão diversa, porém, em **Bykov vs. Rússia**²⁴⁶, apesar de reafirmar os mesmos princípios gerais, justificando a distinção em fatores como o do suspeito, quando da conversa com o agente policial disfarçado, se encontrar em liberdade, em sua própria residência, rodeado de seu pessoal de segurança e de outros seus funcionários²⁴⁷.

Apesar de não versar sobre manifestações comunicacionais (no sentido de *testimonial evidence*, como compreendido pela Suprema Corte dos EUA), é bastante relevante o caso **Jalloh vs. Alemanha**²⁴⁸, pela aproximação que propicia entre intenções policiais de utilizar o arguido como objeto de prova contra si mesmo (mesmo que não seja preciso que ele fale, se expresse, se comunique), compulsão, tortura e desmantelamento da dignidade da pessoa humana²⁴⁹. Trata-se de um caso dentro do qual um suspeito, em um hospital e com auxílio médico, mas com fins exclusivamente probatórios, foi “held down and immobilised by four police officers” e submetido ao um procedimento por meio do qual um tubo foi “introduced into his stomach through the nose”, para injetar um medicamento provocador de vômito. Isso tudo porque os policiais, antes de prender o suspeito, o haviam visto engolir algo que revelou-se ser “one bubble containing 0.2182 grams of cocaine”. O arguido teve complicações gástricas dois meses e meio depois do evento, mas “the medical report did not expressly associate this condition with the forced administration of the emetics”. Registrou o TEDH que “even where it is not motivated by reasons of medical necessity, Articles 3 and 8 of the Convention do not as such prohibit recourse to a medical procedure in defiance of the will of a suspect in order to

²⁴⁶ Application no. 4378/02, j. 10/3/2009.

²⁴⁷ SILVA, Sandra Oliveira e – op. cit. p. 317.

²⁴⁸ Application no. 54810/00, j. 11/7/2006.

²⁴⁹ E não esqueçamos que precisamente na Alemanha moderna, a dignidade da pessoa humana “*abre a própria Constituição, separada de tudo o resto, pois tudo o mais surge como concretização desta grande premissa*” (ASCENSÃO, José Oliveira – A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos, p. 281).

obtain from him evidence of his involvement in the commission of a criminal offence”, mas também que “any recourse to a forcible medical intervention in order to obtain evidence of a crime must be convincingly justified on the facts of a particular case”, “especially (...) where the procedure is intended to retrieve from inside the individual’s body real evidence of the very crime of which he is suspected”, consignando que “the procedure must not entail any risk of lasting detriment to a suspect’s health”. O TEDH não ignorou que “the removal of the drugs from the applicant’s stomach by the administration of emetics could be considered to be required on medical grounds, as he risked death through poisoning”, mas enxergou a preponderância, no contexto, da intenção policial de produzir provas em desfavor do suspeito, já que “it is undisputed that the emetics were administered in the absence of any prior assessment of the dangers involved in leaving the drug bubble in the applicant’s body”. Considerou então o TEDH que houve violação ao art. 3 da CEDH, que proscree a tortura e outras formas de tratamento desumano e degradante. Indo mais além, acrescentou que “incriminating evidence – whether in the form of a confession or real evidence – obtained as a result of acts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterised as torture – should never be relied on as proof of the victim’s guilt, irrespective of its probative value”²⁵⁰. Concluiu então que “that the use in evidence of the drugs obtained by the forcible administration of emetics to the applicant rendered his trial as a whole unfair”. Trouxe ainda três argumentos para distinguir a droga apreendida em tão bizarras circunstâncias daquelas provas não comunicacionais “considered to fall into the category of material having an existence independent of the will of the suspect”. O primeiro argumento está em que “the administration of emetics was used to retrieve real evidence in defiance of the applicant’s will”. Em segundo lugar, “the degree of force used in the present case differs significantly from the degree of compulsion normally required” para obter materiais probatórios como amostras de sangue ou fios de cabelo. Terceiro, “the evidence in the present case was obtained by means of a procedure which violated Article 3”, isto é, através de tratamento desumano ou degradante (não se afirmou no julgado que teria havido tortura propriamente dita, muito embora não se tenha fechado a possibilidade disso ter ocorrido). Concluiu o TEDH disso tudo, então, que “the principle against self-incrimination is applicable to the present proceedings”. Indicou então que o TEDH verifica quatro fatores para apreciar a violação ao *privilege*: (1) “the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence”; (2) “the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence in issue”; (3) “the existence of any relevant

²⁵⁰ Em JALLOH, o TEDH faz expressa alusão, quase uma remissão, a *Rochin vs. California*, da Suprema Corte dos EUA.

safeguards in the procedure”; (4) “the use to which any material so obtained is put”. Por considerar que o nível de compulsão interferiu severamente na integridade física e mental do suspeito, que o interesse público na persecução penal de um traficante de rua é de baixa escala (punível, na Alemanha, com seis meses de prisão com suspensão e livramento condicional), que as intervenções corporais autorizadas pelo art. 81a do CPP alemão só são legítimas quando não houver risco de comprometimento à saúde do arguido, e que a droga utilizada como prova – resultado do procedimento desumano – foi decisiva para a condenação, o TEDH deu por violado o art. 6.1 da CEDH.

Brusco vs. França²⁵¹ trata de modo interessante os diversos níveis de suspeita que podem ser desenvolvidos no direito processual francês, avaliados à luz da garantia contra autoincriminação. Expõe o requerente que “le témoin est celui sur lequel ne pèse aucun soupçon d'avoir commis une infraction”, “le gardé à vue est celui sur lequel pèse ‘une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner’ d'avoir commis une infraction”, e no nível mais alto, “le mis en examen est celui sur lequel pèse des ‘indices graves et concordants’ d'avoir commis une infraction”. A questão que se discutiu no caso consiste em sustentar-se a equiparação do gardé à vue à figura do acusado, para com isso, demonstrar-se que “l'obligation de prêter serment pour une personne placée en garde à vue porte nécessairement atteinte à son droit au silence et son droit de ne pas participer à sa propre incrimination” - algo que o governo francês contestou, sob o fundamento de que “le requérant n'a été placé en garde à vue que pour être entendu comme témoin”. O TEDH, reafirmando que o direito à não autoincriminação se situa na garantia do processo equitativo, constatou que desde a interpelação e colocação do requerente em *garde à vue*, as autoridades de persecução penal francesas “avaient des raisons plausibles de soupçonner que le requérant était impliqué dans la commission de l'infraction qui faisait l'objet de l'enquête”, e que “l'argument selon lequel le requérant n'a été entendu que comme témoin est inopérant, comme étant purement formel, dès lors que les autorités judiciaires et policières disposaient d'éléments de nature à le suspecter d'avoir participé à l'infraction”. Disso, concluiu que “lorsque le requérant a été placé en garde à vue et a dû prêter serment ‘de dire toute la vérité, rien que la vérité’, celui-ci faisait l'objet d'une ‘accusation en matière pénale’ et bénéficiait du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence garanti par l'article 6 §§ 1 et 3 de la Convention”. Constatou igualmente que “le fait d'avoir dû prêter serment avant de déposer a constitué pour le requérant – qui faisait déjà depuis la veille l'objet

²⁵¹ Requête no 1466/07 - versão em francês.

d'une mesure coercitive, la garde à vue – une forme de pression, et que le risque de poursuites pénales en cas de témoignage mensonger a assurément rendu la prestation de serment plus contraignante”.

Em dois casos provenientes da Ucrânia (*Lutsenko vs. Ucrânia*²⁵² e *Shabelnik vs. Ucrânia*²⁵³), enfrentou-se especificamente o problema de um suspeito ser submetido a autoincriminação por efeito de sua oitiva enquanto testemunha. No primeiro caso, observou a corte que, à luz da lei ucraniana, “unlike a suspect or an accused, who enjoyed a right to remain silent according to the applicable law, a witness was under obligation to reveal all information known to him on pain of criminal punishment”, e “moreover, unlike a suspect or an accused, a witness had no statutory right to consult a lawyer before the first interrogation”. No segundo, percebeu que se tratava de uma situação na qual “from the first interview of the applicant it became clear that he was not simply testifying about witnessing a crime but was actually confessing to committing one”, ao ponto de não poder ser aceito, “from the moment the applicant first made his confession”, que “the investigator did not suspect the applicant’s involvement in the murder”. Nota-se a partir desses dois casos a permissividade com que os deveres testemunhais são utilizados, de forma distorcida, como ferramentas para a extração de informações autoincriminatórias de depoentes²⁵⁴.

Em *Ilmseher vs. Alemanha*²⁵⁵, merece registro a passagem dentro da qual o TEDH anotou que o tribunal alemão, ao tratar da análise de um exame de insanidade mental de um arguido, “not only assumed that the applicant had fooled the two medical experts who had examined him at that time, but also presupposed that the applicant had a duty to cooperate with the prosecution”, afirmando, em tom de censura, que “in other words, the domestic judges ignored the sacrosanct principle nemo tenetur se ipsum accusare (‘no one is bound to

²⁵² Application no. 30663/04, j. 18/12/2008.

²⁵³ Application no. 16404/03, j. 19/2/2009.

²⁵⁴ Um estudo desses dois precedentes, dentre outros, em perspectiva com o direito romeno pode ser averiguado em CRIȘTIU-NINU, Luminița, e MAGDALENA, Cătălin-Nicolae - Reflections regarding the witness’s right against self incrimination. O art. 118 do CPP romeno (2014) teria passado a incluir um “new legal institution within the existing criminal procedural law, namely the right of the witness not to incriminate themselves”, avaliado pela Corte Constitucional daquele país nas Decisões nº 519/2017 e 236/2020. Teria sido examinado pelo tribunal romeno que o “art. 118 CPP does not allow the application of the right not to self-incriminate similar to that of a suspect or defendant”, e que “at the same time, the witness does not have the possibility to refuse to provide a statement under art. 118 of the current criminal procedural law, being obliged to declare everything they know, under the penalty of committing the offense of perjury, even if through their statement incriminates themselves”, o que levaria a um contexto semelhante ao enfrentado pela Suprema Corte dos EUA em *Murphy vs. Waterfront Commission*: “The Court thus found that a person cited as a witness, who tells the truth, can self-incriminate, and if they do not tell the truth, avoiding self-incrimination, they commit the offense of perjury”.

²⁵⁵ Applications nos. 10211/12 e 27505/14, j. 2/2/2017.

incriminate himself') and drew negative inferences from his supposedly uncooperative behaviour".

2.3 O *droit au silence*, *droit de se taire* ou *droit de ne pas s'auto-incriminer* no direito francês.

Como não surpreende, as raízes históricas do direito processual penal francês também se alimentaram amplamente de uma ideia de supremacia probatória da confissão, rainha das provas²⁵⁶, e do emprego da tortura para obtê-la²⁵⁷ – recurso que foi eliminado pela Declaração de 24/10/1780, do rei Luis XVI²⁵⁸.

O processo penal francês tem passado por sucessivas reformas ao longo das últimas décadas, no escopo de reforçar-se a presunção de inocência, os direitos de defesa e a estrutura acusatória – em grande parte, por influência das decisões do TEDH, mas também por efeito da constitucionalização do processo penal e de um maior protagonismo do Conselho Constitucional²⁵⁹ nessa matéria²⁶⁰. Até 1993, contudo, ainda se previa que as pessoas interrogadas tinham obrigação de responder ao que lhes fosse perguntado²⁶¹. Com a lei de 4/1/1993, no entanto, essa obrigação legal foi suprimida²⁶². Evoluiu-se ainda mais com a lei de 15/6/2000, quando passou a se prever a obrigação de notificar-se a pessoa sobre seu direito de permanecer calada. Houve recuo, no entanto, com a lei de 18/3/2003, quando teria sido suprimida do direito francês a obrigação de informação do interrogado a respeito do direito ao silêncio, mas em 2011, sob influência do TEDH e do Conselho Constitucional, teria sido reinstituído e erigido ao nível de verdadeira obrigação dos órgãos de polícia judiciária²⁶³.

²⁵⁶ GACHI, Kaltoum – Le respect de la dignité humaine dans le procès penal, p. 36.

²⁵⁷ CHALUS, Delphine – op. cit., p. 330.

²⁵⁸ Op. cit., p. 39.

²⁵⁹ O Conselho Constitucional é o órgão máximo da jurisdição constitucional francesa, cumprindo-lhe desempenhar fiscalização ou controle de constitucionalidade (LOUIS FAVOREU et al, *Droit constitutionnel*, pp. 380-389, 405-418). Só exerce o controle de leis *a posteriori* a partir de alteração constitucional promovida em 23/7/2008 (BOULOC, Bernard – Procédure pénale, p. 101).

²⁶⁰ SCHENIQUE, Laura – op. cit., pp. 154, 160-168, 178, 186-187.

²⁶¹ Algo tão arraigado na cultura francesa ao ponto da doutrina moderna ainda vir por vezes a levantar que "L'utilité du droit 'de se taire', pierre angulaire du droit anglo-saxon, semble discutable dans un système où toute la procédure est organisée autour de la parole du mis en cause" (BAUD, Marie-Sophie - La manifestation de la vérité dans le procès pénal: une étude comparée entre la France et les États-Unis, p. 714).

²⁶² DELPHINE CHALUS fala do lado mais arcaico arraigado no processo penal francês ter levado a se cogitar, mesmo em 1995, que "le droit au silence n'existe pas en droit français" (muito embora não concorde, ao menos desde a ratificação, pela França, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966), mas de toda a forma afirma que pelo menos com a Lei nº 2000-516, de 15/6/2000, o direito passou a ser formalmente reconhecido pelo legislador francês (op. cit., pp. 340-341).

²⁶³ SCHENIQUE, Laura – op. cit., pp. 218-219.

É de se registrar que o artigo preliminar, apontado pela doutrina como base normativa essencial dos princípios e garantias a serem observadas no processo penal (apesar de preexistirem em valores constitucionais ou convencionais)²⁶⁴, só foi introduzido no CPP francês através da Lei nº 2000-516, de 15/6/2000²⁶⁵. A partir disso, passou a haver previsão, no texto codificado francês, de que o processo penal deve ser equitativo, regido pelos princípios do contraditório, do equilíbrio dos direitos das partes, da separação entre as autoridades incumbidas da promoção da ação penal pública e as autoridades judicantes, da presunção de inocência²⁶⁶, do duplo grau de jurisdição, da vedação da condenação exclusivamente fundada em declarações autoincriminatórias feitas sem assistência de advogado, e de necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana. Antes disso, no entanto, o Conselho Constitucional já reconhecia a dimensão constitucional do princípio da presunção de inocência²⁶⁷, e “revelado” o princípio da dignidade da pessoa humana com a Decisão nº 343-344 DC, de 27/7/1994, a partir do preâmbulo da Constituição de 1946 (expressamente referenciado pelo preâmbulo da Constituição de 1958, que a sucedeu)²⁶⁸ e dos arts. 27 (sobre a duração e condições do trabalho não poderem atentar contra a dignidade), 28 (direito de homens e mulheres aos recursos necessários para viverem dignamente) e 38 (ninguém deverá ser colocado em situação de inferioridade, contrária à sua dignidade)²⁶⁹. A doutrina destaca, por outro lado, que a afirmação do contraditório como garantia geral do processo penal é uma inovação jurídica e política, não existindo historicamente em fases anteriores ao julgamento²⁷⁰.

Até algumas décadas atrás, a França ainda era dominada pela fidelidade ao “legicentrismo”, e o princípio da constitucionalidade, previsto na Constituição de 1958, só veio a se tornar efetivo a partir de 1971, época do reconhecimento do “bloco de constitucionalidade” e das primeiras glosas de violações constitucionais através das leis²⁷¹.

²⁶⁴ GACHI, Kaltoum – op. cit., p. 89-97;

²⁶⁵ GUINCHARD, Serge, e BUISSON, Jacques – Procédure penale, p.285.

²⁶⁶ YANNIC CAPDEPON posiciona na presunção de inocência o *nemo tenetur*, ou o *droit de se taire*, *droit de ne pas contribuer à sa propre accusation*, “par l’interdiction de contraindre un individu à collaborer à l’établissement de la preuve de l’infraction qu’on lui reproche”, “de ne pas fournir d’éléments d’information susceptibles d’être utilisés pour établir, à l’encontre de celui qui les fournit, l’existence de faits entraînant une sanction pénale” (op. cit., pp.157-159).

²⁶⁷ Decisão nº 80-127 DC, de 20/1/1981; Decisão nº 89-258 DC, de 8/7/1989; Decisão nº 95-360 DC, de 2/2/1995, todas citadas por SERGE GUINCHARD e JACQUES BUISSON em *Procédure Pénale*, p. 472. YANNIC CAPDEPON sustenta que o *droit de se taire* repousa precisamente no princípio da presunção de inocência, operando como um garantia deste (op. cit., pp. 153-159).

²⁶⁸ LUCHAIRE, François – Le juge constitutionnel en France et aux États-Unis, pp. 9-10.

²⁶⁹ FAVOREAU, Louis et al, op. cit., p. 1079; GACHI, Kaltoum – op. cit., p. 95.

²⁷⁰ CAPDEPON, Yannick – Essai d’une théorie générale des droits de la défense. p. 125.

²⁷¹ FAVOREAU, Louis et al – op. cit., pp. 149 e 154

Hoje em dia está previsto na legislação francesa o direito do suspeito de se calar perante órgãos de polícia judiciária (art. 61-1, nº 4, do CPP), nomeadamente quando submetido à medida de *garde à vue* (art. 63-1, nº 3)²⁷².

Há indicações doutrinárias sobre um amplo direito ao silêncio ser assegurado às testemunhas, no geral, convocadas para prestarem depoimento perante órgãos de polícia judiciária²⁷³, mas a melhor compreensão sobre essa questão está na diferenciação entre testemunha real e suspeito/*témoin assisté*, a ser aprofundada mais adiante. Importa consignar-se desde logo, nesse ponto, que o Conselho Constitucional já decidiu que “le respect des droits de la défense exige qu'une personne à l'encontre de laquelle il apparaît, avant son audition ou au cours de celle-ci, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, ne puisse être entendue ou continuer à être entendue librement par les enquêteurs que si elle a été informée de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie”²⁷⁴.

O direito ao silêncio é hoje expressamente assegurado à *témoin assisté*, ao ser ouvida pelo juiz de instrução (art. 113-4 do CPP), e claro, aos suspeitos elevados ao grau de *mises en examen*, quando interrogados pelo juiz de instrução (art. 116). Por outro lado, o velho apego ao juramento foi reavaliado em data razoavelmente recente pelo Conselho Constitucional, que considerou contrária à garantia do *droit de se taire* a disposição do art. 153 do CPP, segundo a qual “le fait que les personnes gardées à vue aient été entendues après avoir prêté serment ne constitue toutefois pas une cause de nullité de la procédure”. Adequadamente, o Conselho Constitucional considerou que o juramento é, em si, um atentado contra o *droit au silence*, e que a blindagem de um depoimento de um suspeito, tomado sob juramento, contra declarações de nulidade, desafia a essência do *droit de se taire*. Segundo foi decidido, “faire ainsi prêter serment à une personne entendue en garde à vue de 'dire toute la vérité, rien que la vérité' peut être de nature à lui laisser croire qu'elle ne dispose pas du droit de se taire”, e “en faisant obstacle, en toute circonstance, à la nullité d'une audition réalisée

²⁷² Conforme indica DELPHINE CHALUS, o Conselho Constitucional francês, pela Décision nº 2004-492 (j. 2/3/2004), teria afirmado que o *droit au silence* estaria enraizado no “bloco de constitucionalidade”, na previsão relativa à presunção de inocência: “*considérant que, s’il découle de l’article 9 de la Déclaration de 1789 que nul n’est tenu de s’accuser*” (op. cit., p. 342).

²⁷³ DEFFERRARD, Fabrice – Le suspect dans le procès pénal. p. 42.

²⁷⁴ Decisão nº 2012-257 QPC, de 18/6/2012.

sous serment (...) portent atteinte au droit de se taire de la personne soupçonnée”²⁷⁵. Em decisão ainda mais recente²⁷⁶, o Conselho Constitucional enfrentou a problemática de um preso provisório vir a ser apresentado ao juiz de garantias (*juge des libertés et de la détention*) sem ser adequadamente informado de seu direito ao silêncio (CPP, art. 396). Segundo julgou o Conselho Constitucional, “en ne prévoyant pas que le prévenu traduit devant le juge des libertés et de la détention doit être informé de son droit de se taire, les dispositions contestées portent atteinte à ce droit”.

Em decisão de 4/4/2024²⁷⁷, a Corte de Cassação francesa reconheceu o direito ao silêncio parcial (muito embora admitindo inferências negativas lógicas e contextualizadas, tiradas a partir dele) ao avaliar a situação de um acusado que havia negado os fatos imputados, e além disso, “[pas] exprimé aucun regret quant à ses agissements”, bem como “refusé de répondre sur sa situation personnelle, son travail et ses revenus”. Segundo restou decidido, “les juges n'ont pas méconnu le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser lui-même en constatant le refus de l'intéressé de fournir les éléments relatifs à sa situation personnelle”, acrescentando que “le principe précité ne s'oppose pas à ce qu'après avoir reconnu la culpabilité du prévenu, les juges tiennent compte, dans le choix de la peine, de la manière dont celui-ci se situe par rapport aux faits”. Sinaliza também a doutrina francesa que a punição de uma testemunha que mente está condicionada à tomada do juramento²⁷⁸.

2.4 Apontamentos complementares sobre o *nemo tenetur* em outros países.

São importantes as referências a respeito da proteção contra a autoincriminação advindas da jurisprudência e da doutrina alemã. CLAUS ROXIN indica que a liberdade de autodeterminação e a proteção à pessoa estão intimamente relacionadas²⁷⁹, e em sua posição, o §136 do CPP alemão não só proíbe a coação para declarar²⁸⁰, mas também da autoincriminação induzida pelo Estado por meio de erro. Cita, no entanto, jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão que teria reconhecido como não violado o princípio do *nemo tenetur* nessas circunstâncias, admitindo o interrogatório por artil em situações criminais “de

²⁷⁵ Decisão nº 2016-594 QPC, de 4/11/2016.

²⁷⁶ Decisão nº 2020-886 QPC, de 4/3/2021.

²⁷⁷ Pourvoi nº 23-84.520, N° V 23-84.520 F-B, bull. crim. 00424, ECLI:FR:CCASS:2024:CR00424.

²⁷⁸ NAGOUAS-GUÉRIN, Marie-Cécile – La doute en matière pénale, pp. 235-236.

²⁷⁹ La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias, p. 60.

²⁸⁰ Na doutrina comparatista, MOHAMMED AYAT indica-nos que “l'article 136 du code de procédure pénale allemand oblige la police avant de commencer à interroger le suspect de l'informer sur son droit au silence et à l'assistance d'un conseil” (op. cit., p. 261).

importante significado” dentro das quais a utilização de outros métodos de investigação seria muito menos promissora ou consideravelmente mais complicada²⁸¹. A doutrina alemã majoritária, no entanto, indicaria que a função do *nemo tenetur* estaria mais ligada à preservação do arguido de um conflito moral entre contribuir para sua própria incriminação ou suportar sanções e desvantagens em caso de silêncio. Um arguido enganado não teria esse dilema. Assim, o uso de engano seguiria proibido pelo §136 do CPP, mas não contaria com a proteção (constitucional) da garantia contra autoincriminação²⁸². Foi também Tribunal Constitucional alemão, contudo, reconheceu que a imposição, a um devedor, de um dever de declarar (dentro de um processo de insolvência), configuraria uma intromissão na liberdade de ação, no direito geral de personalidade e na dignidade humana, só sendo constitucionalmente legítima caso fosse imposta uma proibição de valoração em (futuro ou paralelo) processo penal²⁸³. ROGALL também entende que a obtenção coativa de declarações autoincriminatórias fulmina a capacidade de determinação e a liberdade de decisão do arguido, transformando-o em objeto do processo, reduzindo-o a meio de descoberta da verdade e atingindo sua dignidade fundamental²⁸⁴. Segundo o autor, o principal fundamento constitucional do *nemo tenetur* radicaria no direito ao livre desenvolvimento da personalidade²⁸⁵, mas não deixaria de receber influxos de uma ideia jusnaturalista de ofensa ao chamado “direito natural à autoproteção”²⁸⁶. A posição de ROXIN tenha passado a ganhar novos adeptos nos últimos tempos, como RANSIEK e BOSCH²⁸⁷. ESER centraria o *nemo tenetur* na liberdade de declaração negativa – não só do arguido, mas também de outros sujeitos processuais, nomeadamente a vítima ou testemunhas – enquanto mecanismo capaz de impedir tanto a indução fraudulenta quanto a coação para levar a pessoa a contribuir para a sua própria condenação²⁸⁸.

Na Espanha, FRANCISCO MUÑOZ CONDE encontra no *nemo tenetur* uma proteção para o arguido que, divorciando-se do antigo processo penal inquisitivo, reúne salvaguardas ao silêncio, ao direito de não depor, a prestar declarações falsas, a ter assistência de advogado, e não ser submetido a interrogatórios por nem por meio de coação, nem por

²⁸¹ Op. cit., pp. 63-64. No mesmo sentido: ALFAFAR, Diana - O dever de colaboração e o *nemo tenetur se ipsum accusare* no direito sancionatório da concorrência p. 329.

²⁸² SILVA, Sandra Oliveira e – op. cit., p. 149.

²⁸³ SILVA, Sandra Oliveira e – op. cit., p. 149.

²⁸⁴ *Apud* SILVA, Sandra Oliveira e – op. cit., p. 156.

²⁸⁵ *Idem*, p. 164.

²⁸⁶ *Idem*, p. 167.

²⁸⁷ *Idem*, p. 511.

²⁸⁸ *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa – op. cit., pp. 126-127.

meios enganosos²⁸⁹. Registra-se também a preocupação, em votos vencidos do Tribunal Constitucional, de evitar que a inquirição em juízo, como testemunhas, de policiais que ouviram no inquérito declarações autoincriminatórias de um arguido que posteriormente exerceu o direito ao silêncio, venha a se transformar em um expediente utilizado para contornar o *nemo tenetur*²⁹⁰. O n° 2 do art. 24 da Constituição espanhola assegura expressamente o direito de não se autoincriminar, e o Tribunal Constitucional reconhece o dispositivo como manifestação do direito de defesa e do princípio da presunção de inocência²⁹¹. O imputado não tem obrigação de dizer a verdade, podendo ficar em silêncio, ou inclusive mentir²⁹².

Idêntica preocupação com o uso, no julgamento, de confissões extrajudiciais, da fase inquisitorial, é compartilhada pela doutrina italiana, a exemplo de LUIGI FERRAJOLI²⁹³, que apresenta o *nemo tenetur* como a primeira máxima do garantismo acusatório, já mencionada por HOBBS e assimilada pelo direito inglês no século XVII, relacionando-se com a proibição da “tortura espiritual” em que implicava o juramento do imputado²⁹⁴. A Corte Constitucional italiana mantinha-se apegada ao modelo inquisitorial e admitia a utilização de declarações produzidas na fase de inquérito, mas passou para uma tendência evolutiva a partir de 1999, quando uma reforma constitucional introduziu o *fair trial* no art. 111 da Constituição italiana, além do princípio do contraditório²⁹⁵. Na Itália, o direito à não autoincriminação é assegurado também às testemunhas, de acordo com o art. 198, n° 2, do CPP, com matriz no art. 24, n° 2 (direito de defesa) e 27, n° 2 (presunção de inocência), da Constituição italiana²⁹⁶.

²⁸⁹ De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2008, pp. 19 e 28.

²⁹⁰ “La admisibilidad de la consideración de prueba a las declaraciones de los funcionarios de Policía que recibieron la declaración contradice, gravemente, el principio *nemo tenetur*, es decir, el derecho del acusado a no declarar contra sí mismo, que nuestro ordenamiento consagra, pues la decisión de no declarar, de no autoincriminarse, ante un órgano con capacidad para conformar en su presencia prueba, en el sentido procesal del término, no puede ser obviado fraudulentamente por la declaración de quienes le oyeran una determinada manifestación”. *Apud* CONDE, Francisco Muñoz, op. cit., p. 55.

²⁹¹ DEU, Teresa Armenta – La prueba ilícita, p. 88.

²⁹² DEU, Teresa Armenta – op. cit., p. 89. CONDE, Francisco Muñoz – La búsqueda de la verdad en el proceso penal, p. 60.

²⁹³ Diritto e ragione, p. 774.

²⁹⁴ Op. cit., p. 623.

²⁹⁵ DEU, Teresa Armenta – op. cit., p. 88.

²⁹⁶ CAPITTA, Anna Maria – Ricognizione coatta, *communicative evidence* e diritto al silenzio, p. 112, nota 18. No mesmo sentido: BARBAGALLO, Isidoro – Prova testimoniale, pp. 343 e 400; LOZZI, Gilberto – Lezioni di procedura penale, p. 236.

Na Argentina, a doutrina - também preocupada com o uso de declarações extrajudiciais autoincriminatórias - aponta que o direito à não autoincriminação é um princípio constitucional de aceitação universal²⁹⁷, que radica no direito de defesa e ao devido processo consagrado no art. 18 da Constituição²⁹⁸, contando com reconhecimento na Suprema Corte²⁹⁹, para quem a exigência de juramento de um arguido entranha-se como uma coação moral que invalida o conteúdo externado, pois representa uma forma de exigir que ele declare contra a si próprio³⁰⁰. A garantia aplica-se também às testemunhas, “cuando sus declaraciones pueden generar un caso de autoincriminación”, o que acontece “cuando el testigo, bajo juramento de decir la verdad, es compelido a formular manifestaciones que importen su confesión de haber participado em hechos delictivos”³⁰¹.

Na Costa Rica, o art. 36 da Constituição consagra não só um direito de não declarar contra si mesmo, mas também contra o cônjuge, ascendentes, descendentes e colaterais até o terceiro grau³⁰², e inclusive no Japão (um estado democrático de direito, mas com raízes culturais e históricas próprias, muito diferenciadas), o art. 38 da Constituição estabelece que nenhuma pessoa pode ser obrigada a testemunhar contra si mesma³⁰³. O §2º preconiza ainda que não serão admitidas como provas confissões obtidas por tortura, ameaça, ou depois de uma prisão processual prolongada, e o §3º indica que nenhuma pessoa poderá ser condenada exclusivamente por sua confissão³⁰⁴.

O objetivo dessa exposição complementar – que por limitações de espaço, não pode ser mais extensa e aprofundada³⁰⁵ – é demonstrar o caráter universalista que a proteção contra a extração de informações declaracionais inculpatórias para uso no processo penal goza progressivamente no constitucionalismo mundial, sempre que o Estado de Direito, a dignidade

²⁹⁷ Como referência idêntica na doutrina francesa, vide DELPHINE CHALUS, op. cit., p. 343.

²⁹⁸ BERRRUEZO, Rafael – La autoincriminación en el derecho penal tributario, p. 77.

²⁹⁹ Fallos 303:1938 (10/12/1981): "(...) La Asamblea de 1813, calificando al tormento como 'invención horrorosa para descubrir los delincuentes' mandó quemar los instrumentos utilizados para aplicarlo (...), decisión que se concretó en la prohibición contenida en el art. 18 de la Constitución de obligar a alguien a declarar contra sí mismo, sobre cuya base esta Corte, a lo largo de su actuación, há descalificado las confesiones prestadas bajo la coacción moral que importa el juramento".

³⁰⁰ FALLOS 281:177 (21/6/1971).

³⁰¹ BERRUEZO, Rafael – La autoincriminación em el Derecho Penal Tributario, p. 57.

³⁰² CALDERÓN, J. Frederico Campos – Las prohibiciones probatorias..., p. 188.

³⁰³ Pela perspectiva da doutrina marroquina e citando YUJI SHIRATORI, MOHAMMED AYAT acrescenta que “le droit au silence est prévu explicitement par les texts répressifs durant toutes les phases de la procédure d’investigation et de poursuite” (op. cit., p. 259, nota 33).

³⁰⁴ Pela perspectiva da doutrina espanhola, vide CONDE, Francisco Muñoz – op. cit., p. 21.

³⁰⁵ Para uma avaliação complementar sob o âmbito do direito romeno, vide CRISTIU-NINU, Luminița, e MAGDALENA, Cătălin-Nicolae - Reflections regarding the witness’s right against self incrimination.

da pessoa humana, um modelo acusatório e um bloco de garantias relacionadas ao direito de defesa estiverem presentes no ordenamento jurídico.

2.5 Conclusões.

A influência da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA na construção da jurisprudência europeia³⁰⁶ é muito clara, pois incorporada não só em precedentes nacionais dos tribunais constitucionais e das cortes criminais de países europeus, quanto pela jurisprudência do TEDH – esta última, com forte influência na construção de garantias processuais penais ao longo do continente³⁰⁷. O mesmo pode ser dito em relação ao contexto dos países sul americanos. Com variações, a norma originada da 5ª Emenda da Constituição dos EUA foi sendo incorporada e assimilada em outros pontos do planeta, não raro com alusões expressas a decisões proferidas pela corte máxima daquele país – onde também não se pode dar por absolutamente estabilizado um sentido único e permanente de compreensão da garantia que ele visa a assegurar. Todas as tensões acabam remontando aos mesmos problemas da época da *Star Chamber*: sobrevalorização de declarações confessionais, conteúdo ético/religioso/moral do juramento de dizer a verdade (no sentido de que um criminoso não teria um direito natural de esconder da sociedade o crime que cometeu) e tentação estatal para empregar meios de compulsão diversos para extrair informações probatórias de suspeitos – por vezes ultrapassando

³⁰⁶ É importante apontar-se, todavia, que a recíproca só mais recentemente tem sido verdadeira, e somente em parte, porque a jurisprudência mais tradicional da Suprema Corte dos EUA costuma ser fortemente fechada a quaisquer influências estrangeiras (tirando no tocante à herança inglesa quanto a questões ligadas à *common law*, nomeadamente do século XIX para trás). Interessante e concisa análise a respeito é apresentada por AMARTYA SEN, quando sustenta “o não paroquialismo como requisito da justiça” (A ideia de justiça, pp. 438-442). A linha argumentativa (defendida, v.g., pelo Chief Justice John Roberts – sempre segundo AMARTYA SEN) parece, com todas as vênias, pobre e provinciana para a dimensão da cultura jurídica daquele país: “Se estamos nos baseando numa decisão de um juiz alemão sobre o que significa nossa Constituição, nenhum presidente responsável diante do povo nomeou aquele juiz... E no entanto, está contribuindo para moldar a lei que vincula o povo neste país”. A análise em questão está baseada em **Roper vs. Simmons [543 U. S. 551 (2005)]**, que versa sobre a aplicação de pena de morte contra um adolescente (recusada pela maioria da corte. E se o voto da maioria da corte aderiu com mais desprendimento às influências dogmáticas estrangeiras, de fato há votos vencidos que recusam peremptoriamente esse tipo de influência, como se vê, v.g., na opinião do Justice Scalia: “More fundamentally, however, the basic premise of the Court’s argument—that American law should conform to the laws of the rest of the world—ought to be rejected out of hand. In fact the Court itself does not believe it. In many significant respects the laws of most other countries differ from our law—including not only such explicit provisions of our Constitution as the right to jury trial and grand jury indictment, but even many interpretations of the Constitution prescribed by this Court itself”. Defendemos neste trabalho, claramente, uma visão “não paroquialista” do direito e da justiça.

³⁰⁷ A influência das decisões da CIDH no continente americano (nomeadamente no Brasil), apesar de não ser insignificante, é seguramente menor que a da TEDH no ambiente europeu. Vide GIACOMOLLI, Nereu José – op. cit., p. 9. São mais relevantes os casos de aplicação direta e interna de dispositivos da CADH por órgãos internos do Poder Judiciário brasileiro (STJ, STF, CNJ), sem o filtro ou a influência da corte internacional – como no caso da instituição de audiências de custódia, por exemplo (Resolução CNJ nº 213/2015, e ADPF nº 347/DF, julgada pelo STF em 4/10/2023).

o padrão socialmente tolerável (ao tempo e ao lugar) de respeito à dignidade da pessoa humana, e sob assunção (consciente ou não) do risco social de atingir-se duramente pessoas inocentes, que sequer disporiam de tais informações.

Retrocessos e desvios pontuais à parte, a jurisprudência dessas duas cortes – refletida na jurisprudência interna de diversos países – tem ajudado muito na conformação internacional do *nemo tenetur* enquanto limite para determinadas iniciativas probatórias estatais. Emerge suficientemente claro do conjunto de julgados um princípio orientador das interações declaracionais entre um suspeito e o poder público, que devem ser conduzidas sob uma premissa maior, limitadora da extração compulsória de dados autoincriminatórios para uso em processos criminais. Devem ser dadas ao suspeito: (a) garantias formais dessa não utilização; (b) informação esclarecida sobre o direito de não se autoincriminar por suas próprias declarações; (c) assessoramento técnico especializado para assegurar o adequado exercício desse direito.

Capítulo 3 - SOBRE O *NEMO TENETUR* NO CONTEXTO PORTUGUÊS E BRASILEIRO.

3.1 O *nemo tenetur* no direito português.

3.1.1 Raízes históricas e base normativa atual.

Os tormentos foram conhecidos do direito português, à época das Ordenações Afonsinas³⁰⁸, e nas Ordenações Manuelinas, seria dado por confesso o réu que se recusasse a responder³⁰⁹. Nas Ordenações Manuelinas, tampouco existia um direito ao silêncio, dando-se o réu por confesso caso não respondesse às perguntas formuladas pelo juiz³¹⁰. As Ordenações Filipinas previam, no Livro III, Título LIII, §11, que "no feito crime não é a parte obrigada a depor (...), porque sendo constrangido (...), sempre negaria o crime de que fosse acusado, e seria causa de cair em perjúrio por escusar a pena, que por tal o malefício mereceria se confessasse"³¹¹. Contudo, a doutrina portuguesa do início do Século XX entoava BENTHAM para apresentar o interrogatório do arguido como "o instrumento mais eficaz para obter toda a verdade"³¹².

No Código de 1929, de cariz autoritário³¹³, o arguido seria ouvido como se fosse uma testemunha, mas na qualidade de declarante, isto é, sem poder ser punido se mentisse, e a mais abalizada doutrina reconhecia o direito ao silêncio³¹⁴. As influências do período histórico são evidentemente marcantes e decisivas. Salazar tinha intenção e propósito de exercer um poder absoluto, e procurou desfazer-se de tudo o que pudesse perturbar politicamente o rumo que desde o início procurou incutir à sua linha política. Seu regime tinha

³⁰⁸ RISTORI, Adriana Dias Paes – Sobre o silêncio do arguido no interrogatório do processo penal português, pp. 56-57. Vide ainda referências anteriores, no capítulo 1, sobre ordálias e juramento.

³⁰⁹ Segundo ADRIANA DIAS PAES RISTORI, também não havia lugar, nas Ordenações Afonsinas, para um direito ao silêncio, pois o acusado era ouvido logo após a citação, podendo confessar ou negar os fatos, e novamente ao final da instrução, caso negasse sua culpa no início e o juiz constataste, depois da oitiva de testemunhas, fortes indícios de culpabilidade. Esse novo interrogatório era justamente destinado, nesse caso à obtenção da confissão "faltante", podendo-se empregar a tortura para tal desiderato (op. cit., p. 55).

³¹⁰ Idem, p. 57.

³¹¹ SILVA, Sandra Oliveira e - op. cit. p. 346.

³¹² MAGALHÃES, Luiz Gonzaga de Assis Teixeira de – Manual de Processo Penal, p. 375.

³¹³ MARTINS, Joana Boaventura – Da valoração das declarações do arguido prestadas em fase anterior ao julgamento, p. 16.

³¹⁴ RISTORI, Adriana Dias Paes – op. cit., pp. 59-60. PAULO DE SOUSA MENDES ressalta que é importante não confundir-se o sistema processual de então, já informado por princípios e garantias fundamentais, com o regime de exceção aplicado contra dissidentes políticos, mas acrescenta que não se pode diminuir a importância que a instauração da democracia trouxe para a evolução do sistema processual penal português (O processo penal entre a eficácia e as garantias, pp. 408-409).

características de um estado policial, tendo por norma o arbítrio e a perseguição aos opositores, reduzindo-se o princípio constitucional do Estado de Direito a uma falácia. A polícia prendia pessoas para fins de averiguação, por tempo indeterminado e sem ordem judicial, e mantinha os detidos incomunicáveis. Nessas condições, pessoas eram submetidas a tortura para – novidade alguma na história mundial das torturas e coações policiais em geral – a obtenção de declarações (autoincriminatórias) a serem usadas em tribunais especiais para casos políticos³¹⁵.

Não há previsão expressa na atual Constituição da República Portuguesa a respeito de um direito ao silêncio, como consta no texto constitucional brasileiro³¹⁶, ou semelhante à fórmula da 5ª Emenda à Constituição dos EUA, como pode-se dizer que há no texto constitucional espanhol³¹⁷. E por mais que eventualmente se queira distanciar a abordagem portuguesa do *nemo tenetur* de influências anglossaxônicas, não há como se negar a aproximação, seja no aspecto histórico (cotejo entre o texto das Ordenações Filipinas e as problematizações da *common law* e do iluminismo), seja pelo lado mais contemporâneo (projeção de precedentes como *Miranda vs. Arizona*, com ampla assimilação cultural³¹⁸, no plano internacional).

A doutrina portuguesa aponta que existem, na base constitucional, fundamentos de *ordem substantiva* para o *nemo tenetur*, buscando alicerce na dignidade da pessoa humana (art. 1º da CRP), no direito à integridade pessoal (art. 25), ao desenvolvimento da personalidade (art. 26)³¹⁹, à liberdade de ação³²⁰, e de *ordem processualista*, extraídos das

³¹⁵ CUNHA, Adrião Pereira da - Humberto Delgado: Nos bastidores de uma campanha, pp. 28 e 30.

³¹⁶ Art. 5º, LXIII: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

³¹⁷ Art. 24, nº 2: "todos tienen derecho (...), a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia".

³¹⁸ Vide a referência doutrinária de TERESA ARMENTA DEU, mencionando o filme *Star Chamber (O esquadrão da justiça/Los jueces de la ley)*, a respeito de dilemas do cidadão comum frente a regras de exclusão probatória (La prueba ilícita., pp 11-13). Também não devem ser ignoradas referências como as trazidas pelo STJ brasileiro no RHC nº 4582/RJ (rel. Min. Adhemar Maciel, j. 19/9/1995), quando a jurisprudência dos tribunais superiores começaram a “descobrir” o *nemo tenetur*: “No mundo jurídico, famoso se tornou o caso ‘Miranda v. Arizona’ [384, U.S. 436 (1966)], quando a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu por um voto (5 a 4) que o custodiado, que não entendia bem o inglês, não era obrigado durante seu interrogatório policial (custodial interrogation) a confessar o crime e deveria ser admoestado pela própria polícia de seu direito de ficar em silêncio (remain silent) e consultar seu advogado antes de dizer qualquer coisa (Miranda Warnings). Hoje, nossa própria Constituição, seja diretamente (art. 5º, inc. LXII e LXIII), seja indiretamente (art. 5º, §2º), rotula tais direitos como fundamentais”. Semelhante apontamento é feito por MOHAMMED AYAT, ao destacar singelamente que “le contenu de la règle de Miranda (Miranda Rule) est devenu célèbre à travers les films et les feuillets télévisés américains” (Le silence prend la parole, p. 259).

³¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, e ANDRADE, Manuel da Costa - Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas. In Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova, p. 40.

³²⁰ ANDRADE, Manuel da Costa - Sobre as proibições de prova em processo penal, p. 132.

garantias processuais como processo equitativo (art. 20º, nº 4º)³²¹, presunção de inocência (art. 32º, nº2)³²², dimensão tática do direito de defesa (art. 32º, nº 1³²³) e estrutura acusatória do processo (art. 32º, nº 5)³²⁴.

O Tribunal Constitucional português já se pronuncia sobre o tema ao menos desde o Acórdão nº 695/1995³²⁵, onde foi expressamente afirmado que o “direito ao silêncio está diretamente relacionado com o princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 32º, nº 2 da Constituição)”. Depois disso, no Acórdão nº 524/1997, verificou o caso do exercício do direito ao silêncio de um arguido entrar em rota de colisão com o de um coarguido (o primeiro arguido incrimina o segundo, e passa a exercer o silêncio quando o delatado, ou alguém em sua defesa, tenta proceder à *cross-examination*). Firmou-se então a seguinte posição: “Por um lado, um coarguido terá sempre (...) a possibilidade de não responder. Mas daí nunca poderá resultar prejuízo para o exercício do direito de defesa de outro coarguido, igualmente digno e merecedor de proteção como ele. Isto implica a necessidade de privilegiar a vertente da defesa e sacrificar a vertente do meio de prova. Isto envolve, pois, a consequência de a declaração, quando quem a proferiu se recusou depois a esclarecê-la ou desenvolvê-la, perder o seu valor probatório contra quem é por ela visado”. Voltou novamente à questão no Acórdão nº 304/2004³²⁶, no qual reproduziu que “quanto à liberdade de declaração do arguido, ela é analisada pela doutrina numa dupla dimensão, positiva e negativa”, e que esta última (*nemo tenetur se ipsum accusare*) “assume particular relevância em matéria de proibições de prova, não podendo o arguido ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua incriminação”. Na mesma ocasião, consignou expressamente que “a proibição de o arguido ser ouvido como testemunha, enquanto limitação dos mecanismos de constrangimento inerentes à prova testemunhal, constitui expressão do privilégio contra a auto-incriminação”³²⁷. No Acórdão nº 418/2013, reconhece o *nemo tenetur* como “um

³²¹ MENDES, Paulo de Souza - Lições de Direito Processual Penal, p. 209.

³²² DIAS, Jorge de Figueiredo, e ANDRADE, Manuel da Costa - op. cit. pp 40-41.

³²³ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa - Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contraordenação, in Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova, p. 99

³²⁴ SILVA, Sandra Oliveira e - op. cit., p. 150; ANDRADE, Manuel da Costa - Sobre as proibições de prova no processo penal, p. 128.

³²⁵ SANDRA OLIVEIRA E SILVA diz que “a decisão é muitas vezes referida como uma das primeiras pronúncias do Tribunal Constitucional sobre o princípio da não autoincriminação, na sua vertente mais nuclear da garantia do direito ao silêncio”, mas por sua compreensão, “a afirmação não é rigorosa (...) [não há a] mínima referência (direta ou indireta) ao *nemo tenetur se ipsum accusare*” (p. 630, nota 1408). No mesmo sentido, pela doutrina belga, vide MOUFFE, Bernard – Le droit au mensonge, p. 394.

³²⁶ Citado por NICOLITT, André, e WEHRS, Carlos Ribeiro – Intervenções corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal, p. 97.

³²⁷ Apesar de concluir que “muito embora o arguido, na sua estratégia de defesa, possa ponderar a eventualidade de um co-arguido, chamado a depor no processo como testemunha, se recusar a fazê-lo (ou não dar, para o efeito,

corolário da tutela de valores ou direitos fundamentais, com direta consagração constitucional", como a dignidade humana, a liberdade de ação, a presunção de inocência³²⁸.

Em termos mais concretos, o arrimo constitucional principal do *privilege* encontra-se mais especificamente densificado - sem prejuízo do necessário complemento dos demais fundamentos substantivos e processualistas elencados na doutrina - no art. 32º, nº 8, da CRP, segundo o qual "são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, [ou] abusiva intromissão na vida privada"³²⁹. Com efeito, toda a construção do *privilege* situa-se, como ponto de partida, em torno da proteção da pessoa do arguido contra injunções e intromissões voltadas a extrair de seu conhecimento íntimo, contra sua vontade natural, informações autoincriminatórias de caráter confessional, e como ponto de chegada, em juízos de exclusão probatória ou de proibição de valoração dos elemento de prova assim obtidos. Assim, dando força instrumental a garantias mais amplas como a do processo equitativo e da presunção de inocência, afirmando a relevância e amplitude do direito de defesa e protegendo a dignidade, a integridade pessoal, o desenvolvimento da personalidade e a liberdade de ação do arguido, o preceito do art. 32º, nº 8, desencoraja iniciativas voltadas à extração involuntária de declarações confessionais, ao garantir a imprestabilidade do resultado. Afinal, a história e a tradição jurídica têm paulatinamente demonstrado, em tempos atuais ou pretéritos, que essas declarações são obtidas através de meios que, em escala crescente, começam a partir de uma malícia aparentemente "inofensiva" empregada pelo inquisitor contra o declarante, até chegarem às formas mais brutais de violência física ou moral. Por isso, só a afirmação da inutilidade probatória do resultado de ofensas à integridade física ou moral de todas as pessoas, ou de intromissões abusivas na vida privada delas, chega-se a um veículo normativo efetivamente capaz de assegurar um privilégio contra a autoincriminação involuntária. São absolutamente claras as ligações entre o estabelecimento de um dever de verdade para o suspeito de um crime (culpado ou não) e o recurso à tortura para descobri-la através dele próprio³³⁰, que em países civilizados dos tempos modernos, ocorrerá de forma oculta, atenuada ou dissimulada, sem no entanto deixar de existir residualmente. Logo, são estruturas como a do art. 32, §8º, da CRP,

o seu consentimento) não pode considerar-se que tal se compreenda no seu "direito" de defesa, nem mesmo numa expectativa jurídica constitucionalmente tutelada", e assim entender que o *privilege* de um arguido não ser violado, por si só, pela mera possibilidade hipotética de outro arguido, em caso de separação de processos e ulterior oitiva como testemunha da acusação, ter eventualmente a obrigatoriedade de prestar declarações incriminatórias contra ele.

³²⁸ JESUS, Francisco Marcolino de - Os meios de obtenção da prova em processo penal, p. 155.

³²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, e ANDRADE, Manuel da Costa - op. cit., p. 28.

³³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa - Sobre proibições de prova em processo penal, p. 129.

que melhor protegem as pessoas contra a autoincriminação involuntária, mesmo à falta de comandos mais diretos como o da 5ª Emenda à Constituição dos EUA, do art. 24, nº 2, da Constituição da Espanha.

No plano da legislação ordinária, o privilégio contra a autoincriminação involuntária vem posto em dispositivos do CPP como os art. 61º, nº 1, letra "d" (direito de não responder perguntas), 141º, nº 4, "a" e "b" (informação sobre o direito ao silêncio e sobre que declarações voluntariamente prestadas poderão ser utilizadas no processo)³³¹, 343º, nº 1 (garantia de não inferência negativa do silêncio), 344, nº 1 (verificação da voluntariedade e liberdade como condicionante de validade da confissão), e 132º, nº 2 (direito da testemunha de não responder perguntas que a autoincriminem)³³². É também tutelada pelo art. 126º do CPP, que reconhece como métodos proibidos de prova a utilização de tortura, coação ou ofensas à integridade física ou moral das pessoas (nº 1)³³³, melhor detalhando a proibição ao fazer referências à perturbação da liberdade de vontade, a maus tratos, ofensas corporais, administração de meios como hipnose ou técnicas identificadas como cruéis ou enganosas (nº 2, "a"). No âmbito penal material, a tutela da liberdade de declaração e depoimento é propiciada através do art. 412º do CP, que incrimina a extorsão de depoimento³³⁴.

3.1.2 Compreensão doutrinária e jurisprudencial.

3.1.2.1 Limitação do *nemo tenetur* a manifestações de natureza declarativa.

Na ordem jurídica portuguesa, predomina amplamente (tanto na doutrina quanto na jurisprudência) uma concepção do *nemo tenetur* restrita a expressões comunicacionais (de natureza declarativa) do titular do privilégio, correspondentes à ideia de *testimonial evidence* sustentada no direito estadunidense, a exemplo da posição assumida pela Suprema Corte em *Schmerber v. California*³³⁵. Há, decerto, referências sobre o *nemo tenetur* englobar também o direito a não facultar meios de prova³³⁶, mas em Portugal, diferentemente do que ocorre no Brasil, a jurisprudência do Tribunal Constitucional é firme em sinalizar que o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* não alcança sujeições involuntárias do arguido

³³¹ LOUREIRO, Fábio – O primeiro interrogatório judicial do arguido detido, p. 86.

³³² Na doutrina portuguesa, SOFIA SARAIVA DE MENEZES reconhece expressamente às testemunhas a extensão da garantia do *nemo tenetur* (op. cit., p. 129).

³³³ ALFAFAR, Diana – op. cit., p. 333.

³³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa - Sobre proibições de prova em processo penal, p. 133.

³³⁵ Cf. SILVA, Sandra Oliveira e, op. cit., p. 275.

³³⁶ MENDES, Paulo de Sousa - Op. cit. p. 210.

à prova não emergente de seus conhecimentos, expressos de forma comunicacional, por palavras, gestos, escritos ou outros atos de transmissão semelhantes³³⁷. No Acórdão nº 418/2013, o Tribunal Constitucional reafirmou, como antes fez no Acórdão nº 155/2007, que "a recolha de amostras de sangue, para detecção do grau de alcoolemia, em condutor incapaz de prestar ou recusar seu consentimento, não implica uma violação do direito à não autoincriminação", pois não contém "qualquer declaração ou comportamento ativo do examinado, no sentido de assumir factos conducentes à sua responsabilização"³³⁸. Pelo mesmo ângulo, sustenta FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO que "o direito do arguido ao silêncio inclui apenas a possibilidade de este não prestar declarações quando inquirido (...) [e] não permite que este obste a diligências de obtenção da prova, como resulta claramente do dever de sujeição previsto nos arts. 60º e 61º, nº 3, al. d), do CPP"³³⁹. Refletem tais posições a abordagem norte-americana acerca do *testimonial evidence* como referencial para o

³³⁷ Não obstante, o *nemo tenetur* abarca também os processos contraordenacionais (ALFAFAR, Diana – op. cit., p. 339; ANASTÁCIO, Catarina - O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, pp. 206-207). A primeira autora, contudo, afirma que o *nemo tenetur* “não sendo (...) um direito absoluto, admite restrições (sobretudo no campo das atividades reguladas, por constituírem potencial fonte de riscos para bens fundamentais de natureza social ou coletiva)” A última autora nega existir um amplo direito ao silêncio dentro dos processos de contra-ordenação, reconhecendo apenas que “não [se] pode usar como meios de prova declarações que tenham sido prestadas sob coerção e que sejam auto-incriminatórias” não [se] pode usar como meios de prova declarações que tenham sido prestadas sob coerção e que sejam auto-incriminatórias”, ponderando que “se, por um lado, levar o dever de colaboração tão longe que obrigue uma empresa a directamente admitir a sua participação na infracção violaria certamente o núcleo essencial do direito ao silêncio, por outro, permitir que um arguido se recuse a prestar qualquer tipo de informação sob o pretexto de esta poder vir a ser utilizada para a prova, ainda que por via indirecta, em conjugação com outros meios de prova e sujeita ao juízo de apreciação da autoridade da concorrência em causa, da infracção contra si retiraria qualquer sentido útil aos mencionados deveres de colaboração e comprometeria irremediavelmente a actividade daquela autoridade” (pp. 223-224). Merece registro, no entanto, a ressalva doutrinária de HELENA MAGALHÃES BOLINA, segundo a qual o Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 461/2011, teria fixado que “no âmbito contraordenacional o regime garantístico é menor do que no processo penal e que se justifica que o conteúdo potencial máximo do direito à não auto-incriminação sofra compressão face à consagração legal de deveres de colaboração que funcionam como uma contrapartida pelo exercício de atividades económicas sujeitas a regulação” (O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários, p. 413). E com efeito, após definir que “o direito à não auto-incriminação pode ser entendido como uma dimensão negativa da liberdade de declaração, que assume preponderante relevo enquanto privilégio integrante do estatuto do arguido, no âmbito de processo criminal”, que “o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* abrange, no seu conteúdo potencial máximo, como corolários, o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova, nomeadamente documentos” e ainda que “o direito à não auto-incriminação, nomeadamente na vertente de direito ao silêncio, tendo o seu campo de eleição no âmbito do direito criminal, estende-se a qualquer processo sancionatório de direito público”, o Tribunal Constitucional complementou que “o seu conteúdo é diferenciado, consoante o domínio do direito punitivo em que se situe a sua aplicação”. Então, “no âmbito contra-ordenacional (...) o peso do regime garantístico é menor” e sofre “significativa compressão, face à consagração de deveres de colaboração”, em que pese “ser difícil traçar uma fronteira absoluta entre a natureza das infracções criminais e contra-ordenacionais”. Em igual sentido: COELHO, Ana Proença – Entre o dever de colaborar e o direito de não se autoinculpar: o caso da supervisão do ICP-ANACOM, p. 454.

³³⁸ JESUS, Francisco Marcolino de - op. cit. pp. 155-156.

³³⁹ Op. cit. p. 124.

privilege, e abarcam as diferenciações alemãs clássicas entre tolerância passiva e colaboração ativa, diferenciando elementos probatórios "do corpo" daqueles "do espírito" do arguido³⁴⁰.

3.1.2.2 Silêncio total, silêncio parcial e inferências do silêncio.

Apesar de ainda prevalecer, no direito português, o entendimento segundo o qual um dever de comparecimento não concorre automaticamente com o *nemo tenetur*, reconhece-se que o arguido tem direito ao silêncio total ou parcial, bem como a que não sejam tiradas inferências negativas desse silêncio³⁴¹. O art. 343, n° 1, do CPP, assegura ao arguido o direito ao silêncio total, e apresenta-lhe o compromisso legal de que seu silêncio não poderá desfavorecê-lo. O art. 345, n° 1, do CPP, assegura ao arguido o direito ao silêncio parcial, na medida em que lhe permite, ao se dispor a prestar declarações, a recusar-se a responder a algumas ou todas as perguntas que lhe forem dirigidas, sem que isso o possa desfavorecer³⁴². Aponta-nos SANDRA OLIVEIRA E SILVA que a proibição de retirar do silêncio consequências negativas relaciona-se à considerações políticas da tutela da liberdade negativa de declaração, barrando condicionamentos indiretos capazes de compeli-lo a falar involuntariamente³⁴³. Estamos de acordo com a posição de autora, que acompanhando FIGUEIREDO DIAS, afirma que o silêncio total poderá, em algumas circunstâncias, trazer algumas desvantagens *fáticas* ao arguido, se existirem no processo provas suficientes para a demonstração da sua culpabilidade, sem que possa ser dada por verossímil uma explicação alternativa (não criminosa) para os fatos já apurados³⁴⁴. Não se tratariam, na espécie, de inferências negativas do silêncio. A ausência de resposta do arguido a certos questionamentos pontuais, respondendo a outras perguntas antes e depois, pode levar à perda de eficácia persuasiva de suas declarações³⁴⁵.

Não obstante, deve ser sempre protegida a *opção pelo silêncio, total ou parcial*, enquanto escolha de autodeterminação declaracional do arguido, pois só ao depoente, se culpado for de algum crime, cabe a decisão de revelar a verdade dos fatos, e também só a ele, se não for culpado, cabe optar por defender-se contestando a verdade dos fatos imputados,

³⁴⁰ SILVA, Sandra Oliveira e - op. cit. pp. 643-649.

³⁴¹ ANDRADE, Manuel da Costa - Sobre proibições de prova em processo penal, pp. 132-133; SILVA, Sandra Oliveira e - op. cit., p. 414.

³⁴² ANTUNES, Maria João - Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido, p. 26. Igualmente AYAT, Mohammed – op. cit., p. 261.

³⁴³ Op. cit. pp. 419-420.

³⁴⁴ Op. cit. p. 424.

³⁴⁵ SILVA, Sandra Oliveira e - Op. cit., p. 428 e 430.

seja por negação direta, seja por revelar a verdade de outros fatos. Essa projeção de domínio pessoal das informações guardadas na memória, no propósito de repelir-se qualquer compulsão estatal de extração da verdade dirigida contra uma pessoa em condições de levantar suspeita, está no âmago da compreensão segundo a qual o silêncio (total ou parcial) não deverá ser sopesado, enquanto inferência probatória, em desfavor do arguido. Segundo MANUEL DA COSTA ANDRADE, a questão como um todo situa-se no âmbito da liberdade de declaração, que não se trata de um predicado exclusivo do arguido, sendo também extensível, em boa medida, à vítima ou a testemunhas³⁴⁶.

3.1.2.3 Dever de comparecimento.

A doutrina portuguesa majoritária não coloca em discussão, sob a égide do *nemo tenetur*, os preceitos legais que impõem deveres de comparecimento, nem mesmo para quem já foi formalmente constituído como arguido. Costuma-se destacar, com muita ênfase, que o arguido deve ser visto como sujeito, não objeto, do processo e da prova. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, por exemplo, enfatiza que "o arguido não deve ser obrigado a prestar qualquer colaboração com o tribunal, devendo a sua participação no processo ser livre respeitando-se a sua integral vontade de forma que não surja uma vontade deturpada por força de qualquer pressão"³⁴⁷. Estabelece o art. 61º, nº 6, letra "a", do CPP, no entanto, que é dever do arguido, em termos genéricos, "comparecer perante o juiz, o Ministério Público ou os órgãos de polícia criminal sempre que a lei o exigir e para tal tiver sido devidamente convocado". SANDRA OLIVEIRA E SILVA pondera, com pertinência, ser "difícil de compreender, à luz da função prevalentemente defensiva do ato, o dever imposto ao arguido de comparência pessoal para fins de interrogatório, a que pode mesmo ser imposto com recurso a instrumentos coativos (art. 116ª, nº2)"³⁴⁸, o que contrastaria com a ideia que ela expressou como "*exclusão voluntária da relação dialógica entre o inquirido e a autoridade*"³⁴⁹. É interessante observar que, à luz da codificação anterior, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS constatou que o direito de presença - este sim, a ser dado como um

³⁴⁶ Sobre as proibições de prova em processo penal, p. 126.

³⁴⁷ Processo Penal, p. 168.

³⁴⁸ Op. cit., p. 353.

³⁴⁹ Op. cit., p. 147.

corolário do processo equitativo e do direito de defesa - poderia ser deduzido a partir de um dever de comparência pessoal instituído pelos arts. 22º e 418 do antigo CPP de 1929³⁵⁰.

A jurisprudência portuguesa segue sustentando a presença do arguido em audiência não apenas como um direito, mas ainda como um dever, "em função das exigências comunitárias de realização da justiça", realçando que "a obrigatoriedade de comparecer em audiência de julgamento, para mais tratando-se de nela responder como arguido, pode em concreto, e segundo as circunstâncias do caso, sobrepor-se a uma multitude de direitos dos cidadãos"³⁵¹. Não se deve deixar de considerar, porém - como de fato, já foi constatado pela jurisprudência brasileira³⁵² -, que a exigência de comparecimento poderá, ao menos em alguns casos, ser confundida com (ou reduzida a) uma compulsão para declarar involuntariamente. Por outro lado, como bem anota JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, um genuíno dever de comparecimento emerge da letra do próprio art. 27º, nº 3, letra "f", da CRP, que abre a possibilidade de detenção por decisão judicial "para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente"³⁵³ - dever que vem entremeado às garantias relacionadas ao direito à liberdade encerradas no mesmo artigo. Se como disse o mesmo autor, houve "especial cuidado constitucional em não incluir deveres no título relativo aos direitos, liberdades e garantias"³⁵⁴, há de se intuir que esse dever haveria de ser considerado e interpretado sob o mais reduzido ângulo, sob pena de correr-se o risco, mais uma vez alertado pelo mesmo autor, do *nemo tenetur* vir a ser anulado e funcionalizado³⁵⁵.

Destaca-se ainda que o Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 181/2005, entendeu que um arguido absolutamente desprovido de risco de autoincriminação (porque já condenado no processo principal, antes do desmembramento) não teria que dar consentimento para comparecer e depor como testemunha em processo contra outro arguido, relacionado ao mesmo contexto fático e resultante de desmembramento. Nesse caso, entendeu-se que "não estando em causa a defesa do coarguido neste processo, que já terminou, também não está, pois, em causa a proteção das garantias de defesa em processo criminal desse coarguido,

³⁵⁰ Direito Processual Penal, p. 432. Art. 22: o réu é obrigado a estar pessoalmente em juízo nos casos em que a lei o exige ou quando o juiz ordenar a sua comparência pessoal, podendo fazer-se assistir de advogado. Nos outros casos poderá fazer-se representar por advogado. Art. 418: "É obrigatória a presença do réu na audiência do julgamento, salvo o disposto no artigo 547º".

³⁵¹ TRC, Processo nº 418/19.5PBFIG.C1, rel. PEDRO LIMA, j. 13/12/2023.

³⁵² STF, ADPF 444/DF, rel. Min. GILMAR MENDES, j. 14/06/2018.

³⁵³ Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, p. 147.

³⁵⁴ Op. cit., p. 151.

³⁵⁵ Op. cit., p. 148.

consagrada no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição”. Em resumo, um coautor de um crime, depois da sua condenação passar em julgado (o que impediria qualquer ulterior agravamento), não poderia invocar o art. 133º, nº 2, do CPP, para recusar-se a depor em desfavor de um coautor ainda sob julgamento³⁵⁶.

3.1.2.4 O direito à assistência por advogado.

O art. 32º, nº 3, da CRP, assegura ao arguido o direito de ser assistido por defensor em todos os atos do processo, e ainda estabelece que, por lei, podem ser fixados atos em que essa assistência é obrigatória. Conforme posicionamento de FIGUEIREDO DIAS citado pelo Tribunal Constitucional no Acórdão nº 136/1987, a assistência por advogado presta-se a assegurar que a autonomia ética do arguido e a sua dignidade pessoal não sofram qualquer dano. Todo arguido detido ou preso, quando interrogado, deve estar acompanhado de defensor (CPP, art. 64º, nº1, letra "a"), sendo dever do Estado a nomeação de defensor oficioso, “a pedido do tribunal ou do arguido, sempre que as circunstâncias do caso revelarem a necessidade ou a conveniência de o arguido ser assistido”, dispondo a lei que a nomeação é obrigatória, depois da dedução da acusação, se o arguido não constituir advogado, “devendo a identificação do defensor constar do despacho de encerramento do inquérito”. (CPP, art. 64º, nºs 2 e 3)³⁵⁷. O acompanhamento é também obrigatório em inquirição realizada por autoridade judiciária (letra "b"). Nos interrogatórios não judiciais, a presença do defensor é obrigatória, se o arguido estiver preso (art. 144º, nº3), e facultativa nos casos de arguido em liberdade, sem prejuízo do dever de informar-se ao arguido sobre seu direito de ser assistido por advogado (nº 4). Durante o interrogatório não judicial de arguido em liberdade, a presença de defensor é considerada não obrigatória.

O acompanhamento da defesa técnica é de fundamental importância para assegurar-se à pessoa que está sendo ouvida, em qualquer qualidade, sobre seu direito de não emitir declarações autoincriminatórias³⁵⁸. A matriz (histórica e contemporânea) do *nemo*

³⁵⁶ Na época do acórdão, dispunha o art. 133º, nº 2, que "em caso de separação de processos, os arguidos de um mesmo crime ou de um crime conexo podem depor como testemunhas, se nisso expressamente consentirem". Com a Lei nº 48/2007 e a Retificação nº 105/2007, posteriores ao acórdão, alterou-se a redação para "em caso de separação de processos, os arguidos de um mesmo crime ou de um crime conexo, mesmo que já condenados por sentença transitada em julgado, só podem depor como testemunhas se nisso expressamente consentirem". É no mínimo discutível se esse entendimento não poderia gerar separações artificiais de processos e esquemas acusatórios e probatórios baseados na ideia básica de compulsão/confissão (jogando-se uns arguidos contra os outros), mas uma exploração mais profunda do problema não cabe nos limites do presente trabalho.

³⁵⁷ ANTUNES, Maria João – Processo penal, pp. 46-48.

³⁵⁸ MENDES, Paulo de Sousa - Lições de Direito Processual Penal, p. 129.

tenetur guarda forte ligação com o direito de defesa em sua vertente técnica, cabendo ao defensor contribuir, com sua presença e eventual intervenção, para a tutela da vontade do arguido de proteger-se contra investidas voltadas a extrair de si mesmo, de modo enganoso ou forçado, a declaração comprobatória de sua responsabilidade criminal. Trata-se de intervenção voltada a salvaguardar a liberdade intrínseca (relacionada com a serenidade ou tranquilidade do declarante) e extrínseca (perturbações exteriores) de depoimento, sendo necessário que haja comunicação prévia e privada entre arguido e defensor³⁵⁹. Atos processuais cujo objeto seja a obtenção de informações guardadas na memória do depoente dependem, para escoar respeito ao privilégio contra a autoincriminação indesejada, de estrito acompanhamento por profissional técnico cuja função esteja exclusivamente em zelar por seus interesses defensivos, sendo isso imprescindível para não reduzi-lo a mero objeto de prova.

3.1.2.5 Direito de mentir?

Nos EUA, a partir do momento em que o arguido abdica do privilégio que lhe protege contra a compulsão para que preste testemunho contra si próprio e decide prestar depoimento, ele passa a ser uma verdadeira e própria testemunha, prestando juramento³⁶⁰, sujeitando-se ao *cross examination* e submetendo-se às penas por perjúrio³⁶¹. Isso significa decididamente que não há de se falar, no panorama do *privilege against self incrimination* norte americano, em nada que se aproxime da ideia de um direito de mentir. Na Itália, as referências doutrinárias mais atuais pontuam que um *jus mentiendi* seria um componente necessário do *nemo tenetur*, em sua expressão garantística plena, que deve comportar uma dupla faceta, permitindo do arguido manifestações passivas e ativas implícitas no *quantum* de liberdade moral apregoada pelo privilégio, que sejam capazes de permitir-lhe assumir uma melhor posição no confronto dialético com a acusação, e mais ainda, de permitir-lhe eliminar o risco de que um comportamento totalmente passivo de sua parte possa ser interpretado como passar uma mensagem negativa de negligência ou indiferença perante a tese acusatória. Além disso, a Corte Constitucional italiana já teria feito uma espécie de aceno ao *jus mentiendi*: "l'imputato non solo gode della facoltà di non rispondere, ma non ha nemmeno l'obbligo di dire la verità"³⁶². Já em Portugal, a doutrina nega a existência, em favor do arguido, de um

³⁵⁹ SILVA, Sandra Oliveira e - op. cit., pp. 371-372.

³⁶⁰ Igualmente na Grã-Bretanha (AYAT, Mohammed – op. cit., p. 253).

³⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 438; BELEZA, Thereza Pizarro: "Tão amigos que nós éramos": o valor probatório do depoimento de co-arguido no processo penal português, pp. 49-50.

³⁶² TASSINARI, Davide - Nemo tenetur se detegere: La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato, pp. 284-287.

direito de mentir, mas reconhece a inexigibilidade de um dever de verdade e a impossibilidade jurídica de valoração da mentira contra o arguido, quer ao nível de seus direitos processuais, quer como crime de falsas declarações - sem prejuízo da possibilidade dele ser eventualmente alcançado pela prática de crimes como denúncia caluniosa ou difamação³⁶³.

A discussão sobre o que representaria uma mentira não alcançável por sanções jurídicas se projetaria muito mais no nível ético-moral que no plano processual estrito³⁶⁴, não fosse a questão preocupante de não haver como se conceber a expectativa de um comportamento processual do arguido orientado por um dever moral de dizer a verdade como algo absolutamente distante e divorciado dos preceitos de ordem canônico-inquisitiva que, em tempos passados, fizeram dele objeto do processo – tudo isso relacionado com uma ideia supostamente “positiva” sobre o alcance da autopunição através de meios cruéis, eles próprios já configuradores de um castigo incompatível com a dignidade da pessoa humana³⁶⁵. Não obstante, o nível ético-jurídico tolerável de um possível *jus mentiendi* vai ao limite da neutralização absoluta da pretensão punitiva que o Estado dirige contra o arguido. O *nemo tenetur* perde sua conformação constitucional na medida em que direitos fundamentais de terceiros são atingidos ou colocados em risco pela iniciativa de um arguido que mente em suas declarações voluntárias, quando pode ficar em silêncio, sob a garantia de que desse silêncio não serão retiradas inferências negativas em seu desfavor.

3.2 O *nemo tenetur* no direito brasileiro.

3.2.1 Raízes históricas e base normativa atual.

Assim como em Portugal, as Ordenações Filipinas vigoraram como direito positivo no Brasil independente, só sendo substituídas, em matéria processual penal, pelo Código de Processo Criminal do Império em 1832³⁶⁶. Na codificação de 1832, previa-se que

³⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo - op. cit. pp. 450-452; SILVA, Germano Marques da - Curso de Processo Penal, Vol. I, p. 315. Com efeito, já decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa: “O fato de o arguido, quando presta declarações em diligência processual penal, não estar obrigado a dizer a verdade, não afasta, só por si, a possibilidade de difamar/denunciar caluniosamente um terceiro ou um coarguido” (Processo nº 7277/2008-9, rel. JOÃO ABRUNHOSA, j. 26/3/2009).

³⁶⁴ HANS KELSEN já anotava que o Direito se distingue da Moral por se tratar de “uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado”. Teoria Pura do Direito, p. 71.

³⁶⁵ Lembra-nos JORGE MIRANDA que “uma ordem jurídica assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão da liberdade de ação, situações e atividades cujo ‘princípio seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual) possa ser utilizada como mero instrumento ou meio ao serviço de outra” (Direitos Fundamentais, p. 235).

³⁶⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini - Processo Penal, p. 36.

a confissão do réu valeria como prova do delito, desde que correspondesse às circunstâncias do fato e, em especial, que fosse *livre* (art. 94). Nela, porém, não há nenhuma norma que assegure objetivamente um direito ao silêncio ou à recusa de responder a perguntas que, em diversas fases e diversos procedimentos, são dirigidas aos arguidos e interrogados em geral, sinalizando o art. 349, no processo de habeas corpus e em relação contra detentor ou carcereiro responsável por prisões contestadas, que se ele próprio, depois de preso, for levado à presença de um juiz, e "*aí se obstinar em não responder às perguntas*", será recolhido à cadeia.

A possibilidade de edição de legislação processual penal em cada estado da federação, aberta durante o período de vigência da Constituição de 1981, foi pouco inovadora³⁶⁷. E ainda que os textos constitucionais anteriores ao Código de Processo Penal de 1941 contivessem disposições sobre a um rol de direitos e garantias (v.g., rol do art. 179 da Constituição de 1824), e a Constituição do Império, em especial, houvesse tido o cuidado formal de abolir “açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis” (art. 179, XIX), evidentemente não se pôde alcançar àquela época nada efetivamente comparável a um privilégio contra a autoincriminação indesejada. A bem da verdade, nem a abolição da escravatura foi diretamente assegurada pela Constituição, dependendo da edição de uma lei juridicamente singela, várias décadas depois, em 1888³⁶⁸.

Com a Constituição democrática de 1934, espremida, em vida curta, entre os textos constitucionais ditatoriais de Getúlio Vargas promulgados em 1930 e 1937, nada de muito substancial foi produzido. Não obstante, o rol de garantias proporcionado aos presos e acusados era notavelmente mais extenso na Constituição de 1934 (art. 113), evidentemente, que na Constituição de 1937³⁶⁹. Esta, sequer previa direitos específicos para os presos, ou mais seguras garantias de não ser preso - com a rara exceção, prevista no art. 42, impeditiva da prisão de parlamentares, durante o prazo de funcionamento do Parlamento, sem licença da

³⁶⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini - op. cit., p. 37.

³⁶⁸ Lei nº 3.353, de 13/5/1888, conhecida como “Lei Áurea”, que se limita a declarar extinta a escravidão no Brasil (art. 1º) e a revogar as disposições em contrário (art. 2º). Deve-se ressaltar que mesmo a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, antes da 13ª Emenda (1865), era refratária à interpretação de direitos fundamentais originários como suficientes para erradicar a escravidão. Vide *Dred Scott vs. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856), afirmando categoricamente que “a free negro of the African race, whose ancestors were brought to this country and sold as slaves, is not a ‘citizen’ within the meaning of the Constitution of the United States”. Mesmo a 13ª Emenda, aliás, ousou criar uma exceção permissiva para “slavery” ou “involuntary servitude” como possíveis funcionalidades “as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted”.

³⁶⁹ Mais autoritária, nesse pormenor, que a Constituição salazariana de 1933, que previu no art. 8º, nº 10, que “a garantia da instrução contraditória, dando-se aos arguidos, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa”.

respectiva Câmara, e ainda assim, com a ressalva da possibilidade ocorrer em caso de flagrante delito em crime afiançável.

O Código de Processo Penal de 1941, com vigência programada para 1º/1/1942 (art. 810), nasceu do embrião autoritário e de inspiração fascista da ditadura Vargas, inspirado no Código Rocco, da Itália, mantendo a tradição autoritária brasileira³⁷⁰. Não seria com o próprio código, portanto, que o *nemo tenetur* passaria a ganhar qualquer relevância. Com efeito, ainda que o art. 197 do CPP relativize o valor da confissão, estabelecendo que deveria ser medido pelos critérios adotados para os demais meios de prova e determinando que o juiz a confrontasse com as demais provas do processo, o art. 198 arrematava com a indicação de que o silêncio não importa em confissão, mas pode constituir elemento para a formação do convencimento do juiz. Além disso, se o art. 200 prevê que a confissão é retratável, sinaliza conjuntamente o não prejuízo da retratação no livre convencimento do juiz, tudo fazendo parte de um acervo probatório a ser analisado em conjunto.

A Constituição democrática de 1946 restabeleceu diversas das garantias para o preso (v.g., art. 141, §§20 a 22), mas também teve vida curta, padecendo diante do golpe militar de 1964, no curso do qual esteve em vigor, com aspirações constitucionais, o Ato Institucional nº 5/68, que dentre outros extremos autoritários, suprimiu a vitaliciedade e inamovibilidade dos juízes (art. 6º, caput), a garantia de habeas corpus frente a atos considerados como crimes políticos ou contra a segurança nacional (art. 10), e a apreciação judicial de qualquer ato que fosse considerado como praticado de acordo com suas disposições (art. 11). Não suficiente, previu ainda a possibilidade do Presidente da República (sempre um militar de altíssima patente) suspender direitos políticos dos cidadãos, além de cassar mandados eletivos federais, estaduais e municipais (art. 4º, caput), aplicando ainda contra as vítimas as penalidades sumárias (batizadas, com manifesto eufemismo, como medidas de segurança) de liberdade vigiada, proibição de frequentar determinados lugares, e manutenção de domicílio determinado (art. 5º, IV, letras "a" a "c"). Não seria no período da ditadura militar, portanto, que o *nemo tenetur* se desenvolveria no direito brasileiro.

Com a redemocratização e o advento da Constituição de 1988, foi inserida expressamente dentre as garantias fundamentais a previsão de que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da

³⁷⁰ PRADO, Geraldo - Avaliação e valoração da prova, p. 211.

família e de advogado” (art. 5º, LXIII) – enunciado normativo cuja estrutura interna se inspira inequivocamente nas *Miranda rules*³⁷¹. O *nemo tenetur* é concebido, porém, como um direito fundamental cuja expressão é mais ampla que o mero direito ao silêncio, tratando-se de uma garantia da liberdade, em especial da liberdade de autodeterminação³⁷².

O *nemo tenetur* é por vezes classificado dentre os princípios-garantia³⁷³, sendo possível extrair-lo diretamente das cláusulas constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV), da ampla defesa (art. 5º, LV), com relevo para o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII)³⁷⁴, bem como do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII)³⁷⁵, como também na garantia do respeito da integridade física e moral (art. 5º, XLIX), que não se restringe ao preso³⁷⁶. Radica também, é claro, com a tutela da dignidade humana (art. 1º, III). Trata-se então de um instituto imanente ao ordenamento jurídico brasileiro, considerada a atual ordem constitucional³⁷⁷. No plano convencional, ganham ainda importância a internalização do Pacto de San Jose da Costa Rica (Decreto nº 678/92), onde está a base normativa mais pura do *nemo tenetur* para processo penal brasileiro, ao prever no art. 8.2, letra "g", como garantia mínima assegurada a *toda pessoa*, o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”. Na mesma linha, a internalização do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592/92), também prevendo o *privilege* (art. 14.3, letra “g”), enquanto “direito de não ser obrigada a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpada”.

Somente em 2003, com a Lei nº 10.792/03, foi introduzido o parágrafo único do art. 186 do CPP, determinando que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”, e modificado o caput do mesmo artigo, que exortava normativamente o interrogado a falar, ao prever que “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”. A nova previsão, harmônica com um privilégio contra a autoincriminação involuntária, estabelece que “o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de

³⁷¹ STJ, RHC nº 3012/MG, rel. Min. ADHEMAR MACIEL, j. 21/09/1993.

³⁷² QUEIRO, Maria Elizabeth – op. cit., pp. 77 (nota), 78 e 93.

³⁷³ Op. cit., p. 92

³⁷⁴ OLIVEIRA, Vallisney de Souza – Audiência, instrução e julgamento, p. 75.

³⁷⁵ Op. cit., p. 93.

³⁷⁶ Op. cit., p. 97. A doutrina e a jurisprudência brasileira, aliás, reafirmam constantemente que as disposições constitucionais alusivas ao preso são normalmente extensivas aos arguidos em geral. Vide, v.g, UADI LAMMÊGO BULOS - Constituição Federal anotada, p. 273; TUCCI, Rogério Lauria – Direitos e garantias individuais no processo penal Brasileiro, p. 311.

³⁷⁷ Op. cit., pp. 102-104.

permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Segue inalterado, porém, no Direito Processual Penal Militar, o art. 305 do CPPM, segundo o qual “o silêncio [do arguido] poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. Também merece registro a previsão do art. 478, II, do CPP, introduzida pela Lei nº 11.689/08, proibindo a exploração do silêncio do arguido durante os debates travados no Tribunal do Júri.

No CPP, não há nenhuma disposição específica sobre o direito de testemunha não responder a perguntas autoincriminatórias. O art. 3º do CPP, no entanto, admite de maneira bastante flexível a incorporação de normas do CPC por interpretação extensiva e aplicação analógica³⁷⁸, o que significa que as vítimas e testemunhas podem se acudir no disposto nos arts. 448, I, e 388, I, do CPC³⁷⁹.

3.2.2 Compreensão doutrinária e jurisprudencial.

3.2.2.1 Expansão do *nemo tenetur* para além manifestações de natureza declarativa.

No Brasil, o *nemo tenetur* alcança provas obtidas sem qualquer emissão declaracional do arguido, *aí incluídas a participação em reconstituição do crime, o exame grafotécnico, exames como o etilômetro, perícias de confecção de imagens, fornecimento de padrões vocais, e todos os tipos de intervenção corporal, mesmo as leves*³⁸⁰. *Abrangentemente, define o STF que “aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam*

³⁷⁸ Como exemplo de reconhecimento, pelo STF, da flexibilidade do dispositivo relativo à interpretação analógica: “Em virtude da ausência de previsão normativa quanto às hipóteses de afastamentos temporários que excepcionam o princípio do juiz natural, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a obrigatoriedade estabelecida no § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal poderá ser afastada por meio de interpretação analógica do art. 132 do Código de Processo Civil, por força do art. 3º do CPP” (RHC nº 120414/SP, rel. Min. TEORI ZAVASCKI, j. 6/5/2014).

³⁷⁹ Art. 448, I: “A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos: I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau”. Art. 388, I: “A parte não é obrigada a depor sobre fatos: I - criminosos ou torpes que lhe forem imputados”.

³⁸⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., pp. 312-315; NICOLITT, André, e WEHRS, Carlos Ribeiro – Intervenções corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal, pp. 103-105 e 159; VALE, Ionilton Pereira do, e SANTOS, Teodoro Silva – O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ou o direito à não auto-inculpação e os aspectos relacionados ao direito ao silêncio no processo penal brasileiro, pp. 111-114; TUCCI, Rogério Lauria, op. cit., p. 310, nota 9; S/ANTOS, Marcus Renan Palácio de Moraes Claro – O direito ao silêncio no processo penal, pp. 126-130, apesar de registrar críticas minoritárias de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA e MARCELO SCHIRMER ALGUERQUE.

afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal”³⁸¹. Nesse aspecto, a visão brasileira do *nemo tenetur* – predominante tanto na doutrina quanto na jurisprudência, nomeadamente a dos tribunais superiores - é bastante expansiva e protetiva, sendo bem condensada por MARIA ELIZABETH QUEIJO: “não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para compeli-lo a cooperar na produção das provas; a recusa do réu não configura crime de desobediência; e não se permite extrair da sua recusa a veracidade da imputação, nem a presunção de culpabilidade”³⁸². Essencialmente, conforme sustenta NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, “a ‘colaboração’ do suspeito, quando não voluntária, fere o estado de inocência e a ampla defesa”, e por isso, “não importa ser essa ‘cooperação’ ativa ou passiva, declaratória ou comportamental, nem o grau ou o nível de invasividade”, abarcando “uma complexidade de comportamentos, condutas, circunstâncias autoincriminatórias, ou seja, tudo o que pode ser utilizado contra o sujeito, não só a exteriorização de pensamento mediante declaração”³⁸³, sendo de concordar-se, com efeito, que absolutamente todas as situações até aqui analisadas (mormente à luz dos casos concretos da Suprema Corte dos EUA), em maior ou menor medida, “mascaram uma objetivação do sujeito e sua transformação em objeto”³⁸⁴.

Na doutrina e na jurisprudência amplamente majoritária, reconhece-se que a previsão constitucional do art. 5º, LXIII, não se restringe nem a presos, nem tampouco a pessoas já submetidas a uma acusação formal, valendo também para vítimas e testemunhas “que possam eventualmente ser processadas ou punidas em virtude de suas próprias declarações”³⁸⁵. De forma bem específica, decidiu o STJ que “qualquer pessoa, ao confrontar-se com o Estado em sua atividade persecutória, deve ter a proteção jurídica contra eventual tentativa de induzir-lhe a produção de prova favorável ao interesse punitivo estatal, especialmente se do silêncio puder decorrer responsabilização penal do próprio depoente”³⁸⁶,

³⁸¹ HC nº 99289/RS, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 23/06/2009.

³⁸² Op. cit., p. 315.

³⁸³ Op. cit., p. 234.

³⁸⁴ *Idem ibidem*.

³⁸⁵ MORAES, Alexandre de – Constituição do Brasil interpretada, p. 408; GIACOMOLLI, Nereu José – O devido processo legal, p. 235; VALE, Ionilton Pereira do, e SANTOS, Teodoro Silva – op. cit., pp. 237-241; STF, HC nº 79.589/DF, rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, j. 5/4/2000.

³⁸⁶ HC 330559/SC, rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j. 25/09/2018. O caso tratava precisamente de um adolescente supostamente encontrado junto com um adulto, ambos suspeitos de tráfico de droga em coautoria. No Brasil, os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, sujeitando-se a um regime jurídico especial (CF/88, art. 228). Esse regime vem contemplado na Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que define como adolescente as pessoas que têm de doze a dezoito anos (art. 2º). Muito embora não respondam criminalmente em sentido estrito, suas condutas enquadráveis em tipos penais são tratadas como ato infracional

esclarecendo-se mais uma vez, de forma bastante inequívoca, a invalidade de qualquer investida estatal voltada à autoincriminação de um depoente, mesmo na qualidade de testemunha. A jurisprudência mais moderna também assegura o *privilege* para suspeitos que interagem com autoridades policiais nos chamados interrogatórios³⁸⁷ ou conversas informais³⁸⁸, realizados durante o policiamento ostensivo³⁸⁹.

3.2.2.2 Dever de comparecimento.

Formalmente, dispõe o art. 260 do CPP que “se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”. Não obstante, questiona-se doutrinariamente, já há algum tempo, a validade desse dever legal, à luz da garantia constitucional e convencional do *nemo tenetur*³⁹⁰. E com efeito, o STF acabou por decidir, ao julgar a ADPF 444/DF³⁹¹ (em fiscalização concentrada de constitucionalidade, com

(art. 103), e podem sujeitar o infrator à privação da liberdade por até três anos (art. 121, §3º). No caso citado, um adolescente supostamente infrator foi indicado como testemunha de acusação na ação penal contra o adulto que teria praticado a mesma infração junto com ele, e o juiz do processo, ao ouvir o adolescente como testemunha, teria negado ao adolescente o direito ao silêncio, dizendo que poderia ser “novamente apreendido” (detido) se não dissesse a verdade. Entendeu-se que a violação do direito ao silêncio do adolescente, forçado a se autoincriminar, enquanto testemunha, para produzir-se a condenação do adulto, invalida inclusive a sentença condenatória desfavorável ao adulto.

³⁸⁷ Anota J. FREDERICO CAMPOS CALDERÓN, com precisão, que o direito do imputado a não se autoincriminar “es uno de los derechos más irrespetados por parte de las autoridades policiales”, lembrando que “los imputados siempre están expuestos a la posibilidad de interrogatorios policiales realizados sin la advertencia previa del derecho al sigilo y sin respetar el derecho a la presencia de un abogado que los asesore antes de tomar la decisión de si declara o se abstiene de hacerlo” (op. cit. pp. 185-186).

³⁸⁸ A doutrina francesa tem reconhecido que “les juges acceptent de s’interroger sur la véracité des aveux extrajudiciaires qui leur sont présentés, notamment en vérifiant les conditions dans lesquelles ceux-ci ont été obtenus”, afirmando que esse tipo de confissão precisaria ser reiterada em juízo para ter validade probatória (CHALUS, Delphine - op. cit., p. 347). De modo semelhante, a jurisprudência brasileira pareceu acordar, em 2020, para a inverossimilhança de alguém autorizar voluntariamente uma busca policial em sua residência se tivesse objetos de crime (v.g., armas ou drogas) lá dentro. Tornou-se célebre a menção que foi feita pelo Min. Antonio Saldanha Palheiro, do STJ, no julgamento do HC nº 611918/SP (j. 7/12/2020): “Quem que está com um pino de cocaína e vai levar a polícia espontaneamente ao local onde tem mais 40? Isso não é verossímil. Claro que não acontece dessa forma. E sempre a dinâmica é essa. Temos que começar a mitigar esse tipo de arroubo” (Presunção inviável: Tráfico de drogas na frente de casa não autoriza invasão sem mandado, diz STJ, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-dez-09/venda-drogas-frente-casa-nao-autoriza-invasao-mandado/>, acesso em 24/5/2024).

³⁸⁹ STF, RHC nº 170843/SP AgR, rel. Min. GILMAR MENDES, j. 4/5/2021: “Agravos regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravos da Procuradoria-Geral da República. 3. Condenação baseada exclusivamente em supostas declarações firmadas perante policiais militares no local da prisão. Impossibilidade. Direito ao silêncio violado. 4. Aviso de Miranda. Direitos e garantias fundamentais. A Constituição Federal impõe ao Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito. Precedentes. 5. Agravos a que se nega provimento.”.

³⁹⁰ DOTTI, René Ariel – Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório, *apud* TUCCI, Rogério Lauria, op. cit., pp. 312-313.

³⁹¹ Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 14/06/2018, p. 22/05/2019.

eficácia *erga omnes* e efeito vinculante) que: (1) "a condução coercitiva consiste em capturar o investigado ou acusado e levá-lo sob custódia policial à presença da autoridade, para ser submetido a interrogatório", tratamento incompatível com o princípio da presunção de inocência; (2) "o investigado, ou réu, é conduzido eminentemente para demonstrar sua submissão à força", quando "não há uma finalidade instrutória clara, na medida em que arguido não é obrigado a declarar, ou mesmo a se fazer presente ao interrogatório", de modo que "a condução coercitiva desrespeita a dignidade da pessoa humana"; (3) "a condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção"; (4) "o direito à não autoincriminação consiste na prerrogativa do investigado ou acusado a negar-se a produzir provas contra si mesmo, e a não ter a negativa interpretada contra si", que "não constava do catálogo de direitos fundamentais das constituições pré-1988", e "tampouco era reconhecido no âmbito legal", mas hoje "tem fundamento mais amplo do que o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal", radicando na "união de diversos enunciados constitucionais, dentre os quais o do art. 1º, III (dignidade humana), o do art. 5º, LIV (devido processo legal), do art. 5º, LV (ampla defesa), e do art. 5º, LVII (presunção de inocência)", do que deduz-se que "submeter o investigado a interrogatório forçado constitui uma violação ao direito à não autoincriminação"; (5) "a doutrina e a jurisprudência dominantes entendem ser inaplicável a garantia do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial", mas "esses princípios da ampla defesa e do contraditório devem se impor quando há, ainda que em fase de inquérito policial, aplicação de medidas drásticas que restringem direitos fundamentais, como a condução coercitiva", e "no curso do inquérito policial, o direito à ampla defesa não pode ficar restrito, essencialmente, ao direito à assistência de advogado (art. 5º, LXIII, CF), devendo-se oportunizar ao defensor, antes de ouvir o investigado, ter ciência da imputação e das provas já produzidas contra seu cliente", não devendo perder-se de vista "que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica", pois o princípio "impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais", e assim, "ainda que haja a necessidade de ordenação ou disciplina legal dessa assistência, é certo que não se poderá negar tal possibilidade"; (6) o arguido tem "direito de ausência ao interrogatório", que "afasta a possibilidade de condução coercitiva"; (7) Diferentemente, a testemunha tem "dever de depor (...) – art. 202 do CPP", e "deve fazer-se presente na hora e no local assinalados na intimação", inexistindo "a prerrogativa de fazer-se ausente". Mesmo o réu preso, aliás, tem a prerrogativa legal expressa de pedir sua dispensa de comparecimento ao Tribunal do Júri (CPP, art. 457, §2º, última parte),

não existindo especificidade que não justifique a extensão analógica de igual tratamento para réus de outros procedimentos, nomeadamente os soltos³⁹².

No tocante àqueles que ostentam uma posição processual inequívoca de investigado ou de acusado, portanto, já não há de se falar em um dever de comparecimento no processo penal brasileiro. No tocante àqueles suspeitos que confundem sua situação jurídica com os papéis de vítimas³⁹³ ou de “meras testemunhas”, dada a frequente ambiguidade de sua posição processual, a questão já é um pouco mais complexa. Como regra, a testemunha e a vítima têm dever processual de comparecer³⁹⁴, podendo inclusive se utilizar da força pública para assegurar a presença das mesmas (CPP, arts. 218 e 201, §1º), dever este que, mesmo em situações limítrofes, não necessariamente é considerado excluído pelo *nemo tenetur*³⁹⁵. Pode se recusar, no entanto, a responder a determinados questionamentos, nomeadamente aqueles que implicarem em risco de conduzir à autoincriminação, por caracteristicamente produzirem “grave dano” ao depoente (CPC, art. 448, I), e por ser-lhe extensivamente aplicável o regime depoimental impeditivo da autoincriminação indesejada que é assegurado às partes (CPC, art. 388, I)³⁹⁶.

A segunda decisão monocrática proferida no HC nº 204196/DF³⁹⁷ estabelece então aquilo que pode ser definido como um estatuto geral ou catálogo de direitos do depoente-testemunha (extensível ao depoente-vítima): “exclusivamente em relação aos fatos que o incriminem: i) permanecer em silêncio sobre o conteúdo das perguntas formuladas; ii) não ser obrigado a assinar termo de compromisso de dizer a verdade, uma vez que os fatos

³⁹² No limite mais extremo, tem-se garantido inclusive ao réu *foragido*, isto é, aquele com ordem de prisão preventiva expedida em seu desfavor, a participar da audiência de instrução e julgamento por videoconferência, sem precisar entregar-se à justiça (STF, HC 227671/RN, rel. Min. EDSON FACHIN, j. 8/8/2023).

³⁹³ Interessante observação sobre a qualidade “automática de vítima é feita por MARCELO SANCINETTI (apud SANCHEZ, op. cit., pp. 113), no sentido de que se trataria de uma “trampa del principio de inocencia”, por assumir-se a partir de então uma teoria de caso penal apriorística e pre-constituída, a partir da versão de uma pessoa que coloca a si mesmo nesse papel.

³⁹⁴ OLIVEIRA, Vallisney de Souza – Audiência, instrução e julgamento, p. 78.

³⁹⁵ Decidiu o STF, por decisão monocrática do Min. LUIS FUX, em 5/7/2021 (HC nº 204485/DF), de forma relativamente colidente com o entendimento até então predominante: “CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. “CPI DA PANDEMIA”. NEMO TENETUR SE DETEGERE. O DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO É CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO AO RÉU OU INDICIADO, NÃO À TESTEMUNHA. DEVER DE COMPARECER, DE DEPOR E DE DIZER A VERDADE QUANTO AOS FATOS EM TESE CRIMINOSOS QUE NÃO INCRIMINEM O PACIENTE. LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA”.

³⁹⁶ As disposições em questão são aplicáveis por analogia aos depoimentos do processo penal, nos termos do art. 3º do CPP, e a qualquer depoente, extensivamente (incluindo a vítima), pois todas, as pessoas, pelo simples fato de serem chamados para prestar depoimento em juízo, são titulares do direito fundamental à não autoincriminação (identidade da situação jurídica de base).

³⁹⁷ Min. EDSON FACHIN, j. 5/8/2021.

indicam que será ouvido na condição de investigado; iii) de ser assistido por advogado; e iv) de se comunicar, livremente e em particular, com este, garantindo-se o direito contra a autoincriminação, excluída possibilidade de ser submetido a qualquer medida privativa de liberdade ou restritiva de direitos em razão do exercício dessas prerrogativas constitucionais”.

3.2.2.3 Silêncio total, silêncio parcial e inferências do silêncio.

Desde o advento da Constituição de 1988, a doutrina dominante sempre considerou não recepcionados os dispositivos legais que permitiam inferências negativas do silêncio. Já de longa data, sinalizava JULIO FABBRINI MIRABETE que “não pode a lei prever que o silêncio possa ser interpretado em prejuízo do acusado, já que a Constituição, não fazendo qualquer reserve, proíbe, como corolário, que dele decorra qualquer consequência desfavorável”, assinalando ainda que “o princípio de que ninguém é obrigado a acusar-se (*nemo tenetur se detegere*), adotado irrestritamente pela norma constitucional, impede qualquer consequência adversa ao acusado pelo seu silêncio no interrogatório”³⁹⁸. Tanto ele quanto MARIA ELISABETH QUEIJO³⁹⁹, no entanto, listam referências jurisprudenciais diversas de tentativas de “desafio inquisitivo” à garantia constitucional. E o próprio MIRABETE acaba deslizando por esse mesmo viés, ao defender a validade do dispositivo legal que determinava a consignação de perguntas não respondidas (art. 191 do CPP), sob o contraditório argumento de que o acusado poderia querer “invocar uma razão compreensível para seu silêncio”, com isso “apagando a má impressão causada, naturalmente, pela sua recusa em falar”⁴⁰⁰. Esse viés inquisitivo permanece ainda muito vivo na mentalidade do Poder Judiciário brasileiro (nomeadamente em setores da primeira e da segunda instância), gerando situações como a que acabou sendo enfrentada pelo STF no já citado HC nº 99289/RS, em que foi preciso afirmar que “a recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de persecução penal”. E pelas mesmas razões, permanece bastante viva e acesa a discussão sobre a possibilidade do arguido recusar-se a responder, no interrogatório, às perguntas do juiz e do promotor de justiça, mas ao mesmo tempo, querer se

³⁹⁸ Op. cit., p. 282.

³⁹⁹ Op. cit., p. 155.

⁴⁰⁰ Idem ibidem.

submeter a questionamentos por seu próprio advogado, exclusivamente⁴⁰¹. Tem prevalecido nos tribunais superiores de que o *nemo tenetur*, ao assegurar o direito ao silêncio parcial, funciona como garantia processual apta a barrar integralmente os questionamentos do juiz e da acusação (assim como da defesa de outros arguidos), sem impossibilitar que sua defesa técnica (advogado ou Defensor público) faça ela própria, exclusivamente, as perguntas que entender necessárias e pertinentes. A bem da verdade, se o juiz que preside a audiência tiver consciência da preponderância do caráter defensivo do interrogatório (meio de autodefesa, antes de qualquer outra coisa) e compreender genuinamente que o acusado goza de uma proteção garantística contra a autoincriminação coagida ou induzida, bastará, na maioria esmagadora dos casos, que conceda ao réu a palavra, já de início, para que ele discursar livremente em sua defesa, apresentando todos os pontos que entender pertinentes para exercê-la, assegurando-se genuinamente, de forma esclarecedora e compreensível, desde o início do ato, que nenhum esclarecimento complementar (a pedido do juiz, do promotor, ou mesmo do seu próprio advogado) precisa ser obrigatoriamente feito por ele contra a sua vontade. A problematização remanescente advém de premissas diversas de defesa social que “convidam”, à maneira de BENTHAM (ou mais atrás, da Star Chamber britânica), a ver-se no arguido (em seu corpo ou em sua mente), contra a sua vontade, uma fonte de informação e prova (confissão, juramentada ou não) sobre os fatos criminosos, mesmo que porventura ele seja inocente e não detenha esse conhecimento (ou o rastro do crime dentro do seu corpo). Historicamente, isso tem produzido uma tendência de elevação gradativa dos meios de engano ou de coerção empregados para a extração da “verdade”⁴⁰², tendo razão MARIA LÚCIA KARAM ao comparar o processo penal que elege a busca da verdade arrancada como seu supremo objetivo às torturas praticadas pela Inquisição, pois o objetivo segue sendo sempre “fazer com que, por meio do próprio indivíduo, se revele a verdade sobre suas ações tornadas criminosas”⁴⁰³.

⁴⁰¹ STJ, HC Nº 703978/SC, j. 5/4/2022. FELDENS, Luciano – op. cit., p. 110.

⁴⁰² Além dos casos sobre meios coativos e enganosos já analisados e transcritos a partir dos repertórios de jurisprudência da Suprema Corte dos EUA e do TEDH, convém deixar-se o registro das experiências norte americanas de tortura vivenciadas em Abu Ghraib nos anos 2000 - vide *Al Shimari v. CACI Premier Technology, Inc.*, No. 15-1831 (4th Cir. 2016), ainda em curso.

⁴⁰³ Juizados Especiais Criminais, p. 46. No essencial, sintetiza LUIGI FERRAJOLI: “La confessione, che nel sistema inquisitorio è esorta con qualunque mezzo ma vincola legalmente il giudizio, soggiace nel sistema accusatorio e garantista ad una lunga serie di regole di formazione, come la spontaneità” (op. cit., p. 628).

3.2.2.4 O direito à assistência por advogado ou defensor público.

Durante toda a fase judicial do processo penal brasileiro, é absolutamente pacífico na doutrina e na jurisprudência que o réu deve ser fazer acompanhado por advogado de sua escolha, tendo também assegurado o direito de buscar a assistência jurídica da Defensoria Pública, se não tiver condições de custear advogado, ou à nomeação de advogado dativo⁴⁰⁴, quando e onde a Defensoria Pública estiver indisponível. O problema maior experimentado no processo penal brasileiro diz respeito aos atos policiais, ou mais amplamente, aos atos de investigação pretéritos ao ajuizamento da denúncia, que podem ser também praticados diretamente pelo Ministério Público, como uma espécie de exceção ao domínio policial sobre a matéria⁴⁰⁵.

O art. 7º, XXI, da Lei nº 8.906/84 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) e o art. 4º, XIV, da Lei Complementar nº 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública) estabelecem a prerrogativa profissional dos advogados, bem como a prerrogativa institucional dos defensores públicos, de acompanharem seus clientes ou assistidos durante inquirições policiais, mas nisso não radica um efetivo direito subjetivo (ou garantia) do investigado, mesmo preso, de não poder ser inquirido, em hipótese nenhuma, fora da presença da defesa técnica⁴⁰⁶. Não há um dispositivo como o art. 64º, 1, letra “a”, do CPP português, que faça

⁴⁰⁴ Art. 263 do CPP, c/c art. 22, §1º, do EOAB. "A fixação dos honorários ao defensor dativo é de responsabilidade do Estado, nos termos do art. 22, § 1º, da Lei n. 8.906/1994 e o pedido de arbitramento de deve ser formulado na origem" (STJ, EDcl no AgInt no REsp nº 1836028/PR, rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, j. 5/5/2020).

⁴⁰⁵ Em análise pontual sobre a matéria, AURY LOPES JR. coloca que a questão mais relevante não seria a definir se o MP pode ou não investigar, expondo que os inconvenientes (também existentes) de uma investigação a cargo do MP (como na Itália, na Alemanha e em Portugal) seriam “os mais facilmente contornáveis e passíveis de superação”, mas acrescenta que “no Brasil, a falta de uma clara determinação de como será a investigação feita pelo Ministério Público acaba gerando inúmeros problemas, que vão da duplicidade de investigações (não raras vezes MP e polícia investigam o mesmo fato paralelamente) até a prática de atos autoritários e a supressão de direitos e garantias do investigado, por absoluta falta de previsão legal dos limites da investigação pelo Ministério Público” (Direito Processual Penal, pp. 179-180). De toda a sorte, a jurisprudência atual do STF formulou tese de observância geral no seguinte sentido: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição” (RE nº 593727/MG, j. 14/05/2015). Em 20/5/2024, porém, o assunto estava de volta à mesa de discussões nas ADIs 2943/DF, 3309/DF e 3318/MG, nas quais já haveria consenso sobre a preservação dos poderes de investigação, mas com necessidade de algum tipo de controle judicial, nomeadamente quanto à duração das investigações e outras garantias dos investigados.

⁴⁰⁶ Observando a problemática do direito ao silêncio no ambiente processual penal francês anterior a 2000, ressalta MOHAMMED AYAT, “dans un système où l’interrogatoire est un moyen primordial d’obtenir l’aveu et où l’aveu reste une preuve très appréciée par les juges (...), la garantie hypocrite qui consiste à exiger la présence d’un avocat

obrigatória a presença do defensor em qualquer interrogatório de qualquer investigado preso. Há atualmente, é bem verdade, um peculiar estatuto, exclusivo para policiais investigados (isto é, policiais colocados na condição de arguidos) por crimes envolvendo violência letal na atividade policial⁴⁰⁷, mas se trata de uma exceção que, ao menos até o momento, continua restrita a um nicho muito específico. E efetivamente, ainda que o art. 155, caput, do CPP brasileiro esteja a definir atualmente que “uma condenação não poderá se basear em elementos informativos do inquérito”, ainda é bastante comum que ocorram condenações com força probatória excessivamente centrada em confissões extrajudiciais produzidas sem o acompanhamento de advogado ou defensor público⁴⁰⁸. Trata-se, portanto, de uma questão ainda a ser resolvida no âmbito da experiência processual penal do Brasil, como destacado pelo STF na ADPF nº 444/DF.

3.2.2.5 Direito de mentir?

Há acórdãos do STF – dentre os primeiros a darem concretude ao *nemo tenetur* depois da Constituição de 1988 –, que afirmam categoricamente a existência de um direito de mentir⁴⁰⁹, mas assim como a doutrina portuguesa e parte da doutrina italiana, há setores da doutrina brasileira que se recusam a reconhecer um direito (mesmo parcial ou mitigado) de tal natureza. MIRABETE avalia que “não há um verdadeiro direito de mentir, tanto que as eventuais contradições [no] depoimento podem ser apontadas para retirar qualquer credibilidade das suas respostas”, mas reconhece que “o acusado não presta compromisso de dizer a verdade, e sua mentira não constitui crime, não é ilícita”⁴¹⁰. É amplamente majoritária, no entanto, a doutrina que reconhece expressamente um direito de mentir no interrogatório, se os efeitos da mentira não tiverem qualquer efeito sobre a esfera jurídica de terceiros (v.g., denúncia caluniosa)⁴¹¹. É importante ressaltar-se que essa compreensão de um direito de mentir baseia-se na ideia de que todo o comportamento que não merece nenhum tipo de sanção

lors de l’interrogatoire du juge d’instruction à la suite d’un long interrogatoire effectué par la police sans aucun contrôle” (op. cit., p. 263).

⁴⁰⁷ GOMES, Gabriel de Moraes – Sobre a (in) constitucionalidade do art. 14-A do CPP (introduzido pela Lei Anticrime) e seus efeitos, in Pacote Anticrime, pp. 208-210.

⁴⁰⁸ Idem, pp. 214-215, nota 11.

⁴⁰⁹ Nesse sentido, em especial, HC nº 68929/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 22/10/1991.

⁴¹⁰ Op. cit., p. 282.

⁴¹¹ MARCOS RENAN PALÁCIO DE MORAIS CLARO DOS SANTOS relaciona posições, nesse sentido, de ALEXANDRE DE MORAES, EDGAR DE MOURA BITTENCOUR, ANTÔNIO ASSUMPCÃO, THEODOMIRO DIAS NETO, LUIS FLÁVIO BORGES D’URSO, GUILHERME DE SOUZA NUCCI, SÉRGIO RICARDO DE SOUZA, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO e MARIA ELIZABETH QUEIJO. Op. cit., pp. 155-159. Acrescenta-se ainda, sem exaustividade, LUCIANO FELDENS (O direito de defesa, p. 108).

é lícito, enquanto se encerrar dentro do exercício de uma posição juridicamente reconhecida (no caso, o direito de falar em autodefesa), se caracterizaria como um direito subjetivo. Esse direito não se confunde, no entanto, com uma garantia contra a retirada de inferências probatórias da mentira (ao contrário, tudo o que o arguido decidir falar livremente poderá ser utilizado contra ele no julgamento)⁴¹², nem que terceiros ou que outros bens jurídicos que ultrapassem da ideia de uma expectativa da acusação em receber uma confissão possam ser livremente atingidos. O arguido não poderá lícitamente, ao mentir, acusar inocentes da prática de um crime que ele cometeu, nem praticar fraudes processuais ou atos de ameaça e violência (forjar ou destruir provas materiais, intimidar testemunhas, etc.), antes ou depois de seu depoimento, sob o fundamento de ter direito de mentir.

3.3 Conclusões.

A Constituição brasileira incorporou uma previsão específica que remete às regras fixadas pela Suprema Corte dos EUA em *Miranda vs. Arizona* (art. 5º, LXIII). O texto constitucional português não conta com uma norma mais específica sobre o tema, mas reconhece-se com absoluta tranquilidade que o privilégio contra a não autoincriminação tem raízes constitucionais em Portugal, seja por irradiação de disposições de natureza processual, seja por disposições de natureza substancial. Tanto o Tribunal Constitucional português quanto o Supremo Tribunal Federal brasileiro afirmam a existência de um direito à não autoincriminação, com natureza de direito fundamental, com arrimo na própria Constituição. Os tratados internacionais são igualmente importantes, no Brasil e em Portugal, para a adequada configuração do *nemo tenetur*.

O CPP português é nitidamente mais moderno que o brasileiro em matéria de fixação de direitos específicos para os arguidos e para os depoentes em geral, mas praticamente todas as dificuldades dogmáticas e práticas que são criadas pela ausência, no CPP brasileiro, de normas correspondentes às dos arts. 58º e 59º do CPP (constituição de arguido) são compensadas por uma maior abertura jurisprudencial à invocação direta de princípios constitucionais. As construções jurisprudenciais dão bases de razoável solidez para desencorajar, conter e inibir iniciativas de obrigar-se um suspeito a comparecer para a prática de atos processuais diversos – principalmente, mas não só, os de natureza depoimental – que

⁴¹² O que não significa que o fato de mentir durante o interrogatório possa ser utilizado como fundamento para a elevação da pena do caso penal do próprio depoimento. Nesse sentido: HC nº 834126/RS, rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j. 5/9/2023.

visem, ao fim e ao cabo, gerar provas que o autoincriminem. E ainda que haja maior relutância doutrinária e jurisprudencial, em Portugal, quanto a admitir-se que um depoente, para não se autoincriminar, tem direito de mentir, há relativa uniformidade dogmática no tocante às consequências da mentira: não ultrapassando os limites intrínsecos da autoproteção e da neutralização da pretensão punitiva estatal (isto é, não atingindo terceiros ou outros bens jurídicos que não o *jus puniendi* estatal contra si direcionável em razão dos fatos que foram omitidos ou distorcidos), o depoente não sofrerá punição alguma se mentir em defesa de si mesmo.

Capítulo 4 - SOBRE A PROJEÇÃO GERAL DO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE* PARA EXPERIÊNCIAS PROCESSUAIS PROBATÓRIAS DE ÍNDOLE DECLARATÓRIA.

4.1 Epistemologia depoimental e *privilege against self-incrimination*.

4.1.1 Contextualização.

A experiência testemunhal conta com particularidades distintas quando avaliada pela perspectiva da Epistemologia, da Psicologia e do Direito Processual. Para a Epistemologia, preponderam fatores relacionados à transmissão de conhecimento entre o falante e o ouvinte, bem como as situações sociais (no sentido amplo da expressão) em que cada um deles se encontra. Cuida-se então de saber quem é um falante qualificado, quem é um ouvinte qualificado⁴¹³, quais são os ambientes e a linguagem adequados para que troquem conhecimentos entre si, e depois disso, para que guardem os conhecimentos trocados. Para a Psicologia, preponderam questões mais ligadas à organicidade do ser humano, isto é, à sua capacidade de captar a informação por seus sentidos, retê-la na memória, processá-la por seus filtros de inteligência racional e emocional, e transmiti-la por gestos, palavras, escritos, incluindo todas as atitudes comportamentais relacionadas com a intenção de mentir ou de dizer a verdade⁴¹⁴. Para o Direito Processual, prepondera o caráter do testemunho enquanto prova. O conceito (colhido, querendo-se ou não, em parte da Epistemologia, em outra parte da Psicologia) é imerso no contexto da produção de um ato jurídico processual e de caráter

⁴¹³ FRICKER, Miranda – Injustiça epistêmica, pp. 13, 23, 36-38; COULON, María de los Ángeles González – op. cit., p. 175-178, 192-203.

⁴¹⁴ SOUSA, Luís Filipe Pires de – Prova testemunhal, pp. 80, 85-90, 92-97, 113, 115, 127-132.

probatório. Importa saber-se quem é e quais são os critérios para que uma pessoa se enquadre como testemunha, isto é, como sujeito testemunhal, quais são as formas por meio das quais esse sujeito pode expressar declarações, que tipo de influências essas formas recebem ou não de outros participantes (policiais, partes, advogados, juízes, membros do MP, jurados, terceiros, auxiliares do juízo, etc.), quais são as formas por meio das quais o resultado das declarações é integrado ao processo, e quais são os critérios de valoração (credibilidade) do material à luz de paradigmas jurídico-processuais de verdade.

Os objetivos almejados com o presente trabalho exigem uma abordagem epistêmica diferenciada, porque não estamos a estudar o valor probatório de declarações prestadas pelo arguido de forma livre e consciente⁴¹⁵, ou de declarações de ofendidos, assistentes, partes civis⁴¹⁶, peritos⁴¹⁷. E como o estudo é produzido por uma perspectiva de direito comparado, um dos pontos cruciais está – mais ou menos como costuma fazer o TEDH, ao enfrentar dificuldades de divergências entre ordenamentos jurídicos – em superar nomenclaturas e em encontrar pontos de convergência entre elas.

Conceitos como investigado, suspeito, *suspect* (em inglês ou em francês), indiciado, *indicted*, *defendant*, *mis en cause*, *mis en examen*, *inculpado*, *inculpé*, *imputato*, *prevenu*, arguido, réu, acusado, guardam valores semânticos⁴¹⁸ que demandam, para o direito comparado e para os objetivos do presente estudo, uma compreensão que vá além da mera tradução⁴¹⁹, por vezes imprecisa, imprópria ou virtualmente impossível. Por isso, optamos por

⁴¹⁵ JESUS, Francisco Marcolino de – Os meios de obtenção de prova em processo penal, p. 156

⁴¹⁶ Idem, p. 158.

⁴¹⁷ OLIVEIRA, Vallisney de Souza – Audiência, instrução e julgamento. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 131. Sobre o enquadramento do perito como participante processual em prova pessoal de natureza declarativa, vide MARIA DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ COULON, op. cit., p. 310.

⁴¹⁸ Como aponta VITOR DE PAULA RAMOS, “a língua, assim como qualquer outro sistema de símbolos, parte de hábitos coletivos, ou mesmo de convenções”, e “as palavras, frases, textos, ou qualquer outro sistema de símbolos (braile, libras, código Q, etc.) não possuem, portanto, sentidos meramente objetivos, que pudessem dispensar atos de interpretação” (op. cit., pp. 236-237).

⁴¹⁹ Nesse sentido, NOAM CHOMSKY (Novos horizontes no estudo da linguagem e da mente. São Paulo. Ed. UNESP, 2002, pp. 48 e 56-57) observa que “ao investigar o uso da linguagem, descobrimos que palavras são interpretadas em termos de fatores tais como constituição material, forma, uso característico e intencionado, papel institucional, e assim por diante”, mas também que “o fato de algo ser descrito como uma escrivãzinha, em vez de como uma mesa ou como uma cama depende das intenções do designer e da maneira como nós e outros o usamos – ou temos a intenção de usá-lo – dentro de outros fatores”. E com maior complexidade e aprofundamento: “Mesmo as noções mais elementares, tais como coisa nomeável, envolvem de modo decisivo noções intrincadas como a de agência humana. Aquilo que tomamos como objetos, a maneira como nos referimos a eles e os descrevemos, e o conjunto de propriedades com o qual os investimos dependem do lugar que ocupam na matriz das ações, dos interesses e das intenções humanas, em aspectos que estão bem fora da extensão potencial da pesquisa naturalística. Os termos de linguagens também podem indicar posições em sistemas de crenças, o que enriquece as perspectivas que esses termos produzem para que o mundo seja descrito, ainda que de maneiras inadequadas para os fins da pesquisa naturalística”.

expor a problemática do *to be witness against oneself* a partir da perspectiva semântica⁴²⁰ da 5ª Emenda à Constituição dos EUA, identificando propriedades que a fazem presente a favor da pessoa formalmente implicada *in a criminal case* (réu, arguido, *indicted*) e reposicionando-a, em benefício da mesma pessoa, quando a atividade declaracional é projetada para fora do quadro da imputação formal. Para esse propósito, examinaremos primeiro uma concepção subjetiva geral a respeito da situação jurídica que confere (ou deve conferir) a todos indivíduos, dentro de ordenamentos jurídicos que adotam o *privilege against self-incrimination*, uma estrutura garantística de proteção especial. Depois, examinaremos estrutura dos depoimentos em geral por um ângulo que facilite a análise da incidência dessa mesma estrutura garantística fora do quadro da incriminação formal.

4.1.2 O suspeito e a suspeita.

O destinatário da proteção assegurada pelo *nemo tenetur* não deve ser o réu, o arguido, *l'imputato*, mas o suspeito (*sospetto, suspect, sospechoso*)⁴²¹. É o termo utilizado tanto pelo senso comum quanto pelo direito processual em geral para designar a pessoa sobre a qual recai algum tipo de impressão ou de desconfiança de se tratar do autor de uma infração penal. Vão variar de acordo com o direito positivo vigente os requisitos formais e probatórios para a adequada assimilação da suspeita pelo aparato de persecução penal, isto é, a categorização dos elementos necessários para que a suspeita passe a ser juridicamente qualificada para fins processuais penais. Variarão também os títulos, nomenclaturas e estatutos que a pessoa vai adquirindo ao longo do incremento dessa mesma suspeita, depois de instaurada uma persecução penal formal⁴²². Assim, pode ser dada por universal (ou pelo menos, como válida em todos os países formados sob a estrutura de um estado de direito contemporâneo) a observação de FABRICE DEFFERARD, segundo a qual “dès l’instant où une infraction peut lui et rattachée d’une façon quelconque, la presonne quitte la situation de citoyen ordinaire por se voir immédiatement revêue la qualité de suspect”⁴²³, definição que por vezes é incorporada formalmente ao direito positivo⁴²⁴.

⁴²⁰ Algo como o que foi definido por GUADALUPE REINOSO, com base em GENARO R. CARRIÓ, como “una metodología lingüístico-filosófica que otorgue herramientas eficaces que colaboren en la resolución de los desacuerdos interpretativos en el derecho o, como mínimo, que puedan rastrear su origen” (pp. 315-316).

⁴²¹ Sobre os títulos e gradações do suspeito no direito francês, vide FABRICE DEFFERRARD, op. cit., pp. 26-31.

⁴²² VALETTE, Vanessa – Op. cit., pp. 7 e 9.

⁴²³ Op. cit., p. 32.

⁴²⁴ O art. 1º, letra “e”, do CPP português, traz uma definição de suspeito: “toda a pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar”.

A suspeita pode surgir no curso das relações sociais normais, ou no curso de alguma atividade estatal, seja ou não voltada para fins preponderantemente investigativos. A suspeita puramente social costuma ser enfrentada pela disponibilização de procedimentos de comunicação a autoridades com poderes de investigação criminal (notícia-crime, *dénonciation*)⁴²⁵, e a suspeita estatal pode ocasionar por si só, com maior ou menor acabamento, maior ou menor intrusão, a deflagração de atos de persecução penal⁴²⁶.

Aos ônus individuais causados pela situação de suspeita opõe-se a garantia da presunção de inocência, assegurada, v.g., no art. 32º, nº2, da CRP, ou no art. 5º, LVII, da CF/88. A simples suspeita não deve afetar o estado de inocência, e são exigidas corroborações probatórias progressivamente vez mais intensas, na medida em que as atividades investigatórias pretendam avançar sobre direitos fundamentais do indivíduo até derrotá-lo através de uma condenação criminal transitada em julgado. À presunção de inocência, atrela-se muito diretamente a proteção à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III; CRP, art. 1º)⁴²⁷.

Uma vez que se reconhece que o direito à não autoincriminação se relaciona com a dignidade da pessoa humana e com a presunção de inocência, é forçoso reconhecer-se que no exato momento que qualquer autoridade estatal com poder de inquirição toma conhecimento da suspeita, suas atitudes comunicacionais com o suspeito devem ser limitadas, restringidas, pela observância da garantia contra a não autoincriminação involuntária, devendo cessar qualquer tipo de questionamento tendente a fazer o suspeito revelar involuntariamente, em termos confessorios, sua própria responsabilidade penal. Também deve ser assegurada ao suspeito a plenitude do direito de defesa, garantindo-se o quanto antes o assessoramento por advogado, por tratar-se de algo necessário para zelar por seu direito de liberdade e por sua presunção de inocência.

⁴²⁵ JESUS, Francisco Marcolino de – op. cit., p. 67; VALETTE, Vanessa – La personne mise en cause en matière pénale, p. 27.

⁴²⁶ De acordo com o art. 40 do CPP brasileiro, por exemplo, “quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”. De acordo com o art. 244 do CPP brasileiro, “a busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”. Também o art. 40 do CPP francês prevê: “Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs”.

⁴²⁷ Gachi, Kaltoum – op. cit., p. 46; SARMENTO, Daniel – Dignidade da pessoa humana, p. 129; AMARAL, Maria Lúcia - O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional portuguesa, p. 956.

Por maneiras diversas, a densificação da suspeita resulta na prática de atos formais de imputação criminal, que vão paulatinamente mitigando a presunção de inocência (permitindo que, dentro de um juízo de proporcionalidade, medidas invasivas a direitos fundamentais do suspeito vão sendo tomadas) e agregando mais fortes garantias de defesa. As nomenclaturas variam de país para país (v.g., *mis en examen* na França, *arguido* em Portugal, *indicted* nos EUA). Os estatutos e posições processuais, no entanto, não são rigorosamente idênticos. É comum na doutrina e na jurisprudência brasileira utilizar-se a expressão portuguesa *arguido* como sinônimo de *réu* ou de *investigado* (vide, por exemplo, ADPF 444/DF), como nós mesmos o fizemos várias vezes, a propósito, ao longo deste trabalho, mas tecnicamente, só vira *réu* no processo penal brasileiro o *investigado*⁴²⁸ contra o qual o Ministério Público oferece denúncia, e somente a partir do momento em que ela é recebida por decisão do Poder Judiciário (CPP, arts. 395 e 399; Lei nº 8.038/90, arts. 6º e 7º). O CPP português de 1929, também conhecia a nomenclatura de *réu*, usada naquele diploma como um sinônimo de *arguido* (v.g., arts. 22, 23 e 95º, §2º, e em especial, art. 125º, caput, em contraste com o texto de apresentação da Seção III). No atual CPP de Portugal, a constituição de *arguido* se dá não somente quando da dedução de acusação (arts. 57º e 283º, nº 1), mas bastante usualmente, antes dela (art. 58º). No processo penal francês, a nomenclatura *mise en examen* evoluiu a partir de *inculpé*⁴²⁹, e a expressão mais abrangente *mise en cause*, mencionada no art. 11, e prevista inclusive no texto do art. 113-3 do CPP (que versa sobre a figura da *témoin assisté*), não se confunde nem exatamente com a de *suspect*, nem com a de *mise en examen*⁴³⁰ - esta última, de acordo com o que prevê o art. 80-1 do CPP, a mais parecida com a noção de *arguido*, posto que concernente à pessoa contra a qual o juiz de instrução encontra “indices graves ou concordants” de autoria ou participação em um crime (com a importante ressalva de que “le juge d’instruction ne peut procéder à la mise en examen de la personne que s’il estime ne pas pouvoir recourir à la procédure de témoin assisté”). Mesmo assim, há diferenças profundas – a começar, porque é um ato do juiz de instrução (não da autoridade policial, nem do MP), que se desenvolve na fase de instrução (aberta por requerimento do MP, cf. arts. 79 e 80), não durante a fase de inquérito (arts. 75 a 78). De toda a forma, no essencial, tem-se que na França, pessoas contra as quais existam “indices graves et concordants” de autoria ou participação no crime não poderão ser ouvidas como testemunhas, “mais seulement comme personne mise en examen et par voie

⁴²⁸ Ou sujeito passivo da investigação, como apresentado por AURY LOPES JR. (Investigação Preliminar, p. 273), ao destacar inclusive “a aberração de alguém ser acusado antes de ser formalmente imputado”.

⁴²⁹ DEFFERRARD, Fabrice – op. cit., p. 27; NAGOUAS-GUÉRIN, Marie-Cécile, op. cit., p. 98, nota 1.

⁴³⁰ VALETTE, Vanessa – op. cit., pp. 7-10.

d'interrogatoire”, conforme art. 105 do CPP⁴³¹, ato que atribuiria ao suspeito a qualidade de parte, que não seria atribuída à *témoin assisté*⁴³²

Importa identificarmos no presente trabalho o momento e as circunstâncias dentro das quais a suspeita se intensifica através de uma interação testemunhal capaz de suscitar uma precaução constitucional (seja por efeito de garantias processuais, seja por afirmação de direitos fundamentais mais substanciais) contra o problema da autoincriminação em um caso penal. Algo mais ou menos na linha do que avaliou o TEDH no caso **Brusco vs. França** é necessário para identificar-se, em quaisquer interações entre agentes do Estado e pessoas interrogadas fora de uma inculpação mais formal, mecanismos de validação da garantia do *nemo tenetur se ipsum accusare*.

4.1.3 Sobre a gradação da suspeita e os diversos estatutos dos suspeitos.

Em Portugal, o suspeito só adquire a genuína condição de sujeito processual quando é constituído como arguido⁴³³, isto é, quando a suspeita se densifica dentro de um procedimento formal de investigação penal e é de alguma maneira ou afirmada pela autoridade (arts. 57, 58º, nº 1, e 59º, nº 1), ou reconhecida pelo próprio indivíduo (art. 59º, nº 2). No Brasil, sequer há no processo penal um ato absolutamente correspondente à constituição de arguido, que densifique formalmente os direitos do suspeito. Há a figura do *indiciado*, que a doutrina tradicional define meramente como a pessoa investigada em inquérito policial⁴³⁴, e para quem a doutrina mais moderna tenta outorgar uma espécie de estatuto diferenciado⁴³⁵. Na verdade, o ato de indiciamento só está previsto formalmente na Lei nº 12.830/13 – diploma curto, que visa antes dar garantias funcionais mínimas a delegados de polícia que tratar de atos processuais penais – como um ato fundamentado de análise técnico-jurídica sobre autoria e materialidade do fato investigado (art. 2º, §6º)⁴³⁶. O indiciado não tem nem mais, nem menos garantias ou

⁴³¹ BOULOC, Bernard – op. cit., p. 657.

⁴³² CAPDEPON, Yannic – op. cit., pp. 245-246.

⁴³³ DIAS, Jorge de Figueiredo – Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal, in Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal, p. 26.

⁴³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – Processo Penal, Vol. 1, p. 247.

⁴³⁵ LOPES JR., Aury – Sistemas de investigação preliminar no processo penal, pp. 295-313; VALE, Ionilton Pereira do, e SANTOS, Teodoro Silva – op. cit., p. 67.

⁴³⁶ Não somos tão otimistas quanto AURY LOPES JR. no tocante às inovações trazidas por essa lei no tocante a garantias dos investigados. Poderá efetivamente afastar o indiciamento “em situações, por exemplo, em que o fato é atípico, ou quando já operou a prescrição” (Direito Processual Penal, pp. 169-172), mas são situações em que o risco de atingimento material à liberdade do investigado seria dado por praticamente inexistente, independentemente do pronunciamento do delegado de polícia em um ou em outro sentido. Tem mais valia, em situações tais, uma proteção *civil* da presunção de inocência enquanto dimensão dos direitos de personalidade,

prerrogativas processuais que o suspeito não indiciado⁴³⁷. A falta de previsão legal de atos correspondentes aos da constituição de arguido faz com que seja comum, no Brasil, ouvir pessoas suspeitas na qualidade de meras testemunhas⁴³⁸, prática que tem sido particularmente recorrente perante as comissões parlamentares de inquérito⁴³⁹, apesar de advir precisamente disso, em especial, a rica jurisprudência do STF a respeito do *privilege against self-incrimination* em favor de experiências depoimentais testemunhais⁴⁴⁰. Se analisarmos isso por uma perspectiva mais restrita, como bem observado por NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, “a ausência de prévia delimitação de sujeito a ser escutado (suspeito, testemunha, por exemplo) corrói o *nemo tenetur*”, pois o suspeito comparece e depõe se quiser, e a testemunha se submete formalmente aos deveres de comparecimento e de declaração⁴⁴¹.

Na França, existe a figura da *témoin assisté*, faltante em Portugal, como observa criticamente a doutrina⁴⁴², sendo capaz de promover uma melhor proteção ao suspeito que depõe como testemunha. Com efeito, um requerimento de constituição de arguido pode produzir estigmatização e desconfiças diversas que desafiam, por si mesmas, a proteção que deve ser concedida pelo *privilege*, em sua conexão com a presunção de inocência e com a dignidade da pessoa humana⁴⁴³. Parte da doutrina francesa diferencia os *suspects potentiels*, que seriam aquelas pessoas contra quem os investigadores ainda não dispõem de indícios,

semelhante à existente no art. 9-1 do Código Civil francês, já atingível, contudo, através da cláusula mais aberta do art. 12 do Código Civil brasileiro.

⁴³⁷ NEREU JOSÉ GIACOMOLLI aponta, como efeitos do indiciamento: (a) definição provisória de competência através da remessa do inquérito ao Poder Judiciário; (b) potencialização da intervenção estatal com medidas cautelares reais ou pessoais; (c) afastamento do funcionário público do cargo até que exista autorização judicial para retornar às atividades, nos termos do art. 17-D da Lei nº 12.683/12; d) lançamento do nome do indiciado em sistemas de segurança pública, nos termos do art. 23 do CPP (A fase preliminar do processo penal, pp. 122-123). Sem querer aprofundar o assunto, pode-se argumentar: (a) a remessa do inquérito policial pode ser feita sem indiciamento, com os mesmos efeitos sobre a competência judicial (CPP, art. 10, §3º); (b) a determinação de medidas cautelares não depende de indiciamento; (c) na ADI nº 4911/DF (j. 23/11/2020), o STF julgou inconstitucional o art. 17-D da Lei nº 12.683/12 (dispositivo que se restringia, ademais, aos crimes de branqueamento de capital), por violação aos princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade; (d) na era da informatização dos processos e procedimentos, a instauração do inquérito policial produz, por si só, efeitos análogos aos do art. 23 do CPP, pois também sujeita a registro em banco de dados de semelhante natureza.

⁴³⁸ LOPES JR., Aury – op. cit., p. 272.

⁴³⁹ Aponta com precisão LUCIANO FELDENS: “A experiência prática já revelou não ser incomum convocar ou intimar o indivíduo para prestar depoimentos – em procedimentos extrapenais, inclusive – na condição de testemunha, quando, em verdade, sua condição, à vista do fato em apuração, é a de investigado, real ou potencial (lembremos, a propósito, das massacrantes inquirições praticadas em CPIs)” (op. cit., p. 92).

⁴⁴⁰ VALE, Ionilton Pereira do, e SANTOS, Teodoro Silva – op. cit., pp. 237-241.

⁴⁴¹ A fase preliminar do processo penal, p. 92.

⁴⁴² SILVA, Germano Marques – op. cit., pp. 306-307.

⁴⁴³ A experiência brasileira com as comissões parlamentares de inquérito dá mostras suficientes, primeiro, de que o zelo pelo direito à não autoincriminação está longe de ser a principal prioridade de parte das autoridades que conduzem inquirições (mesmo quando parlamentares), e segundo, que mesmo a tutela assegurada pelos habeas corpus preventivos não consegue impedir algum tipo de exploração negativa, principalmente pela imprensa, do exercício do direito ao silêncio.

apenas conjecturas, dos *suspects officieux*, contra os quais existiria ao menos um indício, sendo que uma reunião de indícios é que caracterizaria a suspeita preconizada no art. 60, alínea 4, do CPP⁴⁴⁴. Não obstante, a testemunha tem o direito expresso, em Portugal, de ser acompanhada por advogado ao prestar depoimento, desde 2007, conforme previsão do art. 132º, nº 4, do CPP⁴⁴⁵.

4.1.4 O estatuto do arguido em Portugal e o *nemo tenetur*.

Compreende-se por estatuto do arguido o conjunto de direitos e deveres que a pessoa assume nessa qualidade, enquanto sujeito processual⁴⁴⁶, na qual se ela se investe, à primeira vista, a partir da constituição de arguido. A assunção da qualidade de arguido é ela mesma uma garantia, e o estatuto processual do arguido é orientado pelos vetores fundamentais do direito de defesa, do princípio da presunção de inocência (até o trânsito em julgado da sentença condenatória) e pelo princípio do respeito pelas suas decisões de vontade (abrangendo o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova)⁴⁴⁷.

A constituição de arguido torna-se obrigatória a partir do momento em que um suspeito, ouvido dentro de um inquérito, é convocado a prestar declarações perante autoridade policial ou judiciária, ou quando é submetido a alguma medida de detenção (CPP, art. 58º, nº 1, letras “a” e “c”). A partir desse momento, ele teria inequívoco direito ao silêncio e ao patrocínio de advogado (CPP, arts. 60º e 61º, nº 1, letras “e” e “f”)⁴⁴⁸. Existem apontamentos doutrinários, no entanto, que reconhecem que o *nemo tenetur* preexiste à formal constituição de arguido, e que na verdade deveria obstar qualquer inquirição antes dessa constituição formal⁴⁴⁹. Não obstante, a força normativa do preceito é por vezes quebrada quando surge uma abertura jurisprudencial para interações comunicacionais investigativas prévias entre um policial e um suspeito. Por essa linha, vão surgir compreensões que reduzem a proteção assegurada pelo *privilege*, como no caso em que o Tribunal da Relação de Lisboa afirmou que

⁴⁴⁴ MABANGA, Ghislain M. – La témoin assisté devant la Cour pénale internationale, pp. 97-98.

⁴⁴⁵ MENDES, Paulo de Sousa – Lições de Direito Processual Penal, p. 125.

⁴⁴⁶ SILVA, Germano Marques – Op. cit., p. 312; ANTUNES, Maria João – op. cit., p. 37; MENDES, Paulo de Sousa – op. cit., pp. 125-126.

⁴⁴⁷ JOÃO, MARIA JOÃO – op. cit., pp. 39 e 43.

⁴⁴⁸ Dentro regime contraordenacional, coloca-nos TIAGO LOPES DE AZEVEDO que existiria uma distinção “óbvia” entre o arguido e a testemunha, sendo esta última, exclusivamente, aquela pessoa sobre a qual “não recaem suspeitas sobre a prática de ilícito contraordenacional, tendo unicamente conhecimento de determinados fatos que podem contribuir para a descoberta da verdade processual”. Nesse regime jurídico, a constituição de arguido surge “como uma consequência prévia tácita à notificação deste sujeito processual para o exercício do direito de audiência e defesa, nos termos do art. 50º” (Lições de Direito das Contraordenações, pp. 193-194).

⁴⁴⁹ PAULO SOUSA MENDES, op. cit., p. 124.

“o simples cidadão ou cidadão suspeito não goza do direito ao silêncio”, “as forças policiais não estão proibidas de falar com os cidadãos que podem vir a ser constituídos arguidos ou com os suspeitos” e “por isso a proibição de ‘conversas informais’ só deve abranger afirmações posteriores à constituição de arguido e nunca antes da sua constituição pois aí nem existem propriamente ‘conversas informais’, mas sim afirmações de um cidadão, que pode ser suspeito ou nem isso”, disso tirando a conclusão de que “na distinção a fazer entre as figuras de ‘suspeito’ e ‘arguido’ [,] este goza de direitos, aquele é testemunha, [sendo que] o arguido goza do direito ao silêncio, o suspeito não” (Processo nº 320/14.7GCMTJ.L1-9, rel. FILIPA COSTA LOURENÇO, j. 22/06/2017). Há precedentes mais modernos, no entanto, que adotam uma visão mais ampla e progressista, como o aresto do Tribunal da Relação do Porto que apontou que “não podem valer como prova afirmações do arguido prestadas em ‘conversas informais’ com um agente policial, seja tal conversa posterior ou anterior à sua constituição como arguido”, e que “as razões substanciais que levam à irrelevância como prova de declarações informais de arguido prestadas depois da sua constituição como tal são as mesmas que deverão levar a essa irrelevância quando tais declarações são prestadas antes dessa constituição” (Processo nº 182/22.2GCVFR.P1, rel. PEDRO VAZ PATO, j. 07/02/2024). Vê-se então que a jurisprudência portuguesa começa paulatinamente a reconhecer a extensão (ou retroatividade) do estatuto do arguido para situações de suspeita anteriores à constituição formal, e fica claro, de toda a maneira, que a consolidação de uma situação de suspeita conduzida a algum tipo de imputação formal implica na garantia do direito ao silêncio e à assistência por advogado, disso resultando uma proibição de prova da utilização de declarações (mesmo “informais”) que são prestadas, sem essas salvaguardas, em interações comunicacionais com autoridades públicas, incluindo qualquer tipo de diálogo com autoridades policiais⁴⁵⁰.

4.1.5 O estatuto da *témoin assisté* no direito francês.

A figura da *témoin assisté* apareceu no direito processual penal francês em razão de preocupações relacionadas com formação de uma matriz acusatória para o processo, com a presunção de inocência e com direitos de defesa, sob forte influência da jurisprudência do TEDH⁴⁵¹. A partir dessa compreensão, a doutrina francesa denomina de “testemunha real” ou

⁴⁵⁰ Como sinaliza MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, “a polícia/OPC não pode ver a verdade material como valor supremo, contrariamente à dignidade da pessoa humana, à sua integridade, à sua liberdade de pensar, de conhecer, de decidir e de agir sem qualquer coação, interpelação, provocação” (Teoria geral do direito policial, p. 289).

⁴⁵¹ SCHENIQUE, Laurie – op. cit., pp. 154-155; GUINCHARD, Serge, e BUISSON, Jacques – op. cit., p. 1145.

ordinária apenas aquela que não ostenta contra si nenhum tipo de suspeita⁴⁵². Com efeito, o art. 113-1 do CPP estabelece que toda a pessoa apresentada ao juiz de instrução como suspeita através do requisitório ministerial (arts. 51 e 80) deve ser ouvida como *témoin assisté*, figura que foi introduzida pela Lei n° 87-1062, de 30/12/1987⁴⁵³ (muito embora algumas referências puramente doutrinárias remontem a 1978)⁴⁵⁴ e incrementada em leis posteriores, nomeadamente a Lei n° 2000-516, de 15/6/2000⁴⁵⁵. Enquanto o suspeito preservar essa qualidade, não poderá ser submetido à *mise en accusation* prevista no art. 181 do CPP, não podendo ser conduzido a julgamento, nem submetido a medidas cautelares como detenção provisória ou monitoramento eletrônico (art. 113-5)⁴⁵⁶. São expressamente assegurados à *témoin assisté* - que se trata de um suspeito⁴⁵⁷ - o direito ao silêncio (113-4), o direito de não prestar juramento (art. 113-7) e o direito de assistência por advogado (art. 113-3)⁴⁵⁸.

A *témoin assisté*, que formalmente não é parte⁴⁵⁹, pode tanto ser *mise en examen* pelo juiz de instrução, quando aparecerem indícios graves ou concordantes contra ela (art. 113-8), quanto requerer ela própria que seja *mise en examen* (art. 113-6). Por outro lado, pode ser reconduzida à posição de testemunha ordinária, caso os indícios se dissipem, muito embora a prática demonstre que uma *témoin assisté* tem “vocaçãõ” para ser *mise en examen*⁴⁶⁰. Trata-se de um estatuto que resulta da séria preocupação duplamente provocada pela chamada a depoimento de quem tem em seu desfavor a suspeita da prática delitiva. Sem essa proteção, poderia ser submetido a prejulgamentos atentatórios à presunção de inocência quando precocemente *inculpé* (ou *mis en examen*, na terminologia atual)⁴⁶¹, ou privado de direitos de defesa, por outro lado, se relegado à inculpação tardia⁴⁶².

⁴⁵² Idem ibidem.

⁴⁵³ DEFFERRARD, Fabrice – op. cit., p. 38

⁴⁵⁴ PRISQUES, Pierre Dubois, *apud* MABANGA, Ghislain M., op. cit., p. 21.

⁴⁵⁵ BULOC, Bernard – *Procédure Pénale*, 2014, p. 32.

⁴⁵⁶ Idem, p. 40.

⁴⁵⁷ MABANGA, Ghislain M. - op. cit., p. 41; DEFFERRARD, Fabrice – op. cit., p. 41.

⁴⁵⁸ CAPDEPON, Yannic – op. cit., p. 254.

⁴⁵⁹ Idem, p. 245-246. Não obstante, o autor atribui à *témoin assisté* características de uma “partie potentielle”, “quasi-partie” (pp. 255-256).

⁴⁶⁰ DEFFERRARD, Fabrice – op. cit., p. 41.

⁴⁶¹ SCHENIQUE, Laurie – op. cit., p. 246.

⁴⁶² FRISON-ROCHE, Marie-Anne – *Généralités sur le principe du contradictoire*, pp. 44-47.

4.1.6 A introdução jurisprudencial da *témoin assisté* pelo Tribunal Penal Internacional.

A Corte Penal Internacional construiu a figura da *témoin assisté* através da decisão oral de 28/1/2009, no caso Lubanga^{463 464}, por aplicação analógica do art. 55-2 do Estatuto de Roma, que garante aos suspeitos o direito a advogado⁴⁶⁵. Desde então, as testemunhas suscetíveis de autoincriminação deveriam ser notificadas por intermédio de advogado, em uma língua que compreenda, a respeito da garantia do *nemo tenetur*⁴⁶⁶, por exigência da garantia ao processo equitativo. Questão interessante que se põe é que o Tribunal Penal Internacional reconheceu a concentração plural, em um único indivíduo, das qualidades simultâneas de vítima, testemunha e suspeito. Não há nenhuma incompatibilidade entre as posições de vítima e de suspeito, como ocorre, por exemplo, com duas pessoas que se agridem mutuamente (sem entrar-se no mérito de quem poderia ter eventualmente agido em legítima defesa)⁴⁶⁷.

O suspeito-testemunha (vítima ou não) pode ser assistido por um advogado de sua escolha ou por um advogado designado pelo tribunal⁴⁶⁸. Pela tese maximalista, o papel desse advogado é amplo, envolvendo inclusive questões concernentes ao direito de asilo. Pela tese minimalista, o papel do advogado se restringe à consultoria em matéria de autoincriminação, não podendo apresentar medidas de proteção, e nem mesmo participar da audiência⁴⁶⁹.

O direito de não autoincriminação da *témoin assisté* perante o Tribunal Penal Internacional é limitado, não englobando um direito ao silêncio absoluto⁴⁷⁰. Pode a testemunha ser obrigada a depor na fase de julgamento (ou do *procès*, posterior à *enquête*), se lhe forem

⁴⁶³ MABANGA, Ghislain M. – op. cit., pp. 17-19. Processo nº ICC-01/04-01/06.

⁴⁶⁴ Thomas Lubanga Dyilo, ex-senhor da guerra congolês, foi condenado a quatorze anos de prisão, em 10/7/2012, por seu envolvimento no recrutamento de crianças-soldado (<https://brasil.un.org/pt-br/60043-tribunal-penal-internacional-sentencia-ex-senhor-da-guerra-congol%C3%AAs-14-anos-de-pris%C3%A3o>, acesso em 7/4/2024).

⁴⁶⁵ Idem, p. 159.

⁴⁶⁶ Em sede doutrinária, anos antes, MOHAMMED AYAT já apontara a irradiação provinda do art. 55, reconhecendo o problema de que “il y a parfois un moment où la personne prise dans le filet d’une investigation se trouve entre le statut d’un simple témoin et celui de suspect” (op. cit., p. 272).

⁴⁶⁷ DEFFERRARD, Fabrice – op., cit., p. 43.

⁴⁶⁸ MABANGA, Ghislain M. – op. cit., p. 402

⁴⁶⁹ Idem, pp. 410-411.

⁴⁷⁰ Idem, p. 424.

concedidas pelo tribunal as garantias da confidencialidade e do não uso ulterior, contra ela própria, das declarações prestadas⁴⁷¹ (algo semelhantes às *immunities* do direito estadunidense).

A base estatutária utilizada pelo Tribunal Penal Internacional para a construção ora exposta centra-se, primeiro, no art. 64, n° 6, letra “f”, do Estatuto de Roma, que estabelece que “no desempenho das suas funções, antes ou no decurso de um julgamento, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, se necessário, decidir sobre qualquer outra questão pertinente”, e depois, no art. 55, n° 2, segundo o qual “sempre que existam motivos para crer que uma pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal e que deve ser interrogada pelo Procurador ou pelas autoridades nacionais, em virtude de um pedido feito em conformidade com o disposto na Parte IX do presente Estatuto, essa pessoa será informada, antes do interrogatório, de que goza ainda dos seguintes direitos: a) A ser informada antes de ser interrogada de que existem indícios de que cometeu um crime da competência do Tribunal; b) A guardar silêncio, sem que tal seja tido em consideração para efeitos de determinação da sua culpa ou inocência; c) A ser assistida por um advogado da sua escolha ou, se não o tiver, a solicitar que lhe seja designado um defensor dativo, em todas as situações em que o interesse da justiça assim o exija e sem qualquer encargo se não possuir meios suficientes para lhe pagar; e d) A ser interrogada na presença do seu advogado, a menos que tenha renunciado voluntariamente ao direito de ser assistida por um advogado”.

4.2 Esboço de uma estruturação epistemológico-jurídica da experiência depoimental.

4.2.1 O entrevistador.

O encarregado de formular perguntas é apresentado aqui como o entrevistador. Interessa-nos aqui exclusivamente o entrevistador qualificado pela lei processual, isto é, o sujeito autorizado a se dirigir ao depoente para lhe requisitar questionamentos, fazendo-lhe perguntas.

No processo judicial, todo entrevistador qualificado exerce uma autoridade inquisitória, pois ou se tratará da própria autoridade (juiz, representante do Ministério Público), ou de alguém que atua em função ou sob o respaldo dessa mesma autoridade (advogado). No quadro da interação policial, sempre se tratará de uma autoridade publicamente reconhecida

⁴⁷¹ Idem, p. 426. No mesmo sentido: AMBOS, Kai - The Right of Non-Self-Incrimination of Witnesses Before the ICC, p. 172-173.

como a expressão da força legítima do Estado, dotada de poderes formais (v.g., a detenção a que fazem referência o art. 27º, nº 3, da CRP, e o art. 257º, nº 2, do CPP português) e de meios materiais (armas, algemas) necessários para eventualmente retirar, ainda que em caráter temporário, a liberdade do entrevistado.

Difere-se aqui o entrevistador do mero intérprete, enquanto intermediário absolutamente neutro e posicionalmente passivo. Evidentemente não teremos oportunidade de explorar mais a fundo no presente trabalho o problema da neutralidade absoluta do intérprete puro, no que se relaciona com aspectos como compreensão, tradução e com a lógica da linguística como um todo⁴⁷². Não se pode ignorar, contudo, a existência de figuras que não são, nem por mera definição, intérpretes com propensão absolutamente estéril dentro da dinâmica comunicacional, como é o caso dos auxiliares do juízo que interferem no depoimento especial de crianças e de adolescentes, dos quais a metodologia depoimental exige um papel dinâmico e relativamente ativo⁴⁷³. Esses agentes acabam funcionando como entrevistadores secundários, pelo menos, ou como integrantes de um entrevistador colegiado, complexo e multifacetado. De toda a forma, deve ser posto de forma bastante clara que absolutamente todas as restrições incidentes sobre o papel do “entrevistador principal”, por assim dizer, são extensivas (e com ainda mais ênfase) aos seus auxiliares, que não poderão, de sobremaneira, influenciar negativamente, de maneira indireta, sobre o ato comunicacional do entrevistado (v.g., usando traduções de duplo sentido que possam levar a uma autoincriminação indesejada; usando técnicas de abordagem psicológica que induzem quem não tem um dever de verdade a acreditar que é obrigado a revelá-la; etc.).

⁴⁷² Um intérprete predisposto a atuar de forma absolutamente neutra e passiva, em atividades como aquelas previstas nos arts. 193 e 223 do CPP brasileiro ou 58º, nº 6, e 92º, nº 2, do CPP português, acabará tendo de decidir sozinho e de plano, sobre o significado de determinadas palavras e expressões em um e em outro idioma. Ele traduziria *indicted* do inglês para *indiciado*, no idioma português, com o sentido processual penal brasileiro, ou para *arguido*, no sentido processual penal português? Só essa escolha já quebraria a ideia de passividade absoluta do ato – e mais ainda, uma explanação caudalosa que porventura quisesse dar o intérprete sobre a escolha de um ou de outro caminho, por assim interferir, na dinâmica do ato declaracional, como fonte relativamente autônoma de informações.

⁴⁷³ No Brasil, o art. 12, V, da Lei nº 13.431/17 é expressa ao indicar que “o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente”. Sobre a necessidade dos operadores do direito receberem algum tipo de formação a respeito das capacidades e dos limites depoimentais de crianças enquanto vítimas ou testemunhas de crimes, vide CYR, Mirelle – *Recueillir la parole de l’enfant témoin ou victime*, pp. 187-188.

4.2.2 O entrevistado ou depoente.

O processo judicial é orientado pela busca da verdade, conceito que comporta uma amplitude que transborda para muito além das pretensões do presente estudo⁴⁷⁴, mas uma máxima medieval reforçada por BENTHAM e ainda presente no senso comum é a de que o criminoso é a pessoa que melhor conhece as circunstâncias do crime que ele cometeu (por vezes, a única que efetivamente as conhece). E para além dos fatos criminosos, o senso comum costuma também apontar (nesse caso, de uma forma um tanto heurística⁴⁷⁵) que as pessoas conhecem melhor que ninguém todas as suas próprias experiências existenciais⁴⁷⁶, e que podem sempre, ou quase sempre, repassá-las fidedignamente através do testemunho. Nesse contexto, o entrevistado será então a pessoa – qualquer pessoa, dos mais variados perfis psicológicos e comunicacionais⁴⁷⁷ - a quem o entrevistador se dirige em busca do conteúdo informacional desejado, que no processo penal, costuma ser relacionado com autoria e materialidade de um crime, ou às vezes, com circunstâncias periféricas sobre o fato criminoso, sobre a vítima ou sobre o agente que praticou o delito. Poderá então o entrevistado se tratar ou do próprio agente, ou de alguém suspeito de ser o agente, ou de alguém direta ou indiretamente ofendido pela conduta criminosa, ou finalmente de um terceiro (interessado ou não) que detém uma informação. No sentido comunicacional mais amplo (que é o sentido epistemológico, e que no

⁴⁷⁴ Dentre outras obras que tratam do assunto, vide: CONDE, Francisco Muñoz – *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*; TARUFFO, Michele – *Simplemente la verdad*; QUEIROZ, Cristina – *A verdade e as formas jurídicas*. In *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, pp. 921-951.

⁴⁷⁵ Como expõe LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, “as heurísticas são regras cognitivas que, inconscientemente, o ser humano aplica ao processar informação que recebe do exterior e que permitem reduzir a operações de raciocínio mais simples tarefas complexas de atribuir probabilidade e predizer valores” (op. cit., p. 187). Não obstante, citando CAIO POIARES, o autor traz uma lista ou grelha cujo escopo estaria em enumerar quarenta itens para averiguar a credibilidade de declarações de arguidos, vítimas e testemunhas, e indica critérios jurisprudenciais como “forma escorreita e sincera como depõem” ou “pouca firmeza, insegurança e vagueza” para avaliações supostamente objetivas da veracidade dos conteúdos depoimentais (idem, pp. 374-379).

⁴⁷⁶ Como breve aproximação a uma perspectiva de “verdade real” ou “substancial” que vai além da ideia mais “ingênuas” normalmente afirmada por processualistas: “Le réel s’oppose ainsi, em um sens, à l’imaginaire, qui pourtant en fait partie, aspect irremplaçable de ce que nous avons nommé les ‘réels provisoires’. L’opposition radicale n’a lieu en effet que sur le plan de la connaissance objective, que est celui de la science. Il faut donc dire que la notion de réalité, dans son acception complete, est une notion composite, que chacun se construit autour d’un noyau dur, actuellement perçu et vécu à travers les illusions de nos sens et nos fictions imaginaires, et auquel la science tente de donner une représentation dégagée des illusions et universelle. Cependant, ni la connaissance que celle-ci elabore ne doit être posée comme éliminant ce qui est actuellement vécu, ni ce qui est actuellement vécu ne peut récuser le savior de la science, au motif qu’il est fondé d’abord sur des constructions virtuelles. C’est finalement une vision trop unilatérale du réel que sous-tend un empirisme trop radical: le réel serait alors essentiellement réduit à l’actuel dans sa composante sensible; mais aussi un réalisme intransigeant des idées; le réel se réduirait aux notions par le moyen desquelles on le représente – virtuellement” (GRANGER, Gilles-Gaston – *Le probable, le possible et le virtuel*, pp. 235-236). Mesmo TARUFFO, um genuíno entusiasta da busca da verdade através do processo, aponta que “a menudo el jurista extrae a partir del sentido común alguna forma de realismo naif y sobre ella fundamenta la hipótesis de que en el proceso se pueden obtener conocimientos verdaderos” (*La prueba de los hechos*, p. 57).

⁴⁷⁷ MAIA, António João – *Técnicas de entrevista e interrogatório em investigação criminal*, pp 126-128.

contexto até aqui discutido, corresponde ao da 5ª Emenda à Constituição dos EUA), qualquer depoente será testemunha (*witness*), se tiver, na visão do entrevistador, algo de útil a responder. Serão as garantias e regras processuais que formatarão e restringirão a figura da testemunha. A essa restrição corresponde o conceito de *testemunha em sentido material ou natural* ou *témoin réel*, empregados por SANDRA OLIVEIRA E SILVA⁴⁷⁸ e por SERGE GUINCHARD/JACQUES BUISSON⁴⁷⁹.

Como já visto, é tranquilamente aceito pelo Tribunal Penal Internacional o duplo estatuto de vítima e testemunha⁴⁸⁰. Já em Portugal, o ofendido⁴⁸¹ pode constituir-se como assistente da acusação (art. 68º, nº 1, letra “a”), atuando como colaborador do MP, a favor da pretensão punitiva (art. 69), ou como parte civil, intervindo do processo para o objetivo específico de obter uma indenização civil (art. 71º)⁴⁸². Nesses casos, são desprovidos do figurino da testemunha, mas ainda assim podem prestar declarações no processo (art. 145º, nº 1, do CPP), se sujeitando ao dever de verdade (nº 2), contudo sem prestarem juramento (nº 4). Depondo sob dever de verdade⁴⁸³, torna-se um tanto quanto cerimonial e ritualístico o juramento (e da mesma maneira, por uma perspectiva inversa, a dispensa dele), e a distinção torna-se ainda mais afeta a um preciosismo discutível quando se considera que o regime geral

⁴⁷⁸ “Pessoas que, independentemente dos papéis processuais formais assumidos, tenham adquirido percepção dos factos em investigação através do seu aparelho sensorial (a visão, a audição, o tacto) e estejam em condições (mnésicas) de recuperar e transmitir em juízo conhecimentos com significado para a verificação do tema probatório”. A proteção de testemunhas no processo penal. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007, p. 22.

⁴⁷⁹ GUINCHARD, Serge, e BUISSON, Jacques – op. cit., pp. 573 e 1226.

⁴⁸⁰ De forma universal, põe-se que “la práctica del interrogatorio como testigo de quien em el proceso actúa em la calidad de denunciante y víctima, sobre todo cuando se trate de delitos relativos a la libertad sexual, suscitará facilmente delicados problemas de limites, difíciles de manejar, cuya concreción práctica solo puede quedar encomendada a la prudência del investigador judicial ey del juzgador, que deberán modular las iniciativas y las resistencias de las partes em el juego del contradictorio” (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés – Principio de presunción de inocencia y principio de victimización: una convivencia imposible. Revista do Ministério Público, nº 160, out/dez 2019, p. 76).

⁴⁸¹ Figura que não se confunde necessariamente com a da vítima ou lesado, dado que o conceito do art. 68º, nº 1, letra “a”, é mais restrito que o do art. 67º-A (PEREIRA, Filipa – O papel da vítima no processo penal português, pp. 20-27); (PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – Estatuto do lesado no processo penal. In *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, 2001, pp. 695-6 e 699-96).

⁴⁸² Algo que pode ser bastante problemático em certos contextos processuais avaliados por JEFFRY J. MORA SÁNCHEZ, como os resultantes de “movimientos sociales de alto impacto como #MeToo o #YoTeCreo, que parten del reconocimiento in limine de versiones de las victimas”, quando “en el proceso penal (...) solo se debe[ría] considerar víctima a la persona que es afectada, directa o indirectamente, por un delito, por lo que, si no se corrobora la existencia deste último, la condición de víctima desaparece” (Victimologia y poder, p. 546).

⁴⁸³ O tensionamento entre dever de verdade e dignidade da pessoa humana acaba por ser bem sintetizado no contraste feito por LUIGI FERRAJOLI entre os meios e fins nos sistemas processuais: “il primato del fine di una verità massima nel processo inquisitorio, quale che sia il mezzo per raggiungerla; il primato dei mezzi nel processo accusatorio, in quanto garanzie di una verità minima ma il più possibile certa” (op. cit., p. 628). Observação interessante, e ainda mais ampla, é feita também por KAI AMBOS: “If the nemo tenetur principle principle is understood in a comprehensive way as protecting the human dignity, it may be argued that it reaches well beyond the mere protection from criminal prosecution and extends to any harmful social consequence of an incriminating statement” (The Right of Non-Self-Incrimination of Witnesses Before the ICC, p. 162).

aplicável a esses depoimentos é justamente o da prova testemunhal (nº 3)⁴⁸⁴. Na França, a vítima dispõe de um estatuto especial⁴⁸⁵, mas depõe como testemunha, como regra, se não se constituir como parte civil⁴⁸⁶. Também o perito pode ser chamado a prestar declarações orais em juízo, (CPP português, arts. 158º, nº 1, letra “a”, 289º e 350º; CPP brasileiro, art. 400, caput e §2º), sem fazê-lo na qualidade de testemunha⁴⁸⁷.

Independentemente dessas particularidades, todos esses participantes, enquanto sujeitos da atividade epistêmica (para tomarmos a definição de TARUFFO⁴⁸⁸), são *entrevistados*, tornam-se *depoentes* e expressam um *depoimento*, o que aqui vem compreendido como a declaração oral, produzida e admitida enquanto ato processual, de cujo conteúdo emanam dados informacionais dos quais retira-se alguma correspondência, de maior ou menor intensidade e amplitude, com valores processuais de natureza probatória.

4.2.3 O arrolamento e a convocação.

Questão importante acerca da projeção do *nemo tenetur* sobre não arguidos é a concernente às razões e limites do chamamento de alguém, suspeito ou não, para prestar depoimentos que serão juridicamente utilizados para fins probatórios ou informacionais. Ou um ato de autoridade pública está ele mesmo na iniciativa de provocar o chamamento a depor, ou um ato de um particular é introduzido no procedimento de alguma forma que leva a autoridade pública a proceder a tal convocação. *Arrolamento/rol/arrolar* são os termos classicamente empregados no direito processual para definir o ato da parte (ou de algum terceiro com status de sujeito processual) de indicar testemunhas para, sob posterior determinação de uma autoridade, serem ouvidas no processo (v.g., art. 401, caput, do CPP brasileiro; art. 361, III, do CPP brasileiro; arts. 79º ou 283º, nº 3, letra “e”, do CPP português; art. 495º, nº 2, do CPC português). Além do arrolamento, a menção de novos nomes por uma testemunha durante sua oitiva também pode trazer implicações semelhantes às denominadas *testemunhas de*

⁴⁸⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA ainda aponta que “a parte civil só fica impedida de depor como testemunha relativamente aos arguidos a que os fatos geradores da responsabilidade civil respeitam”. Op cit., v. II, p. 205.

⁴⁸⁵ GUINCHARD, Serge, e BUISSON, Jacques – op. cit., pp. 573 e 791.

⁴⁸⁶ Conselho Constitucional, Decisão nº 2023-1072 QPC, de 1º/12/2023; GUINCHARD, Serge, e BUISSON, Jacques, op. cit., p. 1226; DESPREZ, François – op. cit., p. 173.

⁴⁸⁷ Na Espanha existe a figura híbrida da testemunha-perito, que possui conhecimentos próprios de testemunha e especialidades técnicas correspondentes a de um perito, sendo chamado a depor pela primeira qualidade, sem ser nomeado para participar do processo pela posição especial concernente à segunda (COULON, María de los Ángeles González Coulon – El testimonio como pueba: una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial. pp. 300-305).

⁴⁸⁸ Simplemente la verdade: El juez y la construcción de los hechos, p. 192.

referência⁴⁸⁹, servindo como um começo de intervenção ou de atração dessas pessoas, por discreta que seja, para a órbita do processo. O CPP português proíbe que um arguido seja indicado por outro como testemunha (art. 133º, nº 1), o que a jurisprudência tem entendido valer também para as situações em que alguém, “*sendo arguido em processo contra-ordenacional conexo, se vê chamado a depor como testemunha em sede de um processo de natureza criminal*”⁴⁹⁰. A própria nomenclatura empregada na 6ª Emenda à Constituição dos EUA (“*compulsory process*”) já dá a entender que em algumas ocasiões, certas pessoas terão direito subjetivo processual de exigir que outras sejam chamadas em juízo a depor, contra a vontade das últimas. O contraste surgirá quando se opuserem pretensões processuais (no sentido mais amplo da expressão) a favor e contra a tomada de depoimentos. E é inegável que de um ponto em diante, as dimensões constitucionais do *privilege against self incrimination* justificarão algum tipo de insurgência contra o próprio arrolamento, apesar da tensão só começar a se aproximar mais perto do núcleo duro da garantia quando houver algum ato oficial de convocação (intimação/*subpoena*), impondo um comparecimento obrigatório a quem teria direito a não ser testemunha contra si mesmo. A convocação, aqui compreendida por todas as suas dimensões possíveis (notificação/intimação/*subpoena*) é o ato de autoridade que torna obrigatório o comparecimento do depoente, sob determinadas consequências jurídicas (no limite, privação da liberdade).

Não resta dúvida que em determinadas circunstâncias, a mera imposição forçada de comparecimento (condução coercitiva, principalmente) funcionará como forte mecanismo de compulsão, podendo tornar eufemísticas para um leigo, em termos psicológicos, as enunciações posteriores de um direito ao silêncio. Acertada, portanto, a posição adotada pelo STF brasileiro na ADPF nº 444/DF, no tocante ao reconhecimento da inconstitucionalidade de ordens judiciais dirigidas a um suspeito para que compareça perante determinadas autoridades com poder de tomar seu depoimento. Por nossa compreensão, o mesmo raciocínio se aplica a qualquer suspeito, em qualquer condição, para qualquer tipo de ato processual de natureza depoimental (independentemente de se tratar de processo civil ou penal) onde possa estar concretamente em jogo sua liberdade de declaração, ou mais precisamente, seu direito de não se autoincriminar. Por uma interpretação e aplicação rigorosa do *nemo tenetur* em sua dimensão de direito fundamental, descabe a condução coercitiva de uma testemunha-suspeita (mesmo que

⁴⁸⁹ SILVA, Germano Marques da – Curso de Processo Penal, Vol. 2, p. 222.

⁴⁹⁰ TRL, Processo nº 4910/08.9TDLSB.L1-3-1ªPARTE, rel. MARGARIDA RAMOS DE ALMEIDA, j. 16/10/2019).

acompanhada de seu advogado) para um ato de investigação policial, para um ato de instrução judicial (à maneira do direito francês), ou mesmo para um julgamento, quando ficar clara a preponderância do objetivo de extrair-se dela informações autoincriminatórias, *salvo se* for possível garantir-lhe algum tipo de imunidade (à maneira do direito norte-americano), e ao mesmo tempo parecer de menor periculosidade o risco concreto a ser produzido pelo fenômeno “*the cat is out of the bag*”⁴⁹¹. Seria bastante problemática, da mesma maneira, a subversão de poderes, prerrogativas e deveres existentes no processo civil, no tocante a comparecimento e esclarecimento⁴⁹² (CPC português, arts. 7º, nº 3, e 417º, nºs 1e 2; CPC brasileiro, arts. 139, VIII, e 378), se o produto dessa atividade fosse utilizada para fins criminais (quer paralelamente, quer em momento posterior)⁴⁹³, se não fossem desde logo garantidas todas as necessárias salvaguardas contra a autoincriminação e seus efeitos⁴⁹⁴ - sendo bastante feliz a ressalva expressa, no art. 379, caput, do CPC brasileiro, à preservação, no tocante a comparecimento e esclarecimento, do direito de não produzir prova contra si mesmo⁴⁹⁵.

4.2.4 As perguntas.

As perguntas são as fórmulas comunicacionais que o entrevistador utiliza para buscar a informação junto ao depoente. Dentro os diversos sistemas de distribuição das atividades entre uma autoridade-vértice e as partes ou sujeitos ativos e passivos de uma investigação ou de uma relação processual penal⁴⁹⁶, teríamos (a) um modelo inquisitivo puro,

⁴⁹¹ Para uma problematização a doutrina portuguesa, mas em sentido inverso (a confissão derivada de provas ilicitamente obtidas), vide MORÃO, Helena – Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessoriais – o Acórdão nº 198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento “*the cat is out of the bag*”, pp. 719-726.

⁴⁹² AMARAL, Paulo Osternack – Prova por declaração de parte, pp. 94 e 97-100.

⁴⁹³ Como bem assinala LUCIANO FELDENS, “não raramente correm em paralelo, envolvendo os mesmos fatos e réus, ações penais e civis dotadas de conteúdo sancionador (v.g., de improbidade administrativa)” (op. cit., p. 110).

⁴⁹⁴ Sob o ângulo do Direito Tributário, questiona SANDRA OLIVEIRA E SILVA até que ponto certos deveres de colaboração com autoridades administrativas, de informação e de entrega de documentos não se configurariam como formas de coação exteriores ao processo penal, capazes de resultarem em provas autoincriminatórias livremente valoráveis (*Nemo tenetur se ipsum accusare* e deveres de colaboração em matéria tributária, p. 89).

⁴⁹⁵ No CPC português, a ressalva é trazida no art. 417º, nº 3, com menção mais aberta e genérica à preservação da integridade física ou moral das pessoas (letra “a”).

⁴⁹⁶ A doutrina portuguesa nega recorrentemente a qualidade de parte ao Ministério Público, porque “sua atitude no processo não é a de interessado na acusação”, e porque “não pode nem deve tomar partido por uma determinada opção de entre as legalmente possíveis senão em função exclusiva dos factos provados e da lei que lhes é aplicável” (SILVA, Germano Marques – Curso de Processo Penal, vol. I, pp.256 e 258; DIAS, Jorge de Figueiredo – Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal, p. 25; ANTUNES, Maria João – Direito Processual Penal, p. 35). Não obstante, diz-se que lhe incumbe “a representação do Estado, apresentando-se como a sua ‘longa manus’ na garantia do seu ‘ius imperii’ da aplicação da lei em todo o seu território nacional e em nome do povo” (ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de – Medidas cautelares e de polícia do processo penal em direito comparado, p. 20). Em artigo escrito em francês, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS fez questão de realçar que “le MP doit toujours se comporter (...) non pas en partie d’accusation” (La protection des droits de l’homme dans la procédure

no qual apenas a autoridade-vértice (juiz) se dirige aos depoentes; (b) um modelo adversarial puro, em que apenas os sujeitos ativos e passivos podem se dirigir aos depoentes, com variações com e sem *cross-examination*, isto é, com ou sem perguntas e reperguntas cruzadas, e (c) modelos mistos nos quais a autoridade-vértice (juiz) pergunta primeiro ou depois. Nos modelos de entrevista acusatórios e submetidos ao princípio do contraditório, em que se concede a palavra, para perguntas e reperguntas, aos participantes ativos e passivos da relação processual (gozem ou não da qualidade de parte), ainda surgiriam variações entre os questionamentos diretos (sem intermediação da autoridade-vértice), em uma ou mais rodadas⁴⁹⁷ ou indiretos (o entrevistador se dirigiria ao depoente por intermédio do juiz, não diretamente⁴⁹⁸). Sob a perspectiva do entrevistado, quanto mais puramente inquisitorial for a entrevista, menos chance existirá do mecanismo do *privilege* funcionar automaticamente dentro da inquirição, posto que nesses modelos, a tendência histórica sempre foi a de colocar no entrevistador o papel de extrair a verdade da mente do depoente, vencendo todas as resistências que ele possa opor⁴⁹⁹. Por outro lado, quando maior for o empoderamento do agente responsável pela defesa técnica do entrevistado, menos chance existirá de surgir alguma informação autoincriminatória indesejada pelo depoente. Quando o entrevistado se tratar de um sujeito genuinamente desinteressado, a reserva da autoridade-vértice a um papel regente das perguntas das partes garante um resultado mais equilibrado pela perspectiva acusatória, sendo desejável, no entanto, reservar-lhe a possibilidade de demandar, por conta própria, esclarecimentos complementares⁵⁰⁰.

A estrutura da formulação das perguntas pode cair em diversas das categorias denominadas pela lei portuguesa como *métodos proibidos de prova* (CPP, art. 126º), por

penale portugaise, in Rapport du groupe national portugais de L´A.I.D.P. Lisboa, 1980). A doutrina francesa, por outro lado, não nega a qualidade de parte (“principale et nécessaire au procès penal”) ao Ministério Público (BOULOC, Bernard – *Procédure pénale*, p. 154). No Brasil, predomina um entendimento dentro do qual o Ministério público no processo penal é parte, e parte interessada”, o que não significa que “no processo acusatório, o fato de atribuir-se às partes um papel proeminente na argumentação e na produção das proas não significa que se tenha abandonado a aspiração de obter uma sentença justa”, e nessa linha, que “o Ministério Público não possa se convencer da inocência do acusado e acabe por pedir sua absolvição” (BADARÓ, Gustavo Henrique – *Ônus da prova no processo penal*, pp. 219-221).

⁴⁹⁷ Um sistema de *cross-examination* em duas rodadas é previsto no art. 348º, nº 4, do CPP português.

⁴⁹⁸ Sistemática em vigor, v.g., no processo civil italiano, de acordo com o art. 253, nº 2 (BARBAGALLO, Isidoro – *La prova testimoniale*, pp.263-264).

⁴⁹⁹ Por isso, é extremamente difícil conciliar-se os inquirições unilaterais pela polícia, sem existir sequer a assistência passiva de um advogado que observa o ato, como resultantes em elementos probatórios compatíveis com o *privilege against self-incrimination* e com qualquer emanação de garantias como o *due process of law*, o processo equitativo, a ampla defesa, os *droits de la défense* ou fórmulas dessas mesmas linhas, seja qual for o arranjo concreto, em matéria de direito positivo, a propiciar uma coordenação entre as garantias constitucionais e as regras processuais penais.

⁵⁰⁰ Essência da sistemática prevista no art. 212, parágrafo único, do CPP brasileiro, ou do art. 348º, nº 5, do CPP português.

ofenderem a integridade moral das pessoas. Com efeito, a formulação das perguntas pode ser feita de algum modo capaz de causar perturbação, ou de atingir a capacidade de memória ou de avaliação do depoente (alínea “a”), pode enunciar algum tipo de ameaça (alínea “d”) ou oferecer alguma promessa de vantagem (alínea “e”).

A problemática já bastante assentada na doutrina portuguesa quanto a que “a *presunção de inocência, como corolário dogmático do inviolável princípio da dignidade da pessoa humana, preconiza e apela a que o processo penal seja justo, cujo conteúdo não se prenda com um tratamento privilegiado da confissão como meio de prova*”, a autorizar a dedução de que “o *arguido, em um processo caracterizado com a máxima acusatoriedade, não pode ser concebido como um objeto do processo, como ‘coisa’, não sendo alguma vez meio formal de prova*”, realçada pela percepção de um “*sistema jurídico constitucional [a determinar certa] concepção de ser humano e de dignidade*”⁵⁰¹, deve ser expandida para qualquer atividade depoimental de índole processual e probatória. Com efeito, qualquer pergunta que um indivíduo formula a outro com propósitos probatórios tangencia ou adentra no problemas afetos a direitos fundamentais como a intimidade⁵⁰² e a dignidade da pessoa humana, e o nível de ingerência vai progressivamente se aproximando do núcleo, quanto mais aumenta o grau de autoridade de quem pergunta, de compulsão na extração da resposta, e de desvantagem, ou de demérito, ou de autoagressão/autoincriminação por parte de quem responde.

CLAUS ROXIN aponta que o *nemo tenetur* deve propiciar salvaguardas nos casos de justiça penal negociada, impedindo pressões e promessas de vantagens inadmissíveis que sejam capazes de abalar a capacidade decisória de quem recebe esse tipo de investida

⁵⁰¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Processo Penal, Tomo I, p. 168.

⁵⁰² Ainda que não se discorde integralmente de DUARTE RODRIGUES NUNES, quanto à colocação de que “os fatos criminosos (...) não gozam da tutela da intimidade/privacidade”, discordamos que isso se deva preponderantemente ao “fato de a prática de um crime não atingir apenas a vítima, mas também a sociedade no seu todo”, e colocamos em outro quadrante (proporcionalidade/ponderação) a questão de “ser abusivo que alguém invoque o seu direito à privacidade quanto à prática de fatos criminosos” (Revistas e buscas no Código de Processo Penal, pp. 19-20). Entendemos que não existe um segredo substancial compreendido na prática de um crime que permita projeções diversas para além do círculo interno da intimidade do agente (sua memória, seus conhecimentos), não se podendo falar, portanto, de um poder geral de obstrução que o autor do crime pudesse levantar contra depoimentos de terceiros em geral que revelassem publicamente (ou apenas no âmbito de algum processo em segredo de justiça) o crime que ele praticou. Isso não se aplica, no entanto, aos conhecimentos privados e pessoais do próprio autor do crime, quando ele se preserva firme na intenção de guardá-los apenas para si mesmo, sem revelar nada a absolutamente ninguém (nem mesmo em conversas telefônicas, por exemplo), algo que nos parece indiscutivelmente adstrito à proteção nuclear do direito à intimidade. Da mesma maneira, pode ser ou não ser abusivo extrair-se esse tipo de informação a partir de uma interceptação telefônica, por exemplo, a depender dos meios empregados, dos meios alternativos disponíveis e dos fins almejados (teste de proporcionalidade pela tripla perspectiva), mas será invariavelmente atentatório ao núcleo duro do direito à intimidade obrigar um suspeito a confessar seu crime, ou enganá-lo propositalmente, de forma calculada, para que ele faça uma confissão indesejada.

estatal⁵⁰³, e observa também que o desenvolvimento mais moderno do direito processual está caracterizado por um aumento progressivo da posição de sujeito da testemunha, que possui direito a proteger sua integridade física e sua personalidade. Radica nisso, de acordo com o Tribunal Constitucional⁵⁰⁴, o direito da testemunha trazer consigo, para a proteção da sua personalidade, um *assistente jurídico* (advogado) que a acompanhe durante seu interrogatório, responsável por salvaguardar seus direitos processuais, inclusive, em algumas situações, o direito de negar-se a declarar como testemunha⁵⁰⁵. Afinal, são as *perguntas* que atingem os direitos de um depoente que são resguardados pelo *privilege against self-incrimination*. Nos casos mais extremos (avançando-se aqui para as pertinentes críticas de MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE contra sistemáticas como a do *Patriot Act* norte-americano⁵⁰⁶), podem existir casos-limite de *perguntas* permeadas por atos de violência física (atingindo não mais “apenas” a integridade moral do entrevistado, mas sua integridade física, como em tempos medievais), como teria acontecido nos graves episódios de Abu Ghraib⁵⁰⁷.

Mesmo que não entremeadas por atos de violência física ou mais contundentemente atentatórias contra a integridade moral, poderão existir também modalidades mais leves de perguntas viciadas e inapropriadas, como as sugestivas, ou indutivas, que dão pistas de uma resposta especificamente desejada, que assumem a verdade de um fato controvertido, que colocam palavras na boca do entrevistado⁵⁰⁸, ou ainda as capciosas, destinadas a enganar o depoente⁵⁰⁹. Perguntas impertinentes, vexatórias, capciosas ou irrelevantes devem a rigor ser excluídas do questionário (CPC brasileiro, art. 459, §2º; CPP

⁵⁰³ Derecho Procesal Penal, p. 190.

⁵⁰⁴ BVerfGE 38, 105, apud ROXIN, Claus, op. cit., p. 345.

⁵⁰⁵ Idem ibidem. Algo com muitos pontos em comum com o estatuto da *témoin assisté* do direito francês.

⁵⁰⁶ Op. cit., p.168.

⁵⁰⁷ Existe pelo menos um caso ajuizado em torno dos problemas da prisão de Abu Ghraib: *Al Shimari v. CACI Premier Technology, Inc.*, No. 15-1831 (4th Cir. 2016), ainda em curso. No relatório de decisão prolatada pelo 4º Circuito em 21/10/2016, consta a seguinte menção: "The plaintiffs alleged in their complaint that CACI interrogators entered into a conspiracy with low-ranking military police officials to commit abusive acts on the plaintiffs, in order to 'soften up' the detainees so that they would be more responsive during later interrogations. The plaintiffs further alleged that they were victims of a wide range of mistreatment, including being beaten, choked, 'subjected to electric shocks,' 'repeatedly shot in the head with a taser gun,' 'forcibly subjected to sexual acts,' subjected to sensory deprivation, placed in stress positions for extended periods of time, deprived of food, water, and sleep, threatened with unleashed dogs and death, and forced to wear women's underwear". Em *Hamdan vs. Rumsfeld* [548 U.S. 557 (2006)] a Suprema Corte dos EUA enfatizou que o Estado "is bound to comply with the Rule of Law that prevails in this jurisdiction" ao julgar criminalmente indivíduos presos em Guantânamo, e no geral, acusados pelos atentados terroristas de 11/9/2001 (vide, a respeito, TERESA ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales*, pp. 53-54 e nota 140).

⁵⁰⁸ PINTER, Rafael – As perguntas proibidas no processo civil e penal, p. 26.

⁵⁰⁹ Idem, p. 39

português, art. 138º, nº2)⁵¹⁰, e todo o contexto do interrogatório deve ser devidamente registrado, na íntegra (gravado através de meios audiovisuais), para que os excessos de linguagem do entrevistador⁵¹¹ possam ser depois resgatados e avaliados. Quanto mais adversarial for a dinâmica depoimental, mais capaz de dirimir os conflitos será a autoridade-vértice⁵¹², mas é possível contra-argumentar que o antagonismo extremado entre acusação e defesa também poderá elevar a tensão depoimental, a tornar mais intensas as perguntas dirigidas aos depoentes. A gravação integral do depoimento permite que se compreenda a integralidade de seu contexto.

Um sistema que se preza pelo *nemo tenetur* deve assegurar a todo o depoente, em qualquer circunstância, o direito de não responder perguntas diretamente autoincriminatórias (CPP português, art. 132º, nº 2)⁵¹³. Evidentemente que o problema não é tão simples, e uma cadeia de perguntas anteriores pode conduzir à autoincriminação de uma testemunha até então dada por insuspeita. Cai então a testemunha na armadilha definida por ANTÔNIO ALBERTO MEDINA DE SEIÇA como o “fazer apelo à emergência do perigo”, gerando com isso um “sintoma eloquente de suspeita”⁵¹⁴. Sem um defensor que esteja presente exclusivamente para zelar por seus interesses, uma testemunha que se defrontar com essa situação só poderá contar com a compreensão do MP, do advogado do arguido/autor/réu e do próprio juiz que presidir o ato, pois de outro modo, se produzirá inevitavelmente o efeito de retirar-se “the cat out of the bag” enfrentado pela Suprema Corte dos EUA em *EUA vs. Bayer*, só sendo possível remediar-se o problema através das metodologias relacionadas às regras de exclusão. Um advogado presente, se tiver voz e poder de intervenção negativa (poder de objeção ou de protesto⁵¹⁵), terá como eventualmente interromper uma sequência de perguntas a tempo de impedir preventivamente o dano da autoincriminação indesejada prestes a advir.

As perguntas mais sensíveis à garantia do *nemo tenetur* são aquelas destinadas a fazer o depoente (seja ele um arguido formalmente constituído, uma vítima ou uma testemunha)

⁵¹⁰ BARZOTTO, Luciane Cardoso - Prova testemunhal, p. 80; SILVA, Germano Marques da – Processo Penal, Vol. II, p. 224.

⁵¹¹ Sobre a problematização da forma clássica de transposição, por escrito e por intervenção do juiz, de declarações testemunhais orais, vide BARBAGALLO, Isidoro – Prova testimoniale, pp. 264-266.

⁵¹² Podendo nisso eventualmente influir de forma negativa, a depender das circunstâncias, sob a perspectiva estrita do zelo pela não autoincriminação indesejada, a lógica dos “princípios de investigação”, não explicitamente trazidos no art. 32º, nº 5, da CRP, mas sempre bem assimilados na jurisprudência e na doutrina portuguesa (v.g. ANTUNES, Maria João – Direito Processual Penal, p. 21).

⁵¹³ No sentido de projeção do imperativo da dignidade da pessoa humana e da abrangência de testemunhas e peritos, vide MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre proibições de prova*, pp. 220-221.

⁵¹⁴ O conhecimento probatório do co-arguido., p. 27.

⁵¹⁵ PINTER, Rafael – op. cit., pp. 81-83.

revelar, de forma confessional, declarações desfavoráveis à própria pessoa. A proteção contra a confissão criminal indesejada é o ponto culminante do *privilege agais self incrimination*, e o descaminho gradativo do nível de sinceridade das perguntas – astuciosas/sorradeiras/enganosas/ríspidas/ameaçadoras – faz parte do percurso que leva ao hall de entrada para os meios cruéis e manifestamente degradantes de obtenção de prova (tortura psicológica/tortura física)⁵¹⁶.

Cai no âmbito da sobrevalorização de confissões, dentro de uma visão mais ampliada da questão, a problemática de tentar-se usar um arguido (mesmo que já condenado) como testemunha para a condenação de outro⁵¹⁷, pois parte-se do pressuposto de que alguém admita compulsoriamente a sua culpa para poder, depois disso, falar a respeito da culpa de outrem. Pela mesma perspectiva, entram também as imputações, os elementos probatórios e as consequências punitivas extraídos de acordos criminais diversos (*plea bargain* norte-americano, delação premiada brasileira, acordos de sentença do direito processual penal alemão)⁵¹⁸, nos quais ressurgem a velha lógica da confissão, das pressões estatais para obtê-la, e das punições e expurgos de culpa baseados em prévia autoincriminação⁵¹⁹.

4.2.5 O depoimento.

O depoimento é a verbalização (em sentido literal ou figurado) do conteúdo informacional desejado pelo entrevistador, exposto pelo entrevistado. Costuma ser designado como *testemunho* (*testimone*, *testimonio*) quando atrelado à prova testemunhal, isto é, quando

⁵¹⁶ Segundo GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS, o TEDH teria estabelecido uma espécie de escala baseada no grau de sofrimento imposto à vítima, sendo a tortura o comportamento mais grave e o tratamento degradante o mais leve, com o tratamento desumano na posição intermediária (La prohibición de la tortura, los tratos inhumanos y degradantes desde la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, p. 191).

⁵¹⁷ TC português, Acórdão nº 181/2005, j. 5/4/2005.

⁵¹⁸ Cujos mecanismos de proteção, segundo CLAUS ROXIN e BERND SCHÜNEMANN, “*se asemejan más a una coreografía superficial, que a garantías sustantivas*” (Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Ed. Didot, 2019, p. 191. As reviravoltas jurisprudenciais da Operação Lavajato (amplamente baseada em prisões preventivas sucedidas de confissões e acordos de delação premiada), no Brasil, demandam diversos trabalhos à parte, sendo impossível examiná-las a contento nos limites da presente investigação.

⁵¹⁹ Ainda que se deva dizer, quanto aos acordos de não persecução penal brasileiros, que a exigência de prévia confissão (art. 28-A, caput, do CPP), desde que os mecanismos judiciais de verificação da voluntariedade e do respaldo probatório de corroboração (§4º) não fiquem na mera “coreografia”, funciona muito mais, na verdade, como um mecanismo de reforço operacional em favor da garantia da presunção de inocência (considerada em termos normativos, abstratos, transcendentais do caso concreto), pois evita-se, em tese, que uma torrente punitiva à moda do *plea bargain* dos EUA se dirija contra pessoas que não se consideram culpadas da imputação ministerial veiculada dentro das negociações.

prestado formalmente por uma testemunha⁵²⁰. Não deixam de ser depoimentos as declarações que um indivíduo, sozinho, grava perante uma câmera de vídeo⁵²¹, ou aquelas que ele redige sob forma documental escrita (CPC brasileiro, art. 408), de caráter confessional ou não, que em diversas situações poderão valer como prova em processos judiciais⁵²². Trataremos neste trabalho, no entanto, apenas daqueles resultantes de uma dinâmica comunicacional subjetivamente mais ampla, envolvendo ao menos um entrevistador, perguntas e respostas. O conteúdo desses depoimentos, então, será a reação do entrevistado ou depoente aos estímulos comunicacionais formulados sob a forma de perguntas, e essa reação englobará tanto as respostas propriamente ditas como suas reações corporais e outras formas de manifestação comunicacional.

Influem decisivamente no depoimento não só as perguntas isoladamente consideradas, mas a interligação entre elas, as atitudes e a postura do entrevistador, a interação entre os entrevistadores (se o representante do MP aparenta ser mais inteligente, honesto, conhecedor do caso concreto, que o advogado de defesa, ou vice-versa; a postura do juiz perante o agente de acusação e perante o agente de defesa; etc.), as características (estética, temperatura, etc.) do ambiente onde a entrevista é desenvolvida⁵²³, o horário (diurno, noturno) e o tempo total de duração⁵²⁴.

Para ingressar no processo como prova, o depoimento oral era tradicionalmente convertido à forma escrita, tornando-se prova documentada⁵²⁵. Muito embora muito

⁵²⁰ Testemunho em sentido estrito, como indicado por ISIDORO BARBAGALLO (op. cit., p. 202); por uma perspectiva mais crítica, vide COULON, María de los Ángeles, op. cit., pp. 87-92 e 328-335).

⁵²¹ A figura do entrevistador não é indispensável para a categorização depoimental de determinados atos.

⁵²² Em um sentido bem estrito, destrinchado em razão que predicados jurídico-processuais de quem o presta, o depoimento se traduz em um testemunho, enquanto “declaração de ciência que só pela qualidade do sujeito (testemunha) se distingue do depoimento de parte, pois a testemunha é um terceiro relativamente ao litígio” (BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de - Crime de falso testemunho prestado perante tribunal, p. 47). Por uma perspectiva mais ligada ao processo penal, “el testimonio es la declaración formal de um individuo no sospechado de haber participado penalmente em el delito em cuestion, recibida em el curso del proceso penal” (HAIRABEDIÁN, Maximiliano – Prueba testimonial en el sistema acusatorio y adversarial. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2016, p., 17).

⁵²³ No Brasil, ao tratar dos depoimentos produzidos no âmbito da Lei nº 13.431/17 (crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de crimes), a Resolução nº 299/2019 do CNJ especifica que “deverão ser colhidos em ambiente apropriado em termos de espaço e de mobiliário, dotado de material necessário para a entrevista”. Na doutrina portuguesa, LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA defende que “deverá privilegiar-se um cenário que fomente a concentração, com mesas e cadeiras apropriadas ao tamanho da criança” (op. cit., p. 92).

⁵²⁴ Diversos precedentes da Suprema Corte dos EUA já avaliados adentram no problema. É bastante direto o art. 103º, nº 4, do CPP português, ao assinalar que “o interrogatório do arguido tem a duração máxima de quatro horas, podendo ser retomado, em cada dia, por uma só vez e idêntico prazo máximo, após um intervalo mínimo de sessenta minutos”.

⁵²⁵ Uma vez “reduzida a escrito”, a prova testemunhal torna-se prova documentada. O registro em vídeo do depoimento de uma testemunha também produz prova documentada. (RAMOS, Vitor de Paula – Prova documental, pp.43-44).

frequentemente se ignore ou se tente negar⁵²⁶, essa forma clássica, que o atual CPP português define expressamente como *auto* (art. 99º, nº 1)⁵²⁷, implica na inserção de um outro agente (entrevistador ou terceiro, como um escrivão) que poderá interferir (mesmo involuntária ou inevitavelmente) no teor probatório recolhido⁵²⁸. Não se pode abdicar modernamente, portanto, do registro integral⁵²⁹ do conteúdo depoimental por meios de gravação audiovisual, destinados a “a obter maior fidelidade das informações”, como preconizado no art. 405, §1º, do CPP brasileiro, ou a “assegurar a reprodução integral” das declarações, como consta, v.g., do art. 141º, nº 7, do CPP português⁵³⁰.

4.2.6 O juramento.

Segue em plena atividade, em matéria de processo, à falta de outro mecanismo, o suposto valor agregado que o juramento pretende acrescentar aos depoimentos. Como decidido

⁵²⁶ Notável exceção se aponta em favor da doutrina de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, ao defender o entendimento de que testemunhas deveriam ser reinquiridas no juízo recursal. Muito embora seja hoje discutível a medida (dada a possibilidade de um registro fidedigno do depoimento por meios audiovisuais, capazes de verterem no processo, sem adulteração, todos os sinais comunicativos orais e gestuais/comportamentais), o apontamento doutrinário é integralmente pertinente quando a força depoimental “se perde” na redução à forma escrita.

⁵²⁷ Muito embora a expressão *autos* seja bastante corrente no processo judicial brasileiro (v.g. art. 64, §3º ou 901, do CPC, art. 304 do CPP (dentre centenas de outros casos), não há um conceito legal expresso, como no direito português: “o auto é o instrumento destinado a fazer fé quanto aos termos em que se desenrolaram os actos processuais a cuja documentação a lei obrigar e aos quais tiver assistido quem o redige, bem como a recolher as declarações, requerimentos, promoções e actos decisórios orais que tiverem ocorrido perante aquele”.

⁵²⁸ Por mais bem intencionado que pudesse ser o juiz brasileiro que aplicava o art. 215 do CPP, cingindo-se “tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases”, o risco de perda de conteúdo sempre foi inegável. Idem para o juiz português que, em observância ao art. 100º do CPP, tentasse “velar por que a súmula corresponda ao essencial do que se tiver passado ou das declarações prestadas, podendo para o efeito ditar o conteúdo do auto ou delegar, oficiosamente ou a requerimento, nos participantes processuais ou nos seus representantes”.

⁵²⁹ Referindo-se ao depoimento pessoal no processo civil, mas por uma maneira que deve ser ampliada, *mutatis mutandis*, para qualquer expressão depoimental de índole probatória, ressalta WILLIAM SANTOS FERREIRA: “O conteúdo de um depoimento deve ser integralmente valorado pelo juiz e não apenas verificada a presença ou não de confissões, descartando no mais o material. Este tipo de conduta torna o depoimento pessoal uma busca obtusa exclusivamente da confissão e não permite utilizá-lo como meio de obtenção de informações, indícios que permitirão uma melhor compreensão do conjunto probatório, das circunstâncias e detalhes” (op. cit., p. 635).

⁵³⁰ PENA, Sérgio – A prova por declarações de coarguido colaborador e o direito premial no crime de corrupção, p. 88. Interessante achado é trazido por SANDRINE WALLE ao examinar declarações orais reduzidas a escrito em comissariados de Paris no século XVIII. Diz a autora: “La narration d’un événement par une personne comporte généralement de nombreuses digressions, des oublis et des retours en arrière. Mais ce n’est pas le cas dans nos documents. Le fait le plus marquant est la ressemblance entre toutes ces dépositions, tant au niveau du vocabulaire utilisé que des précisions fournies par les témoins. Il est pourtant communément admis que la description d’une même scène par plusieurs témoins donnera lieu à des versions multiples et diverses. Il est probable que les témoins ont parlé entre eux de l’événement, et cet échange de propos peut se traduire dans les dépositions par l’emploi d’une même expression ou des justifications identiques. Mais cette hypothèse n’explique pas à elle seule la similitude de tous ces témoignages. Le but de notre propos est de tenter de mettre en évidence le fait que commissaires et greffiers se font les interprètes de tous les témoins. Une lecture critique des dépositions montre que l’information représentait une des activités les plus constructives du commissaire et de son clerc, qui remaniaient les déclarations orales des témoins” (Les témoins, devant la justice, pp. 343-344).

pelo Conselho Constitucional francês, “une personne entendue comme témoin par le juge d’instruction est tenue de prêter serment de dire ‘toute la vérité, rien que la vérité’, sauf s’il s’agit d’un mineur de moins de seize ans”, e “l’obligation ainsi faite au témoin de prêter serment devant le juge d’instruction vise à assurer la sincérité de ses déclarations”⁵³¹. Detectores de mentira e soros da verdade, como a generalidade de métodos fisiológicos e neurocientíficos concebidos para medir-se a credibilidade de um depoimento, mostram-se ao mesmo tempo falíveis e atentatórios a direitos fundamentais diversos (por todos, à dignidade da pessoa humana), razão pela qual é comum serem erigidos a meios proibidos de prova (v.g., art. 126º, nº 2, letra “a”, do CPP português). Casos como *Jalloh vs. Alemanha* (TEDH) e *Townsend vs. Sain* (Suprema Corte dos EUA), a propósito, mostram como pode perigoso chegar-se à mente das pessoas (e à suposta verdade dos fatos) através de certas intervenções corporais ofensivas. Por isso, a fórmula medieval do juramento⁵³² segue forte, como um fator ético-moral de sinceridade⁵³³ destinado a construir uma espécie de presunção relativa⁵³⁴ de credibilidade para o depoimento⁵³⁵ e abrir as portas da punição do perjúrio. A matéria não deixa de gerar perplexidades, como quando se observa o regime de dispensa de juramento⁵³⁶, mas com concomitante imposição de dever de verdade, que deriva do art. 145º, nºs 2 e 4, do CPP português. Na França, a recém citada decisão do Conselho Constitucional reforça que “la

⁵³¹ Decisão nº 2023-1072 QPC, de 1º/12/2023.

⁵³² Em estudo a respeito das confissões no século XVIII, SILVIA ALVES aponta o contraste ou dicotomia que, com novas roupagens, segue vivo até os dias atuais. Por um lado, “sendo a defesa de direito natural, ninguém podia ser obrigado a revelar fatos que o expunham à perda da honra, da vida ou dos seus membros”. Por outro lado, a ideia de “fazer justiça e manter a ordem pública” busca a constituição e outorga do “poder de obrigar aqueles que perturbavam essa ordem a prestar homenagem à verdade através do interrogatório sob juramento”, concebido como uma “via superior a todas as leis humanas” capaz de causar medo ao acusado (“Luce Meridiana Clarior”: a teoria da prova no antigo regime, p. 265).

⁵³³ Diz-nos BERNARD MOUFFE: “Le serment est moins utilisé au service de la vérité que de la sincérité; il ne fait qu’améliorer la sincérité du témoignage” (op. cit., p. 411).

⁵³⁴ Diz-nos novamente BERNARD MOUFFE: “Le serment est moins recherché pour les effets réels que ceux présumés de son efficacité” (idem ibidem).

⁵³⁵ Aponta LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA que “os académicos que têm experiência científica na detecção da mentira e da verdade estão de acordo em que não há comportamentos não verbais que estejam presentes em todos os mentirosos e ausentes nas pessoas que dizem a verdade”, e mais ainda, que “o juiz, tal como o cidadão comum, tem frequentemente ideias erradas sobre os indicadores de mentira (v.g., nervosismo, aversão à fixação do olhar), concentrando-se em indicadores subjetivos incorretos”, concluindo, de forma definitiva, que “inexiste um comportamento típico que seja associado incontornavelmente à mentira” (Prova testemunhal, pp. 139 e 433-434). GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ reduz a questão, em termos mais expressos, a uma máxima de experiência: “as pessoas convocadas para depor em juízo normalmente dizem a verdade sobre o que sabem” (Epistemologia judiciária e prova penal, p. 124).

⁵³⁶ Na doutrina italiana, uma interessante e perspicaz construção em torno da qualidade da prova testemunhal é apresentada por ISIDORO BARBAGALLO: A prova testemunhal segue sendo um instrumento de primária importância para a reconstrução processual da verdade, mas por ser produzida através de *declarações representativas*, está permeada pelo *risco de resultar alterada* por fatores de *natureza subjetiva*, dando-se por exemplos: (a) um *interesse direto ou indireto* da testemunha em determinada versão para os fatos; (b) sua *capacidade de percepção e retenção mnemônica*; (c) sua *maturidade intelectual* e seu *senso de responsabilidade* (La prova testimoniale., pp. 205-206).

victime entendue comme témoin devant le juge d’instruction se trouve dans une situation différente de la partie civile”, a indicar que a vítima, como regra cujas exceções só confirmam, é ouvida como testemunha e sob juramento⁵³⁷. O CPC português também contempla a instituição do juramento (art. 459º), tanto quanto o CPP (art. 91º), sendo que em Portugal, o juramento nunca poderá ser prestado perante uma autoridade policial, somente perante uma autoridade judiciária⁵³⁸. No Brasil, a nomenclatura utilizada no art. 203 do CPP (“sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade”) corresponde substancialmente a um juramento⁵³⁹, assim como a utilizada no art. 458 do CPC (“prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado”).

Preserva-se ainda nos dias de hoje um certo caráter ritualístico e cerimonial do processo que foi herdado do passado medieval, a isso pertencendo a ideia (normalmente positivada e convertida em programa de política de administração da justiça) que une a atividade depoimental a um dever de verdade, intermediado por um juramento (ou um compromisso solene com outro nome, mas com o mesmo conteúdo moral), e tutelado por medidas de caráter punitivo, inclusive de ordem penal. Não concordamos sem ressalvas, portanto, com TARUFFO, quando relativiza o impacto do juramento em uma sociedade laica (que não temeria a “cólera divina”) e minimiza o risco de condenação por falso testemunho, dizendo que isso não apresenta uma ameaça real⁵⁴⁰. Reconhecemos, mais proximamente a DESPREZ, o caráter performático do juramento, que constrange o depoente (a testemunha, segundo ele – mas também, dizemos nós, qualquer sujeito que depõe judicialmente abaixo de semelhante premissa ritualística) a uma performance narrativa, influenciada por uma ideia de sujeição e por uma obrigação de verdade que vêm a modular ou modificar a situação e a dimensão do discurso⁵⁴¹. Haverá por certo um recuo relativo, com uma tendência a reduzi-lo à categoria de exigência formal para o atingimento de certos efeitos jurídicos⁵⁴², mas uma exigência ainda apegada a um certo poder estatal de invocar preceitos morais⁵⁴³ (ou inclusive

⁵³⁷ A doutrina francesa sinaliza que “le témoignage mensonger n’est incriminé que si la personne qui s’en rend coupable a déposé sous serment”.

⁵³⁸ SILVA, Germano Marques da – Processo Penal, Vol. II, p. 230.

⁵³⁹ GUILHERME DE SOUZA NUCCI também trata do instituto como um genuíno *juramento*, e o classifica como “formalidade legal que demonstra à pessoa a ser ouvida o dever jurídico que lhe é imosto: dizer a verdade a qualquer custo”. O *juramento* é condicionante para a configuração do crime de falso testemunho, e não se aplica às vítimas, que não podem ser testemunhas na sistemática do processo penal brasileiro (Código de Processo Penal comentado, p. 371).

⁵⁴⁰ Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos, p. 188.

⁵⁴¹ Rituel judiciaire et procès pénal, p. 256.

⁵⁴² Idem, pp. 187 e 190.

⁵⁴³ O CPC português refere-se diretamente à “importância moral do juramento” no art. 459º, §1º.

religiosos⁵⁴⁴, conscientemente ou não, ao considerarmos o fundo histórico) para punir quem mente em juízo ao depor, pelo simples fato de faltar com a verdade (isto é, de forma relativamente independente das consequências mais concretas da mentira). Não serão meramente simbólicos, porém, os efeitos jurídicos que agregam um dever de verdade e uma possibilidade de punição criminal por falso testemunho⁵⁴⁵.

À força do juramento tomado das testemunhas deve ser contraposta a força da informação sobre o direito de não responder perguntas autoincriminatórias⁵⁴⁶, associada à do esclarecimento do direito à assistência técnica⁵⁴⁷. A mesma autoridade que toma juramento tem o dever de informar ao depoente que, em determinadas circunstâncias, ela tem direito de ficar em silêncio. Essas novas injunções atenuam ou neutralizam, no todo ou em parte, a injunção original do dever de verdade, e a depender da reação do depoente desacompanhado, devem levar ao menos à suspensão do depoimento, para só ser retomado quando ele voltar acompanhado de seu defensor. E sempre que surgir uma situação de risco ou perigo de autoincriminação, é dever da autoridade judicial (e também das autoridades ministeriais e policiais) informar ao depoente, acompanhado por advogado ou não, que daquele ponto em diante ele tem direito de não responder ao questionamento que lhe será feito, se não quiser se autoincriminar. Isso deve valer inclusive fora do âmbito estritamente penal, exigindo-se do juiz cível que adote igualmente essa postura. Poderes de presidência e condução da audiência são suficientes para munir o juiz de meios para zelar pelo respeito ao *nemo tenetur* de quem é chamado a depor dentro de um processo civil (CPC brasileiro, arts. 360 e 361, parágrafo único; CPC português, arts. 506º, nºs 2 e 5, e 602º), servindo de base para que a autoridade judicial contraponha ao juramento, quando necessário e oportuno, a informação do direito ao silêncio, à não autoincriminação e ao acompanhamento por advogado.

⁵⁴⁴ A experiência italiana oferece uma interessante constatação sobre a persistência, em tempos modernos, do fundo religioso do juramento. O art. 251 do CPC italiano preconiza que o juiz deve admoestar a testemunha "sulla importanza religiosa e morale del giuramento", e ainda recitar a fórmula: "consapevole della responsabilità che con il giuramento assume davanti a Dio, se credente, e agli uomini, giurate di dire la verità, null'altro che la verità", ao que a testemunha, de pé, deveria responder: "Juro". A Corte Constitucional italiana, por julgados de 10/10/1979 (Sentenza nº 117/1979) e 5/5/1995 (Sentenza nº 149/1995), precisou depurar o dispositivo legal em questão, declarando inconstitucionais as referências a Deus e à religião, bem como à necessidade de a testemunha jurar em pé (cf. BARBAGALLO, Isidoro – Prova testimoniale, pp. 257-260).

⁵⁴⁵ Vide novamente NAGOUAS-GUÉRIN, Marie-Cécile, op. cit., pp. 235-236.

⁵⁴⁶ BELEZA, Thereza Pizarro – op. cit., p. 51.

⁵⁴⁷ TUCCI, Rogério Lauria – op. cit., p., 318.

4.3 Mecanismos de proteção depoimental no Brasil e em Portugal.

4.3.1 O habeas corpus.

O habeas corpus é seguramente o instrumento mais amplo, efetivo e importante, no tocante ao exercício de direitos de defesa, do processo penal brasileiro. Dentro daquilo que se convencionou denominar de *doutrina brasileira do habeas corpus*⁵⁴⁸, o remédio tem imensa fungibilidade, legitimação ativa universal⁵⁴⁹ e pouquíssimas restrições de ordem preclusiva⁵⁵⁰, servindo para um espectro de situações que vão da invalidação de provas⁵⁵¹ à redução de penas⁵⁵², por uso “concomitantemente ao recurso ou mesmo no lugar dele”⁵⁵³, incluindo “casos de quebra de sigilo fiscal e bancário, quando seu destino é o de fazer prova em procedimento penal”⁵⁵⁴, passando pela mera declaração de extinção da punibilidade⁵⁵⁵, contemplando casos de utilização para a alteração ou afastamento da coisa julgada, como sucedâneo da revisão criminal⁵⁵⁶. Usa-se o remédio até para cuidar-se de transgressão e punição disciplinar⁵⁵⁷.

O *habeas corpus preventivo* é o remédio jurídico-constitucional (previsto, mas não disciplinado na Constituição⁵⁵⁸) utilizado, por via de *ação*⁵⁵⁹, para *prevenir* lesões contra

⁵⁴⁸ TORON, Alberto Zacharias – Habeas corpus, pp. 42-43, 51 e 53-54; GRINOVER, Ada Pellegrini et al – Recursos no processo penal, p. 343-345.

⁵⁴⁹ Art. 654, caput, do CPP. Vide NUCCI, Guilherme de Souza – Código de Processo Penal comentado, p. 873.

⁵⁵⁰ Mesmo em casos em que a medida não seria formalmente cabível, o preceito do art. 654, §2º, do CPP, autoriza os juízes a concederem a ordem de habeas corpus de ofício, solução que costuma ser muito frequentemente empregada pelo STJ (v.g., HC nº 371501/PE, j. 27/04/2017: “O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade”) e pelo STF (v.g., Rcl nº 43007/DF, j. 21/02/2022: “A concessão da ordem de habeas corpus de ofício encontra abrigo em reiterados precedentes do Supremo Tribunal Federal que autorizam – e até exigem – a implementação dessa medida quando constatado ato flagrantemente ilegal ou abusivo, inclusive no bojo de ações reclamationárias”).

⁵⁵¹ 2º AgRg na Rcl nº 43007/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 21/2/2022.

⁵⁵² Casos dos dois precedentes do STF e STJ recém citados.

⁵⁵³ TORON, Alberto Zacharias, op. cit., p. 54. Para análise de outras criativas e quase ilimitadas variações sobre o uso do instrumento, verificar outros inúmeros exemplos citados em referida obra.

⁵⁵⁴ LOPES JR, Aury – Direito Processual Penal, p. 1124.

⁵⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique – Ônus da prova no processo penal, pp. 397 e 401.

⁵⁵⁶ STJ, AgRg no HC 841885/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, j. 25/09/2023: “a previsão legal de via específica de impugnação - no caso, a revisão criminal -, não inviabiliza a impetração de habeas corpus na origem para avaliar a legalidade de ato que consubstancia restrição à liberdade de locomoção e que verse unicamente sobre questão de direito, mormente porque o Tribunal de Justiça local é o Órgão competente para a análise do pedido revisional. Tal interpretação (como a do Relator na origem) contraria o art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição da República, segundo o qual ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’, a impor atuação de ofício do Superior Tribunal de Justiça para sanar violação do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição”. Na doutrina, BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., pp. 397 e 399.

⁵⁵⁷ TUCCI, Rogério Lauria – op. cit., p. 356.

⁵⁵⁸ LOPES JR., Aury – op. cit., p. 1135.

⁵⁵⁹ TUCCI, Rogério Lauria – op. cit. P. 354.

quem se acha *sob ameaça de sofrer* algum tipo de coação capaz de, mesmo mediatamente, comprometer sua liberdade de locomoção. No Brasil, tem sido bastante frequente, como já mencionado, o uso de habeas corpus preventivo para assegurar o *privilege against self-crimination* a favor de pessoas convocadas a prestarem depoimentos dentro de comissões parlamentares de inquérito, quando há uma situação de suspeita configurada, e a convocação (normalmente classificando a pessoa intimada como testemunha) não sinaliza previamente o resguardo de condições depoimentais semelhantes às do estatuto do arguido do direito português⁵⁶⁰. Quem maneja esse remédio e obtém o salvo-conduto pode comparecer ao ambiente inquisitivo acompanhado de advogado e expressamente munido de uma proteção judicial previamente reconhecida acerca de seu direito à não autoincriminação, escapando de um dever de verdade autoincriminatória, assim como dos riscos de ser preso por falso testemunho. Fora o habeas corpus preventivo, tem-se também no remédio do *habeas corpus* dito *liberatório*⁵⁶¹ um instrumento processual capaz de fazer funcionar dinamicamente o mecanismo de regras de exclusão probatória, incluído o acionamento do efeito-à-distância⁵⁶². Ataca-se por essa via tanto as provas (originais ou derivadas) obtidas por violação ao *nemo tenetur*, como também, a depender do caso, a persecução penal inteira, desde sua raiz, iniciada contra a pessoa provocada a autoincriminar-se. Prevê-se inclusive a possibilidade da concessão da ordem de ofício, por decisão passível de ser prolatada dentro de outros tipos de ação ou procedimento (CPP, art. 654, §2º)⁵⁶³.

Em Portugal, o instrumento do *habeas corpus* não tem essa abrangência. Compreende o STJ português, reclamos doutrinários à parte⁵⁶⁴, que o habeas corpus “é uma providência extraordinária e expedita, independente do sistema de recursos penais, que se destina exclusivamente a salvaguardar o direito à liberdade”⁵⁶⁵, e “não serve para sindicar a bondade de decisões judiciais transitadas em julgado, nem para iniciar procedimentos visando

⁵⁶⁰ Veja-se que GUILHERME DE SOUZA NUCCI, em sede doutrinária, preocupa-se com o fato de que “até mesmo em Comissões Parlamentares de Inquérito, órgãos tipicamente investigatórios, começa-se a exigir de testemunhas, suspeitas da prática de delitos, depoimentos compromissados com a verdade, o que representa, na prática, exigir-se uma admissão de culpa a qualquer custo” (apud FERREIRA, William Santos – Depoimento pessoal e confissão, p. 633). A preocupação não é exclusiva da doutrina brasileira, nem se dirige apenas contra o parlamento brasileiro. Com efeito, BERNARD MOUFFE aponta que a legislação sobre as “*enquêtes parlementaires*” belgas sofreu reforma em 1996, passando a prever que “tout le témoin qui, en faisant une déclaration conforme à la vérité, pourrait s’exposer à des poursuites pénales, peut refuser de témoigner” (Le droit au mensonge, p. 409).

⁵⁶¹ LOPES JR, Aury – op., cit., p. 1120; GRINOVER, Ada Pellegrini et al – op. cit., p. 347.

⁵⁶² 2º AgRg na Recl nº 43007/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 21/2/2022.

⁵⁶³ Vide acórdão citado na nota anterior. Por uma perspectiva portuguesa, vide MENDES, António Alfredo, op. cit., p. 366.

⁵⁶⁴ MENDES, António Alfredo – Habeas corpus e cidadania, pp. 379 e 396-400.

⁵⁶⁵ STJ, Processo nº 8/09.0PEBGC-A.S1, rel. JORGE GONÇALVES, j.11/04/2024.

a sua revisão pela via de recurso extraordinário”⁵⁶⁶, nem “para que através dela se decida sobre a regularidade de atos do processo, nem constitui um recurso das decisões em que foi determinada a prisão do requerente, nem sequer é um sucedâneo dos recursos admissíveis, como, ainda, não se substitui nem pode substituir-se aos recursos ordinários, estando reservada para os casos indiscutíveis de ilegalidade que impõem e permitem uma decisão tomada com a celeridade legalmente definida”⁵⁶⁷. Nem mesmo para uma discussão mais ordinária em torno de prisões cautelares judicialmente decretadas o habeas corpus é cabível, posto que interpreta-se que “no conceito de prisão ilegal não cabem aquelas situações que correspondam à aplicação dessa medida de coação pelo juiz competente, sem violação grosseira do processo devido, com imputação de factos típicos para que a lei permite a prisão preventiva, mas em que se discuta a suficiência dos indícios ou os juízos cautelares e de necessidade, proporcionalidade e adequação a que a lei manda proceder”, adotando a jurisprudência – e a própria lei, através dos ônus sucumbenciais do art. 223º, nº 6, do CPP⁵⁶⁸ - um evidente viés dissuasório⁵⁶⁹. A jurisprudência do STJ é também refratária à ideia do habeas corpus preventivo à luz da Constituição de 1976, afirmando inclusive que a figura existia perante o texto constitucional de 1911 e restou intencionalmente omitida no texto de 1933 e no atual, sendo então desprovida de base constitucional⁵⁷⁰.

Conclui-se facilmente, apesar da doutrina portuguesa indicar alguma influência brasileira nas origens históricas do *habeas corpus* em Portugal⁵⁷¹, que não há ambiente hermenêutico, no contexto português, para se relacionar amplamente o instituto do habeas corpus à proteção contra a autoincriminação de depoentes não arguidos, mesmo se considerarmos a possibilidade de serem submetidos a detenção (CPP, art. 116º, nº 2).

4.3.2 O acompanhamento por advogado.

O art. 132º, nº 4, do CPP português estabelece que “sempre que deva prestar depoimento, ainda que no decurso de acto vedado ao público, a testemunha pode fazer-se acompanhar de advogado, que a informa, quando entender necessário, dos direitos que lhe assistem, sem intervir na inquirição”, e antes, no nº 2, prevê que “a testemunha não é obrigada

⁵⁶⁶ STJ, Processo nº 2051/13.6JAPRT-H.S1, rel. VASQUES OSÓRIO, j. 01/04/2024.

⁵⁶⁷ STJ, Processo nº 60/22.3SWLSB-B.S1, rel. AGOSTINHO TORRES, j. 07/03/2024.

⁵⁶⁸ “Se o Supremo Tribunal de Justiça julgar a petição de habeas corpus manifestamente infundada, condena o peticionante ao pagamento de uma soma entre 6UC e 30 UC”.

⁵⁶⁹ STJ, Processo nº 56/21.2JAFAR-H.S1, rel. LEONOR FURTADO, j. 15/02/2024.

⁵⁷⁰ STJ, Processo nº 2782/10.2TXPRT-G.S1, rel. NUNO GONÇALVES, j. 16/03/2022.

⁵⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes – op. cit., p. 170.

a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal”. Trata-se de uma modalidade de auxílio técnico bastante próxima daquela concebida pelo Tribunal Penal Internacional, sob inspiração da figura da *témoin assisté* do direito francês. Assemelha-se também ao estatuto da testemunha-suspeita delineado pelo STF brasileiro na segunda decisão monocrática do HC nº 204196/DF. No limite, o advogado presente poderia inclusive exigir a constituição da testemunha como arguido, nos termos do art. 59º, nº 2, do CPP, a depender do rumo que a inquirição começasse a tomar⁵⁷².

Problema maior acontece quando a interação depoimental surge no âmbito do processo civil⁵⁷³, pois entende-se que nem mesmo o arguido poderia invocar o art. 61º, nº1, letra “d”, do CPP, para ficar integralmente em silêncio quando convocado a prestar declarações (como testemunha ou em depoimento de parte) no processo civil, só lhe sendo facultado recorrer ao art. 454º, nº 2, do CPC, para refutar questionamentos sobre fatos criminosos⁵⁷⁴. Além disso, ainda que se admita que a norma em comento se articula, a favor das testemunhas, com a previsão do art. 516º, nº 3 (tratamento desprimoroso/perguntas vexatórias)⁵⁷⁵, não há no CPC português uma norma precisamente correspondente à do art. 132º, nº 4, do CPP⁵⁷⁶, de modo que há de se considerar o risco de uma testemunha ser arrolada e sofrer, sem assistência jurídica exclusivamente a seu favor, possíveis pressões voltadas à obtenção de informações autoincriminatórias. A rigor, deverá contar com alguma proteção do próprio juiz (que tem obrigação de aplicar o preceito do art. 516º, nº 3, do CPC), e eventualmente poderá contar com o apoio indireto do advogado da parte que puder ser processualmente prejudicada, dentro da causa, pelas declarações autoincriminatórias das testemunhas, mas no pior cenário, poderão ser todos contra a testemunha, que poderá sofrer isolada, sem ninguém integralmente responsável

⁵⁷² PAULO DE SOUSA MENDES faz uma observação no sentido de que “muitas testemunhas ainda têm medo de se fazerem acompanhar de advogado, pois ainda vigora aquela ideia errada de que o recurso a advogado é uma admissão de culpa, já para não dizer que a maioria das testemunhas não tem meios econômicos para contratá-lo” (Estatuto de arguido e posição processual da vítima, pp. 605-606). Sobre a questão do medo, deve-se dizer que é uma problematização que permeia toda a história e todas as manifestações do *nemo tenetur*. Sobre a questão econômica, o mesmo autor, no mesmo artigo, traz soluções correlacionadas à sistemática da assistência jurídica gratuita no direito português, e na mesma linha, sob a perspectiva do direito processual penal internacional, GHISLAIN MABANGA aponta a forma de nomeação e remuneração de um advogado, pelo Tribunal Penal Internacional, às *témoins assistés* (op. cit., pp. 400-402).

⁵⁷³ SANDRA OLIVEIRA E SILVA reconhece a problemática do dever de verdade no processo civil, mas não aprofunda o problema da correlação entre esse dever de verdade e uma autoincriminação depoimental indesejada em um processo criminal paralelo ou futuro (op. cit., pp. 200 e 220).

⁵⁷⁴ TRP, Processo nº 1658/21.2T8VFR-.P1, rel. JERÓNIMO FREITAS, j. 04/05/2022.

⁵⁷⁵ Segundo LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, seria vexatória a pergunta que “tende a amesquinhar ou a cobrir de ridículo a testemunha” (op. cit., p. 76), técnica que poderia acabar por utilizar o entrevistador que, em violação ao *nemo tenetur*, pretendesse levar um depoente-testemunha a se autoincriminar ao longo do depoimento.

⁵⁷⁶ Quanto às partes, sempre estarão assessoradas por seus próprios advogados no processo civil.

por sua defesa, ameaças de sanções diversas. Deve-se então admitir a aplicação analógica⁵⁷⁷ do art. 132º, nº4º, do CPP, ao processo civil, favoravelmente às testemunhas.

O advogado poderá interceder a favor da testemunha cujos interesses patrocina, quando necessário for, por meio do direito de protesto (Estatuto da Ordem dos Advogados⁵⁷⁸, art. 80º, nº 1), cabendo-lhe requerer oralmente ou por escrito, no momento que considerar oportuno, o que julgar conveniente ao dever do patrocínio.

No Brasil, não há previsão expressa, semelhante à do art. 132º, nº 4, do CPP português, que disponha sobre um direito processual da testemunha de constituir advogado, mas como já visto, há vasta construção pretoriana assegurando esse direito, e de maneira semelhante àquela assegurada à advocacia portuguesa, o art. 7º, X, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil⁵⁷⁹ garante aos advogados brasileiros o direito de “usar da palavra, pela ordem, em qualquer tribunal judicial ou administrativo, órgão de deliberação coletiva da administração pública ou comissão parlamentar de inquérito, mediante intervenção pontual e sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, a documentos ou a afirmações que influam na decisão”⁵⁸⁰, o que lhes permite inserções voltadas a proteger o depoente cujos interesses patrocinam contra o risco de uma autoincriminação involuntária.

4.3.3 Os sistemas de proibições de prova.

A melhor proteção que pode ser processualmente assegurada a quem é atingido por compulsões produtoras de uma autoincriminação indesejada gira em torno das regras de exclusão probatória⁵⁸¹. Quanto mais amplo, precoce e contundente for o âmbito do sistema de inadmissibilidade probatória, menos consequências desfavoráveis ao indivíduo surgirão da autoincriminação, e menos incentivos terão as autoridades públicas (assim como também os particulares que com elas interagem) para se utilizarem de meios gradativamente invasivos (até chegarem na tortura física extrema propriamente dita) para tentar extrair informações

⁵⁷⁷ CC português, art. 10º.

⁵⁷⁸ Lei nº 145/2015.

⁵⁷⁹ Lei nº 8.906/94.

⁵⁸⁰ FELDENS, Luciano – op. cit., pp. 195-196.

⁵⁸¹ A relação entre tortura, métodos inquisitivos, confissão e proibições de prova é claramente percebida pela doutrina mais sensível ao tema, a exemplo de ASENIO MELLADO, que reconhece nos métodos modernos de obtenção de confissão como formas mais ou menos sofisticadas de atentar contra valores essenciais, “y que encuentran su fundamento su fundamento en las mismas razones que se argumentan para erradicar a tortura” (apud CALDERÓN, J. Frederico Campos, op. cit., p. 180).

probatórias a partir do suspeito, ultrapassando os limites de sua dignidade, de seus direitos de personalidade⁵⁸², de sua integridade física e moral, e em casos limites, até mesmo da sua vida.

Toda a doutrina norte-americana de implementação do *privilege against self-incrimination* gira em torno de uma ideia de regras de exclusão. Inclusive a *immunity* - que se trata de um instituto à parte, mas que interage com o *privilege*⁵⁸³ - vem na prática a assegurar a um declarante que o conteúdo de seu depoimento não irá ser utilizado contra ele em um futuro processo criminal, e que por isso ele teria obrigação legal de prestá-lo como testemunha e sob juramento. Segundo TERESA ARMENTA DEU, a perspectiva angloamericana de enfrentar o problema da ilicitude probatória se centra na regulação dos meios de prova, sem que existam *a priori* regras de exclusão⁵⁸⁴, algo que dependerá, em alguma medida, de uma compreensão do conceito de *regra* que diminua tanto o significado normativo do texto constitucional considerado em si mesmo, quanto do papel normatizador, em termos de *stare decisis*, dos julgamentos da Suprema Corte⁵⁸⁵. Pela perspectiva da doutrina portuguesa, MANUEL DA COSTA ANDRADE identifica na experiência estadunidense das *exclusionary rules*, apesar das descontinuidades, um conjunto de princípios, normas e práticas jurisprudenciais suscetível de ser referenciado como um sistema, orientado mais por uma *dimensão processual* que por uma *dimensão substantiva*, como seria da tradição germânica⁵⁸⁶.

A CRP estabelece no art. 32, nº 8, a matriz do sistema português de proibições de prova⁵⁸⁷, concretizado no plano processual penal infraconstitucional através dos arts. 118, nº

⁵⁸² Interessante pontuação é feita por PAULO MOTA PINTO, ao colocar que “a afirmação do direito ao ‘livre desenvolvimento da personalidade’, na decorrência do imperativo de respeito pela dignidade humana, não representa, aliás, a apenas a consagração de um direito subjetivo, mas também, objetivamente, a afirmação de um princípio interpretativo da relação entre o cidadão e o Estado e de uma decisão valorativa fundamental, da qual podem e devem extrair-se consequências para a totalidade da ordem jurídica, para a qual pode dizer-se que ‘irradia’, (...) [que] denota, aliás, uma informação positiva sobre a individualidade do ser humano e sua conformação livre e consciente” (Direitos de personalidade e direitos fundamentais, pp. 19 e 27).

⁵⁸³ Vide, v.g. *Counselman vs. Hitchcock*.

⁵⁸⁴ La prueba ilícita – un estudio comparado, p. 21.

⁵⁸⁵ ROBERT ALEXY afirma que “como resultado de todo o sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido” (Teoria dos direitos fundamentais, p. 102). Por essa perspectiva, dificilmente não se poderiam compreender como regras (tanto que frequentemente são chamados de *rules*, em inglês) certos enunciados normativos limitadores da admissibilidade de provas que são formulados pela Suprema Corte e seguidos pelos tribunais superiores. MANUEL DA COSTA ANDRADE identifica que nas 4ª, 5ª, 6ª e 14ª emendas já se situa um tratamento sistemático das proibições de prova (*Sobre proibições de prova*, p. 194).

⁵⁸⁶ Sobre as proibições de prova em processo penal, pp. 139 e 142.

⁵⁸⁷ MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui – Constituição portuguesa anotada, vol. I, p. 534; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Processo Penal, Tomo I, p. 575; TEIXEIRA, António de Jesus – Os limites do efeito-à-distância nas proibições de prova no processo penal português, p. 16.

3 e 126 do CPP⁵⁸⁸. A doutrina portuguesa destaca peculiar atenção para a distinção dogmática entre *proibições de produção de prova* e *proibições de valoração de prova*⁵⁸⁹, destacando que o direito processual penal português privilegia a *dimensão substantiva* dessas proibições⁵⁹⁰. *Proibições de produção de prova* são barreiras colocadas à determinação dos fatos que constituem objeto do processo, mas que a rigor não impediriam invariavelmente, se infringidas, a valoração do material probatório⁵⁹¹. As *proibições de valoração da prova* seriam dos mecanismos impeditivos da utilização das provas proibidas como fonte de conhecimento e base de decisão. Reconhece PAULO DE SOUSA MENDES que a consequência processual da proibição de produção de provas deveria ser sempre a proibição de utilização como fundamento de decisões prejudiciais ao arguido, com a desanexação das provas dos autos, o que se afigura como a melhor maneira de o legislador “*prevenir a tentação de obtenção de provas a qualquer preço*”, mas esse efeito não é pleno nem automático⁵⁹².

Está clara a existência de algum nível de associação entre a doutrina norte-americana da *fuits of the poisonous tree* e a doutrina portuguesa do *efeito-à-distância*⁵⁹³, incorporando-se as exceções do *independent source* e da *inevitable discovery*⁵⁹⁴. É intrincado na dogmática portuguesa o problema da correlação entre o regime de proibição de provas e o sistema de nulidades⁵⁹⁵, questão que não será aprofundada aqui para além do necessário para a questão de se saber o quanto o sistema como um todo é capaz de tutelar a não autoincriminação indesejada de um depoente, independentemente da qualidade (arguido, vítima, testemunha) em que suas declarações são tomadas. Estamos de acordo com a posição sustentada por MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, no sentido de que, ao menos no tocante ao *nemo tenetur* em sua expressão depoimental pura⁵⁹⁶, “o legislador português (...) optou por proibir, sem mais,

⁵⁸⁸ DEU, Teresa Armenta – La prueba ilícita – un estudio comparado, pp. 35-36; MORÃO, Helena – O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português, pp. 584 e 587-589.

⁵⁸⁹ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre proibições de prova*, p. 94

⁵⁹⁰ Idem, p. 203.

⁵⁹¹ JESUS, Francisco Marcolino de – op. cit., pp. 105-106.

⁵⁹² Lições de Direito Processual Penal, pp. 182-183.

⁵⁹³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, op., cit., p. 569; Tribunal Constitucional, Acórdão nº 198/2004, j. 24/3/2004.

⁵⁹⁴ JESUS, Francisco Marcolino – op. cit., p.119.

⁵⁹⁵ MENDES, Paulo de Sousa – op. cit., p. 187; DEU, Teresa Armenta – op. cit., p. 113; OLIVEIRA, Luis Martins de – Da autonomia do regime de proibições de prova, pp. 258 e 260-261.

⁵⁹⁶ Dentre outras formas manifestamente indignas e medievais de extração de provas a partir de suspeitos ou de qualquer pessoa – como aquilo que ocorreu no caso Jalloh, ou nas relatadas experiências de Abu Ghraib que porventura não tiveram conotação depoimental direta – de que não estamos a cuidar no presente trabalho. FRANCISCO MUÑOZ CONDE faz uma interessante análise do “renascimento da tortura” em casos como esses (focando-se em Guantánamo, principalmente), e menciona a surpreendente existência de decisão do Tribunal Supremo de Israel “en relación con la posibilidad de empelar en los interrogatorios un ‘cierto grado de coerción física’ para obtener información sobre posibles atentados terroristas” (op. cit., p. 166).

a valoração de todas as provas obtidas mediante recurso aos métodos proibidos de prova”, e de que “só o efeito-à-distância pode aqui prevenir uma tão frontal como indesejável violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”⁵⁹⁷.

A implicação da sistemática das proibições de prova sobre autoincriminações indesejadas conduzidas por depoimentos tomados fora da constituição formal de arguido e fora da assistência da defesa técnica emerge da conjunção das normas dos arts. 132º, nºs 2 e 4, e 126º, nºs 1 e 2, letra “b”. O juramento de dizer a verdade, em condições tais, configura-se ao mesmo tempo como uma coação e como uma medida ilegalmente inadmissível (isto é, como coação ilegal), na medida em que ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si mesmo. O efeito-à-distância deve ser aplicado em cadeia, de modo irrestrito⁵⁹⁸, até o limite em que for necessário para preservar a essência do *nemo tenetur*, enquanto direito fundamental. Isso significa que até mesmo provas materiais (v.g., uma arma do crime) devem a rigor ser excluídas, por projeção dos arts. 32º, nº 8, da CRP, e do art. 126º, nºs 1 e 2, do CPP⁵⁹⁹, se forem derivadas de uma autoincriminação tomada de alguém, de forma indesejada e sem adequadas salvaguardas⁶⁰⁰, mesmo que numa qualidade distinta daquela de arguido. Exclui-se a própria declaração, e tudo o que for a ela diretamente conectado.

No tocante aos problemas concernentes a doutrinas de autonomia (*independent source*⁶⁰¹, *purged taint*⁶⁰², *inevitable discovery*⁶⁰³, ou as menos mencionadas *impeachment*

⁵⁹⁷ Op. cit, p. 575.

⁵⁹⁸ TEIXEIRA, António de Jesus – op. cit, p. 90.

⁵⁹⁹ TEIXEIRA, António de Jesus – op. cit., p. 65.

⁶⁰⁰ “Valorar meios de prova obtidos com ofensa grave à dignidade da pessoa humana (...) seria violar a teleologia protetiva do art. 126º do CPP” (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Processo penal, p. 575).

⁶⁰¹ “Cuando no existe una vinculación directa entre la práctica de una diligencia de forma ilícita y la/s diligencia/s posterior/es. No hay fructos envenenados si hay prueba válida independiente” (DEU, Teresa Armenta – La prueba ilícita, p. 122). Na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, destaque para *Silverthorne Lumber Co. vs. EUA*, apesar da doutrinação espanhola indicar *Wong Sun vs. EUA*. Também indicando *Silverthorne Lumber* como precursor, OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro, op. cit., p. 101.

⁶⁰² “Os materiais probatórios obtidos como consequência remota de uma atuação policial em violação dos direitos processuais constitucionais seriam, não obstante a conexão entre a primeira violação e a prova derivada, admissíveis em virtude de a conexão estar tão atenuada que permitiria expurgar o vício primário” (TEIXEIRA, António de Jesus – op. cit., p. 101). Dentre os precedentes da Suprema Corte, destaque para *Wong Sun vs. EUA*.

⁶⁰³ “El efecto excluyente se obvia para aquellas pruebas que, en caso de no haerse cometido la primera ilicitud, habrían sido en todo caso encontradas con arreglo al propio curso de las investigaciones” (DEU, Teresa Armenta – op. cit., p. 122). Vde ainda GIACCOMOLI, Nereu – O devido processo penal, p. 205. Como precedente de destaque na Suprema Corte dos EUA, *Nix vs. Williams*.

*exception*⁶⁰⁴ e *harmless error*⁶⁰⁵), a aderência parece natural à lógica e ao âmbito protetivo do art. 32º, nº 8, da CRP, pois se as provas *realmente* se desprenderem do uso de declarações autoincriminatórias como fonte de investigação, o *nemo tenetur* não será afetado nem em sua dimensão processual, nem em sua dimensão substantiva. Já não pensamos da mesma forma quanto a arranjos mais pragmáticos (e a todo tempo e em todo lugar, bastante discutíveis como a *public safety*⁶⁰⁶ ou a *good faith exception*⁶⁰⁷, ou ainda questões conjecturais como as chances hipotéticas de uma testemunha ser descoberta por causa de seu desejo de testemunhar livremente, conforme trabalhada pela Suprema Corte dos EUA em **EUA vs. Ceccolini**.

Como já decidiu o STJ português, “é inequívoca a conclusão de que o conteúdo normativo do direito fundamental previsto no art. 32º, nº 8, da CRP, inclui no seu âmbito o efeito remoto da utilização de métodos proibidos de prova”⁶⁰⁸.

A sistemática básica a ser adotada quando uma prova com tais feições aporta em um processo criminal movido contra o depoente (seja um processo já em curso, seja outro instaurado a partir das declarações autoincriminatórias e de outras provas dela já derivadas) é, *mutatis mutandis*, a mesma que o Tribunal da Relação do Porto empregou no Processo nº 471/20.9PIVNG.P1 (j. 9/11/2022): (a) se a acusação ou a sentença se sustentarem exclusivamente em provas relacionadas, por efeito-à-distância, com declarações autoincriminatórias indesejadas de um depoente não arguido (vítima, testemunha), a acusação e a sentença serão nulas, porque baseadas em provas que afrontam ao regime do art. 126º do CPP; (b) se não restarem outras provas para a dedução da acusação ou para a formulação de um

⁶⁰⁴ “Contestar a credibilidade do depoimento do acusado com base em elementos reunidos em uma diligência considerada ilegal, notadamente de depoimentos de policial que participou da diligência e de perito que analisou o material em questão” (OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro – Prova ilícita no processo civil, p. 113).

⁶⁰⁵ “Cláusula geral do processo norte-americano de desconsiderar a anulabilidade de atos que não tragam relevância prática para o feito” (idem, p. 115). Dentre os precedentes aqui citados, a questão é abordada em *Arizona vs. Fulminante*.

⁶⁰⁶ *New York vs. Quarles*. Na doutrina portuguesa, destaca-se a breve nota de MANUEL DA COSTA ANDRADE, referindo que “o Supremo americano vem agora sustentar ter sempre de se ponderar (balance) entre os interesses individuais do arguido e os da comunidade em geral” (Sobre proibições de prova, pp. 155-156, nota 34). Na doutrina norte-americana, LA FAVE (op. cit., p. 456) e ASHRAF, Michael Jeffrey, (*United States v. Patane: Miranda's Excesses*, p. 93).

⁶⁰⁷ BALL, Edna F. – op. cit., nomeadamente p. 651, adotando como precedente de referência, como nós, *Michigan vs. Tucker*; OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro, op. cit., p. 121, que posiciona como precedente de referência, no entanto, *EUA vs. Leon* [468 U. S. 897 (1984)], juntamente com LA FAVE (op. cit., p. 144).

⁶⁰⁸ Processo nº 09P0395, j. 12/3/2009, *apud*, TEIXEIRA, António de Jesus, op. cit., p. 65, nota 158.

juízo condenatório dentro de nova sentença, devem imperar a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*⁶⁰⁹.

No Brasil, a matriz constitucional correspondente está no art. 5º, LVI, da CF/88, que estabelece que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, e a matriz legal, no art. 157, caput e §1º, do CPP, ao determinarem que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, e que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. A doutrina brasileira costuma classificar a inadmissibilidade da prova como uma categoria independente daquela das nulidades⁶¹⁰, e diferencia *prova ilegítima* de *prova ilícita*, a depender do tipo de violação praticada, se substancial ou processual⁶¹¹, aprofundamentos que fogem do escopo do presente trabalho. Define-se o efeito-à-distância mais habitualmente sob a categoria da *ilicitude probatória por derivação*⁶¹², hoje explicitada no §1º do art. 157 do CPP. Da mesma maneira como ocorre em Portugal, o regime de inadmissibilidade de provas ilícitas deve impedir o nascimento de uma investigação exclusivamente a partir de uma declaração autoincriminatória obtida de uma vítima ou testemunha, quando sem a observância do *nemo tenetur*. Se mesmo assim nascer a investigação, não deve ser deduzida a partir dela uma acusação. Se for deduzida, não deve ser recebida, por ausência de justa causa (CPP, art. 395, III), e se recebida, deverá resultar depois em uma sentença absolutória (CPP, art. 386, II, V ou VII), o que deverá ser afirmado em grau de apelação, se o problema não for enfrentado e resolvido na primeira instância (CPP, art. 593, I).

4.3.4 Vértices restantes do *trilemma*: proteções contra o perjúrio e contra o *contempt of court*.

Se as proibições de prova impedem as lesões para o suspeito que, intimado a depor sob juramento e sem proteção de advogado, *revela* informações autoincriminatórias, outras proteções serão necessárias para o suspeito que se nega a comparecer, ou comparecendo,

⁶⁰⁹ Sobre o *in dubio pro reo* como corolário da presunção de inocência, vide VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, op. cit., pp. 175-179.

⁶¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José – O devido processo penal, p. 210; TUCCI, Rogério Lauria – op. cit., p. 174; OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de – op. cit., pp. 31 e 33-44.

⁶¹¹ DEU, Teresa Armenta – op. cit., p. 37.

⁶¹² GIACOMOLLI, Nereu José – O devido processo penal, p. 205.

se nega a depor, ou mente ao depor, exclusivamente com o fito negar a incriminação que recai sobre si próprio. Abordaremos aqui apenas os aspectos ligados diretamente às consequências do não comparecimento e da prestação de declarações falsas cuja potencialidade lesiva se exaure na neutralização da punibilidade (isto é, na antítese da confissão e da autoincriminação), não adentrando em fronteiras como as da denúncia caluniosa, da fraude processual e de variadas modalidades de ameaça⁶¹³.

No direito português, a testemunha (ou, em sentido mais amplo, qualquer pessoa convocada para prestar depoimento em juízo, incluindo partes civis) tem o dever de comparecer, e poderá ser submetida à detenção, por ordem do juiz⁶¹⁴ se não o fizer (CPP, arts. 116º, nº 2, e 331º). No processo civil, diz-se que a testemunha faltosa comparece *sob custódia* (CPC, art. 508º, nº 4), o que vem a ser apenas outra nomenclatura para uma ordem judicial de detenção. Puramente em tese, exclusivamente à luz do art. 31º, nº 1, da CRP, poderia ser cogitada a hipótese de defesa através de habeas corpus, o que torna-se absolutamente impossível preventivamente, à luz da inexistência de habeas corpus preventivo, e extremamente difícil (seja em termos teóricos, seja em termos práticos) em caso de concretização da ordem de detenção, salvo eventualmente se puderem reunir-se de modo concomitante diversas circunstâncias manifestamente desfavoráveis, em especial um tempo de detenção longo suficiente para a providência de habeas corpus ser preparada e julgada. Mesmo assim, sempre haveria a hipótese do STJ compreender (salvo em casos realmente absurdos de abuso de poder por autoridade judicial) que a providência prevista no art. 222º do CPP é restrita aos casos de prisão, não valendo para casos de detenção, sendo que estaria motivada por fato autorizado em lei (letra “b”) e compreendida no prazo fixado em decisão judicial (letra “c”). Contra uma ordem judicial de detenção por não comparecimento (*contempt of court*), pouca proteção oferece o direito processual português, por considerar-se amplamente que mesmo quem tem direito ao silêncio tem dever de comparecer quando convocado, uma coisa não excluindo ou interferindo na outra. Por outro lado, o art. 116º, nº 1º, do CPP, prevê também a aplicação de uma sanção processual pecuniária (multa), e sobre essa questão, o Tribunal Constitucional português já teve oportunidade de debruçar-se quando do julgamento do Acórdão nº 237/2008 (j. 22/4/2008). Nessa ocasião, pontuou-se primeiro, por um lado, que a norma do art. 116º, nº 1, do CPP, reserva à testemunha faltosa um tratamento legal privilegiado, pois a multa substitui-se (e

⁶¹³ Para um estudo mais amplo do tema, vide TASSINARI, DAVIDE – Nemo tenetur se detegere: La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato.

⁶¹⁴ SILVA, Germano Marques da – Processo Penal, Vol. II, p. 229.

exclui, portanto) a possibilidade de imputação de crime de desobediência. Depois pontuou-se também, porém, que a multa deve ser aplicada mesmo à testemunha faltosa cujo depoimento venha a ser dispensado, meramente pelo fato do não comparecimento, pois “a norma tutela um bem jurídico que transcende a utilidade que, em ‘prognose póstuma’, seja possível atribuir à convocatória para os fins da concreta diligência para que a comparência foi determinada e que é susceptível de justificar constitucionalmente o sancionamento da testemunha que, em processo penal, não cumpra o dever de comparecer e não apresente justificação para a falta nos termos dos artigos 116.º e 117.º do CPP”. Pelo ângulo da nossa análise, contudo, pode-se concluir que o raciocínio exclui a *tipicidade* do crime de desobediência, em quaisquer de suas modalidades, simples ou qualificada (CP, art. 348º)⁶¹⁵.

Sob a perspectiva do crime de falso testemunho (CP, art. 360º), que se configura, em tese, tanto quando o agente, na qualidade de *testemunha* (ou perito, técnico, tradutor ou intérprete), der depoimento falso (nº 1), quanto também quando se recusar a depor, sem justa causa (nº 2), existirão algumas nuances. Como o *nemo tenetur* é um direito expressamente assegurado à testemunha (CPP, art. 132º, nº 2), estará normalmente presente, se ela se recusar a depor por esse motivo, a *justa causa* contemplada *a contrario sensu* no próprio tipo penal, o que exclui a própria *tipicidade* da conduta, antes mesmo de excluir a *antijuridicidade* por exercício regular de direito (CP, art. 31º, nº 2, letra “b”). Da mesma forma, depoentes sem a qualidade de *testemunha* (assistentes, partes civis, coarguidos) também estão excluídos, a rigor, da moldura típica⁶¹⁶, muito embora a situação sempre mereça atenção quando surgem tentativas diversas de segregação ou fracionamento de declarações e de estatutos⁶¹⁷.

No Brasil, vítimas e testemunhas podem ser conduzidas coercitivamente por ordem judicial (CPP, arts. 201, §1º, e 218; CPC, art. 455, §5º), e estão sujeitas, em tese, à imputação de crime de desobediência, em caso de não comparecimento⁶¹⁸, mas sendo

⁶¹⁵ Sobre a inconstitucionalidade da variante da desobediência por “cominação funcional” do art. 348º, nº 1, alínea “b”, do CP, vide MONTEIRO, Cristina Líbano – Duas perguntas sobre o crime de desobediência, pp. 25-39. Sobre o problema da desobediência em face aos deveres de colaboração em matéria contraordenacional, vide BRANDÃO, Nuno – Colaboração com as autoridades reguladoras e dignidade penal, pp. 48-51.

⁶¹⁶ BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de – Crime de falso testemunho prestado perante tribunal, p. 34; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 1228.

⁶¹⁷ Lembre-se da posição de GERMANO MARQUES DA SILVA, quando afirma que “a parte civil só fica impedida de depor como testemunha relativamente aos arguidos a que os fatos geradores da responsabilidade civil respeitam” ou ainda a posição firmada pelo TRL no já citado Processo nº 7277/2008-9, no sentido de que declarações do arguido “assumem a dimensão material de um testemunho” quando ele “ultrapassa o âmbito dos actos por si praticados e imputa a prática de actos a outra pessoa”.

⁶¹⁸ OLIVEIRA, Vallisney de Souza – op. cit., pp. 78-79.

amplamente reconhecido em favor delas o *nemo tenetur*, e havendo sólida afirmação jurisprudencial do STF a respeito da inconstitucionalidade de impor-se um dever de comparecimento para depor, sob condução coercitiva, contra quem desfruta do *privilege against self-incrimination*⁶¹⁹, é possível repelir-se a compulsão, em tese, por meio da impetração de habeas corpus preventivo⁶²⁰.

O crime de desobediência é previsto no art. 330 do CP brasileiro, e sua interpretação jurisprudencial para a espécie costuma ser bastante restrita, dando-se o delito por configurado, no plano da tipicidade, apenas quando são previamente tentados, sem sucesso, a condução coercitiva e a multa⁶²¹. De igual modo, também afasta-se a tipicidade quanto a *ordem legal de funcionário público*, no sentido do preceito legal, a partir do momento em que fica clara que ela se dirige *contra* o direito à não autoincriminação (tornando-se então uma ordem *ilegal*), e nas situações em que for inequívoco o propósito de fazer-se a vítima ou testemunha se autoincriminar ao depor, o não comparecimento é conceituável ao mesmo tempo como *estado de necessidade* (CP, art. 24) e como *exercício regular de direito*, excluindo a ilicitude (CP, art. 23, I e III, última parte). O crime de falso testemunho é previsto no art. 342 do CP brasileiro, dirigindo-se à *testemunha* (não à *vítima*, quando presta depoimento⁶²²), e independentemente disso, reconhece-se sempre a *atipicidade* da conduta quando o depoente (vítima ou testemunha) se cala ou falta com a verdade exercendo seu direito à não autoincriminação⁶²³.

4.4 Conclusões.

No contexto epistemológico, qualquer interação depoimental depende de um entrevistador (eventualmente apenas coordenando ou supervisionando outros entrevistadores) a dirigir perguntas para um entrevistado, disso resultando um depoimento⁶²⁴. São ambos

⁶¹⁹ ADPF nº 444/DF.

⁶²⁰ Sempre lembrando-se, como contraponto, daquilo que foi decidido pelo STF no HC nº 204196/DF, sobre a possibilidade de segregação ou fracionamento de declarações e de estatutos.

⁶²¹ TJSP, Apelação nº 1508957-15.2018.8.26.0347, j. 29/11/2018; (TRF2, HC nº 2012.02.01.003942-7, j. 26/06/2012).

⁶²² TJRJ, Apelação 0002236-15.2010.8.19.0051, j. 24/11/2015.

⁶²³ STJ, RHC nº 88030/RJ, rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j. 6/4/2021; RHC nº 66908/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 10/11/2016; TJSP, Apelação nº 1500912-60.2018.8.26.0302, j. 08/05/2023,

⁶²⁴ Como indica VITOR DE PAULA RAMOS, “o testemunho em sentido amplo (isto é, sob o ponto de vista da epistemologia é um ato de comunicação, escrito, sonoro ou visual, mediante o qual uma pessoa afirma que p, sendo p um estado de coisas presente ou pretérito, não necessariamente presenciado pela testemunha” (op. cit., p. 247). O testemunho poderia inclusive dar-se sem interação depoimental, como em narrativas literárias em primeira pessoa (v.g. Diário de Anne Frank).

sujeitos da atividade epistêmica. O registro do depoimento torna-se indispensável quando essa interação depoimental for erigida à qualidade de um ato jurídico processual, e a velha fórmula medieval do juramento continua sendo a mais empregada para agregar ao depoimento uma carga axiológico-probatória de verdade. Existirão então mecanismos de compulsão diversos para alistar o convocado e obrigá-lo a comparecer à entrevista, impondo também um dever de resposta e de declarar a verdade.

Sob a perspectiva de se assegurar ao depoente um direito à não autoincriminação, absolutamente todas essas etapas provocarão algum grau de desafio ou de antagonismo, a ser compensado ou contrabalanceado por mecanismos o protejam a pessoa convocada a depor da extorsão indesejada de revelações sobre atos criminosos que ele possa ter praticado. Diversas nomenclaturas são utilizadas nos ordenamentos jurídicos do mundo civilizado (com variações que vão além do mero problema da linguística e da tradução) para definir os diversos graus de suspeita e as diversas garantias que vão sendo agregadas a cada estágio, mas reconhece-se, de forma mais ou menos planificada, que qualquer pessoa oficialmente convocada para prestar depoimentos não pode ser obrigada a testemunhar contra si própria em matéria criminal, merecendo proteções especiais para assegurar-se que algo do gênero não ocorra contra a sua vontade - e caso ocorra, que o resultado (e suas derivações) não seja utilizado como prova contra ela em processos de natureza criminal e análogos (disciplinares, contra-ordenacionais).

No Brasil, a garantia de habeas corpus (nomeadamente o preventivo) ajudou tanto na moldagem do estatuto de não autoincriminação de vítimas e testemunhas, quanto no afastamento concreto de imputações e de elementos probatórios correlacionados a efeitos de um desrespeito ao *nemo tenetur*. Em Portugal, o *habeas corpus* não tem servido a tal finalidade. Os regimes de proibições de prova de ambos os países, no entanto, têm servido para impedir, por veículos processuais diversos, que o Estado se aproveite da violação do direito à não autoincriminação. Nem no Brasil nem em Portugal, finalmente, tem sido considerado crime (desobediência ou falso testemunho), em termos efetivos, a conduta de um depoente que, sob certo grau de suspeita, exerce o direito à não autoincriminação, dando-se por afastada a própria tipicidade, como regra, ou no limite, a antijuridicidade da conduta (exercício regular de direito/estado de necessidade).

CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSIVAS.

Conforme restou demonstrado no primeiro capítulo, em um passado um pouco mais remoto, autoridades que mesclavam poderes eclesiásticos com poderes punitivos de ordem estatal se utilizavam de instrumentos coercitivos que transitavam entre o temor moral e a dor física para extrair de suspeitos informações autoincriminatórias, o que levava inclusive pessoas francamente inocentes, em diversos casos, a admitir uma falsa culpa para se livrarem dos suplícios. Correntes racionalistas (pensadores do Iluminismo, nomeadamente) contestaram essas práticas, e um conjunto bastante sedimentado de racionalidades condensou-se no texto da 5ª Emenda da Constituição dos EUA, no final do século XVIII, enunciando-se desde então que “no person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”.

Como se pode verificar no segundo capítulo, a ideia segue sendo desafiada, ou até mesmo contestada, por forças de pensamento diversas que sustentam que os conhecimentos probatórios do suspeito (nomeadamente quando desfavoráveis a ele, a seu *jus libertatis* e ao interesse punitivo do Estado) não podem ser desprezados. Quem assim pensa, costuma argumentar que algum tipo de compulsão pode ser necessário para fazer a verdade (ou melhor dizendo, um reconhecimento de culpa, verdadeiro ou não) emergir das profundezas de sua mente e de sua intimidade. Não obstante, a corrente progressista inaugurada pelo Iluminismo segue refletida em avanços legislativos, doutrinários e jurisprudenciais de diversos países (refletidos também em tratados e decisões de tribunais internacionais), formando um corpo dogmático mais amplo ao qual, diferenças e sutilezas à parte, aderem também o Brasil e Portugal, em suas fases democráticas. Está demonstrado que os retrocessos se devem sempre, invariavelmente, a ondas e a movimentos autoritários de diversas naturezas, capazes de refletir na legislação, na jurisprudência e no controle social informal difuso na sociedade. Contra esses pulsares cíclicos de predominância de postulados criminológicos enfocados na defesa social, é forçoso reconhecer, dentro dos EUA, o progresso civilizatório que foi alcançado por uma articulação entre a 4ª, a 5ª, a 6ª e a 14ª Emendas, como emerge dos pronunciamentos jurisprudenciais mais atentos à garantia contra a autoincriminação indesejada que ao apetite punitivo do Estado.

No terceiro capítulo, foi verificado que os sistemas jurídicos de Portugal e do Brasil consagram o *nemo tenetur* como direito ou garantia fundamental, contando com matriz constitucional (por fundamentos materiais e processuais) e com arrimo em tratados internacionais, refletindo-se em tratamentos jurisprudenciais e legislativos que asseguram o

direito ao silêncio (total ou parcial), o direito à defesa técnica e um direito de mentir (ou então – o que vem a dar no mesmo – um direito ou garantia de não ser punido só por mentir), apesar do sistema português continuar a ser mais rígido quanto à ideia de um dever de comparecimento. Viu-se que há um referencial mais pontual na Constituição brasileira a respeito de um direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), o que não existe na Constituição portuguesa. Independentemente disso, a raiz constitucional do *privilege against self-incrimination*, em ambos os sistemas, é universalmente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência (seja por uma dimensão mais processual, seja por uma dimensão mais substantiva), e são igualmente determinantes emanações normativas advindas de fontes convencionais, incorporadas ao plano inteiro por métodos diferentes, mas que ao fim e ao cabo fazem com que a jurisprudência internacional (nomeadamente do TEDH, em Portugal) e as influências transnacionais reflitam na compreensão interna a respeito da abrangência do *nemo tenetur*.

No quarto capítulo, verificamos que a qualidade de suspeito ganha nuances variadas nos diversos ordenamentos jurídicos, cujas diferenças ultrapassam os limites linguísticos da mera tradução. Isso também se aplica à classificação que é dada à pessoa convocada para depor (testemunha/*witness* ou outras nomenclaturas como vítima/ofendido e parte civil). Viu-se que o direito português densifica a suspeita qualificada através da figura da constituição de arguido (CPP, arts. 58º e 59º), que passa a garantir àquela pessoa, de forma mais ampla e irrestrita, um direito de não testemunhar contra si mesmo, algo que não existe, com igual precisão, no direito processual penal brasileiro, no qual subsiste a figura incipiente do indiciamento. Foram apresentadas evidências de que um suspeito chamado a depor, nos ordenamentos jurídicos onde impera o *nemo tenetur*, sempre dependerá da existência de um estatuto que o proteja – composto do direito ao silêncio, do direito à defesa técnica e de regras de exclusão probatória que neutralizem os efeitos da declaração autoincriminatória involuntariamente extraída -, sob pena do *privilege* ser incapaz de desempenhar uma genuína função garantística. Viu-se também que os códigos processuais do Brasil e Portugal contam com disposições assegurando salvaguardas contra a autoincriminação a pessoas convocadas para depor, mesmo quando fora da qualidade formal de indiciado/acusado ou de arguido, e mesmo fora do processo penal propriamente dito, quando houver risco de incriminação para uso probatório criminal paralelo ou futuro (v.g., art. 132º, nº 3, do CPP de Portugal, e art. 379 do CPC brasileiro), e a jurisprudência de ambos os países tem demonstrado uma tendência a assegurar a proteção do *nemo tenetur* mesmo nos casos de conversas ou depoimentos ditos

informais, tomados por autoridades policiais⁶²⁵. Independentemente da abrangência interna da nomenclatura *witness/testemunha*, o *nemo tenetur* é desafiado por atividades epistêmicas que envolvem uma indicação para depor, um chamado compulsório de uma autoridade, que impõe um dever de comparecimento, a formulação de perguntas, que tanto mais atingirão o âmago da garantia quanto mais forem capciosas ou enganosas, e um juramento de responder com verdade. Um registro fidedigno do produto dessa atividade epistêmica (o depoimento), por gravação integral e por meios audiovisuais, permitirá a futura aferição de todas as condições porventura desfavoráveis (no ambiente, no modo de perguntar, na capacidade de resistência) à preservação dos aspectos mais nucleares do *nemo tenetur*, nomeadamente aqueles mais próximos da necessidade de preservação da dignidade e da integridade física e moral do depoente. Viu-se que para que o *nemo tenetur* seja efetivo para depoentes não arguidos, é necessário assegurar-lhes o patrocínio por advogado (ou *lato sensu*, o acompanhamento por uma defesa técnica), e uma razoável possibilidade de não responderem a certos questionamentos (tanto os essencialmente autoincriminatórios quanto os conducentes ou preparatórios para uma autoincriminação) sem sofrerem nenhum tipo de punição, nomeadamente as criminais. Averiguou-se que no direito processual penal francês, foi expressamente instituída, para tais finalidades, a figura do *témoin assisté*, que tem sido jurisprudencialmente assegurada em outros espaços normativos do processo penal contemporâneo, conforme entendimentos, v.g., do Tribunal Penal Internacional e do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Finalmente, viu-se ser necessário assegurar-se a prevalência de regras de exclusão/proibições de prova para impedir-se que as declarações autoincriminatórias produzidas compulsoriamente (por força ou engano) contra uma iniciativa de vontade confessional do depoente sejam utilizadas contra ele. Necessário também, ao mesmo tempo, que o direito penal material seja neutralizado pelo *nemo tenetur* quando o depoente optar conscientemente pela não autoincriminação (através do silêncio ou de mentiras não lesivas a outros bens jurídicos além persecução penal contra si próprio), seja por atipicidade (como é a regra no Brasil e em Portugal, no tocante a crimes de desobediência e de falso testemunho), seja por excludentes de antijuridicidade (exercício regular de direito/estado de necessidade).

⁶²⁵ À luz do art. 250º, nº 8, do CPP português, segundo o qual “os órgãos de polícia criminal podem pedir ao suspeito, bem como a quaisquer pessoas susceptíveis de fornecerem informações úteis”, afirma CARLOS ALBERTO SIMÕES DE ALMEIDA: “Na verdade, ao poder de os órgãos de polícia criminal de receberem informações úteis, não decorre, inexoravelmente, o dever jurídico de as prestar independentemente da condição processual da pessoa capaz de fornecer as informações desejadas” (op. cit., p. 38).

Bibliografia.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – **Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 3ª ed. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2015. ISBN 978-972-54-0489-8.

ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011. ISBN 978-85-392-0073-3.

ALFAFAR, Diana - O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência. **Revista de Concorrência e Regulação**. Coimbra: Ed. Almedina. Ano III, nºs 11/12 (jul-dez 2012), pp. 319-381.

ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de – **Medidas cautelares e de polícia do processo penal, em direito comparado**. Coimbra: Ed. Almedina, 2006.

ALVES, Silvia – “Luce Meridiana Clarior”: A teoria da prova no antigo regime. In **Prova penal teórica e prática** (coord. Paulo de Souza Mendes e Rui Soares Pereira). Coimbra: Ed. Almedina, 2020 pp. 249-301.

AMARAL, Maria Lúcia - O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional portuguesa. In **Liber amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70º aniversário** (org. João Lopes Alves... [et al.]). Coimbra: Ed. Almedina, 2009, pp. 947-964. ISBN 978-972-40-3951-0

AMARAL, Paulo Osternack – **Prova por declaração de parte**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2023. ISBN 978-85-442-4044-1.

AMBOS, Kai – A convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos – CEDH). Observaciones preliminares sobre el artículo 5 y siguientes. In **Principios y garantías penales y procesales en la doctrina de la CIDH y el TEDH**. Barcelona: Ed. JM Bosch, 2022, pp. 263-283. ISBN 978-84-19045-44-7.

- _____. - The Right of Non-Self-Incrimination of Witnesses Before the ICC. **Leiden Journal of International Law**, Vol 15 (2002), pp. 155-177.
- AMODIO, Ennio – **Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo**. Milão: Ed. Giuffrè, 2003. ISBN 88-14-09797-6.
- ANASTÁCIO, Catarina - O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tentetur se ipsum accusare. **Revista de Concorrência e Regulação**. Coimbra: Ed. Almedina. Ano I, nº 1 (jan-mar 2010), pp. 199-230.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 6ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2021. ISBN 978-972-40-7922-6.
- ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as proibições de prova**. 2ª ed. Coimbra: Ed. Gestlegal, 2022. ISBN 978-989-8951-92-2.
- ANITUA, Gabriel Ignacio – **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Ed. Revan. 2008. ISBN 978-85.7106-378-5.
- ANTUNES, Maria João – **Direito Processual Penal**. 2ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7350-7.
- ANTUNES, Maria João – Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido. **Revista Sub Judice - Justiça e Sociedade**. Lisboa. Nº 4 (set-dez 1992), pp. 25-26.
- ASCENSÃO, José Oliveira - A dignidade da pessoa humana e o fundamento dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 103 (jan-dez 2008), pp. 277-299.
- ASHRAF, Michael Jeffrey, United States v. Patane: Miranda’s excesses. **Journal of Civil Rights and Economic Development**, vol. 20, Issue 1, 2005. [Em linha]. [Consult. 15/5/2024]. Disponível em <https://scholarship.law.stjohns.edu/jcred/vol20/iss1/7/>

AYAT, Mohammed – Le silence prend la parole: la percée du droit de se taire en droit pénal comparé et en droit international pénal. **Archives de politique crimminele**. Paris: Ed. Pédone. ISSN 0242-5637. N ° 24, 2002/1, pp. 251-278.

AZEVEDO, Tiago Lopes de – **Lições de Direito das Contraordenações**. Coimbra: Ed. Almedina, 2022. ISBN 978-972-40-8457-2.

BADARÓ, Gustavo Henrique – **Epistemologia judiciária e prova penal**. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Ed. RT, 2023. ISBN 978-65-260-0135-6.

_____ - **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Ed. RT, 2014. ISBN 978-85-203-5435-3.

_____ - **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Ed. RT, 2003. ISBN 85-203-2444-4.

BALL, Edna F. - Good Faith and the Fourth Amendment: The reasonable exception to the exclusionary rule. **Journal of Criminal Law and Criminology**. Northwestern University School of Law, vol. 69, nº 4, 1978, pp. 635-657.

BARBAGALLO, Isidoro – **La prova testimoniale nei procedimenti civili e penali: diritto e metodologia probatoria**. Milão: Ed. Giuffrè, 2002. ISBN 88-14-09393-8.

BARZOTTO, Luciane Cardoso – **Prova testemunhal: verossimilhança e abordagem hermenêutica**. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2021. ISBN 978-65-5614-842-7.

BARROSO, Luis Roberto – **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003. ISBN 85-02-04214-9.

BAUD, Marie-Sophie - La manifestation de la vérité dans le procès pénal: une étude comparée entre la France et les États-Unis. **Les cahiers de la justice**. Paris: Ed. Dalloz. ISSN 1958-3702, nº 4 (2017), pp. 705-720.

BECCARIA, Cesare – **Dei delitti e delle pene**. 10ª ed. Milão: Ed. Feltrinelli, 2005. ISBN 88-07-82000-5.

BELEZA, Thereza Pizarro – “Tão amigos que nós éramos”: o valor probatório do depoimento de co-arguido no processo penal português. **Revista do Ministério Público**. Lisboa. ISSN 0870-6107. Nº 74 (abr-jun 1998), pp. 39-60.

BENTHAM, Jeremy – **Rationale of Judicial Evidence**. Parte 2, Vol. 7. Edimburgo: Ed. William Tait, 1838-1843. [em linha] [Disponível em https://oll.libertyfund.org/title/bowring-the-works-of-jeremy-bentham-vol-7-rationale-of-judicial-evidence-part-2?html=true#lf0872-07_label_107].

BERRUEZO, Rafael – **La autoincriminación em el Derecho Penal Tributario**. Buenos Aires: Ed. Bdef, 2015. ISBN 978-9974-708-59-4.

BLUME, William Wirt; BROWN, Elizabeth Gaspar - Territorial courts and law: Unifying factors in the development of American legal institutions. **Michigan Law Review**, Vol. 63, Issue 3 (1963). ISSN 0026-2234.

BOLINA, Helena Magalhães - O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários. **Revista de Concorrência e Regulação**. Coimbra: Ed. Almedina. Ano III, nºs 11/12 (jul-dez 2012), pp. 383-424.

BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed, São Paulo: Ed. Malheiros, 1996.

BOULOC, Bernard – **Procédure pénale**. 24ª ed. Paris: Ed. Dalloz, 2014. ISBN 978-2-247-13473-1.

BRANDÃO, Nuno – Colaboração com as autoridades reguladoras e dignidade penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra: Ed. Coimbra. ISSN 0871-8563. Ano 24, nº 1 (jan-mar 2014), pp. 48-51.

- BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de – **Crime de falso testemunho prestado perante tribunal**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2012. ISBN 978-972-32-2026-1.
- BULOS, Uadi Lamêgo - **Constituição Federal anotada**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. ISBN 85-02-03673-4.
- CAETANO, Marcello – **História do Direito português**. 4ª ed. Lisboa: Ed. Verbo, 2000. ISBN 972-22-2025-X.
- CALDERÓN, J. Frederico Campos - Las prohibiciones probatorias, las reglas de exclusión de la prueba ilícita y sus excepciones en el proceso penal. In **Derechos fundamentales y coerción penal - una visión crítica sobre temas claves del sistema punitivo**. Santiago: Ed. Olejnik, 2022, pp. 179-227. ISBN 978-956-407-145-9.
- CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. (19ª reimpr). Coimbra: Ed. Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.
- CAPDEPON, Yannick – **Essai d’une théorie générale des droits de la défense**. Paris: Ed. Dalloz, 2013. ISBN 978-2-247-12620-0.
- CAPITTA, Anna Maria - Le limitazione del diritto al silenzio nella riforma del processo penale inglese. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale**. Milão: Ed. Giuffrè. Ano XLI, Fasc. 1 (jan-mar 1998), pp. 243-271.
- _____ - **Ricognizione coatta, communicative evidence e diritto al silenzio**. La giustizia penale, Ano CI (jan 1996), pp. 106-119.
- CHALUS, Delphine - La dialectique "aveu – droit au silence" dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé. Montreal: **Revue Juridique Themis** 43-2 (mai 2009), pp. 321-366.
- CHIFFOLEAU, Jacques – Avouer l’inavouable: l’aveu et lá procédure inquisitoire à la fin du Moyen Âge. In: **L’aveu: Histoire, Sociologie, Philosophie** (coord. Renaud Dulong). Paris: Ed. PUF, 2001, pp. 57-97. ISBN 978-2-130-51433-6.

CHOMSKY, Noam – **Novos horizontes no estudo da linguagem e da mente**. São Paulo: Ed. UNESP, 2002. ISBN 87-7139-611-6.

CLEGG, Cyndia Susan - Censorship and the Courts of Star Chamber and High Commission in England to 1640, in **Journal of Modern European History**, Vol. 3, No. 1, 2005, pp. 50-80. [Em linha] [Consult. 13/5/2023]. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/26265808>.

COELHO, Ana Proença - Entre o dever de colaborar e o direito de não se autoinculpar: o caso da supervisão do ICP-ANACOM. **Revista de Concorrência e Regulação**. Coimbra: Ed. Almedina. Ano III, nºs 11/12 (jul-dez 2012), pp. 429-466.

COMPARATO, Fábio Konder – **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006. ISBN: 978-8547216139.

CONDE, Francisco Muños – **De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo**. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2008. ISBN 978-950-741-381-0.

_____ - **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 4ª ed. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2022. ISBN 978-987-805-252-6.

CONTRERAS, Guillermo Portilla - La prohibición de la tortura, los tratos inhumanos y degradantes desde la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In **Principios y garantías penales y procesales en la doctrina de la CIDH y el TEDH**. Barcelona: Ed. JM Bosch, 2022, pp. 181-236. ISBN 978-84-19045-44-7.

COSTA, Joana – O princípio *nemo tenetur* na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Revista do Ministério Público**. Lisboa. ISSN 0870-6107. Nº 128 (out-dez 2011), pp. 117-183.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da – **Prova e verdade nos regimes de civil law e common law**. Curitiba: Ed. Juruá, 2022. ISBN 978-85-362-9618-0.

- COULON, María de los Ángeles González – **El testimonio como prueba: una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial**. Barcelona: Ed. JM Bosch, 2021. ISBN 978-84-122999-4-6.
- CRISTIU-NINU, Luminița; MAGDALENA, Cătălin-Nicolae - Reflections regarding the witness's right against self incrimination. CKS 2023 – **Challenges of the Knowledge Society**. Bucureste. ISSN 2359-9227. Ed. n° 16 (mai 2023), pp. 31-43.
- CROSSLEY, Mary A. – Miranda and the State Constitution: State Courts take a stand. **Vanderbilt Law Review**, vol. 39, issue 6 (1986).
- CUNHA, Adrião Pereira da – **Humberto Delgado: Nos bastidores de uma campanha**. Porto: Ed. Afrontamento, 2014. ISBN 978-972-36-1379-7.
- CYR, Mireille – **Recueillir la parole de l'enfant témoin ou victime**. Paris: Ed. Dunod, 2014. ISBN 978-2-10-071310-3.
- DEFFERRARD, Fabrice – **Le suspect dans le procès pénal**. 2^a ed. Paris: Ed. Mare & Martin, 2016. ISBN 978-2-84934-182-7.
- DESPREZ, François – **Rituel juriciaire et procès penal**. Paris: Ed. LGDJ, 2009. ISBN 978-2-275-03439-3.
- DEU, Teresa Armenta – **La prueba ilícita: un estudio comparado**. 2^a ed. Madri: Ed. Marcial Pons, 2011. ISBN 978-84-9768-875-8.
- _____ – Sistemas procesales penales: **La justicia penal en Europa y América**. Madri: Ed. Marcial Pons, 2012. ISBN 978-84-9768-913-7.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Processual Penal**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004 (reimpr.). ISBN 972-32-1250-1.
- _____ – La protection des droits de l'homme dans la procedure penale portugaise, in Rapport du groupe national portugais de L'A.I.D.P. Lisboa, 1980.

_____ – Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal, in **Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Ed. Almedina, 1988.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Ed. Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3763-9.

FAVOREU, Louis [et al.] – **Droit Constitutionnel**. 25^a ed. Paris: Ed. Dalloz, 2023. ISBN 978-2-247-21682-6.

FELDENS, Luciano – **O direito de defesa: a tutela jurídica da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva**. 3^a ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2022. ISBN 978-65-86017-58-8.

FERREIRA, William Santos - Depoimento pessoal e confissão: método e eficiência a serviço da justiça da decisão. In: **A prova no direito processual civil**. OLIVEIRA NETO, MEDEIROS NETO e CASTRO LOPES (coord). São Paulo: Ed. Verbatim, 2013. pp. 627-642.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne – **Généralités sur le principe du contradictoire**. Paris: Ed. LGDJ, 2014. ISBN 978-2-275-04442-2.

FOUCAULT, Michel - **Vigiar e punir**. 38^a ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2010. ISBN 978-85.326-0508-5.

FRICKER, Miranda – **Injustiça epistêmica: o poder e a ética do conhecimento**. São Paulo: Ed. USP, 2023. ISBN 978-65-5785-116-6.

GACHI, Kaltoum – Le respect de la dignité humaine dans le procès penal. Paris: Ed. LGDJ, 2012. ISBN 978-2-275-03899-5.

GARLAND, David – **Punishment and modern society: a study in social theory**. Oxford: Oxford University Press, 2012 (reimpr). ISBN 978-0-19-876266-9.

GIACCOMOLI, Nereu José – **A fase preliminar do processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Tirant lo Blanch, 2022. ISBN 978-65-5908-327-5.

_____ – **O devido processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2016. ISBN 978-85-97-00845-6.

GIANNELLA, Berenice Maria – **Assistência jurídica no processo penal: garantia para a efetividade do direito defesa**. São Paulo: Ed. RT, 2002. ISBN 85-203-2313-8.

GOMES, Gabriel de Moraes – Sobre a (in)constitucionalidade do art. 14-A do CPP (introduzido pela lei Anticrime) e seus efeitos. In **Pacote anticrime** (coord. João Paulo Lordelo Tavares). Salvador: Ed. Juspodivum, 2020. ISBN 978-65-5690-057-8.

GRANGER, Gilles-Gaston – **Le probable, le possible et le virtuel**. Paris: Ed. Odile Jacob, 1995. ISBN 978-2-7381-0297-3.

GREEN, Michael S. – The privilege's last stand. **Brooklin Law Review**, v. 65, nº 3, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance – **Recursos no processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. ISBN 85-203-2073-2.

GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques – **Procédure pénale**. 15ª ed. Paris: Ed. Lexis Nexis, 2022. ISBN 978-2-7110-3695-0.

HELMHOLZ, R. H. [et al.] – **The privilege against self-incrimination: its origins and development**. Chicago: University of Chicago Press, 1997. ISBN 0-226-32660-8.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano – **Prueba testimonial em el sistema acusatorio y adversarial**. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2016. ISBN 978-987-706-156-7.

HOBBS, Thomas – **Leviathan**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. ISBN 0-521-396541-7.

- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés – Principio de presunción de inocencia y principio de victimización: una convivencia impossible. **Revista do Ministério Público**. Lisboa. ISSN 0870-6107. Nº 160 (out-dez 2019), pp. 59-77.
- IKEDA, Daisaku e ATHAYDE, Austregésilo de – **Diálogo: Direitos humanos no século XXI – Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Record, 2000, pp. 81-82. ISBN 85-01-05775-4.
- JESUS, Francisco Marcolino de – **Os meios de obtenção de prova em processo penal**. 2ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-5874-0.
- KALTOUM, Gachi – **Le respect de la dignité humaine dans le procès penal**. Paris: Ed. LGDJ, 2012.
- KARAM, Maria Lúcia – **Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Ed. RT, 2004. ISBN 85-203-2616-1.
- KELSEN, Hans - **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3ª ed. (2ª reimpr) São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000. ISBN 85-336-0950-7.
- _____ - **Teoria pura do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1994. ISBN 85-336-0287-1.
- LA FAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J.; KERR, Orin S. – **Criminal procedure**. 6ª ed. Saint Paul: Ed. West Academic, 2017. ISBN 978-1-63460-306-5.
- LOPES JR. Aury – **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. ISBN 85-7387-624-7.
- _____ – **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2018. ISBN 978-85-472-2231-4.
- LOUREIRO, Fábio – O primeiro interrogatório judicial do arguido detido. In **Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo**

- penal** (coord. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Coimbra: Ed. Almedina, 2017, pp. 69-89. ISBN 978-972-40-4090-5.
- LOZZI, Gilberto – **Lezioni di procedura penale**. 13^a ed. Turim: Ed. Giappichelli, 2018. ISBN 978-88-321-1690-0.
- LUCHAIRE, François – **Le juge constitutionnel en France et aux États-Unis**. Paris: Ed. Economica, 2002. ISBN 2-7178-4446-5.
- MABANGA, Ghislain M. – **Le témoin assisté devant la Cour Penale Internationale: contribution à l'évolution du droit international pénal**. Paris: Ed. LGDJ, 2017. ISBN 978-2-37032-138-1.
- MAGALHÃES, Luiz Gonzaga de Assis Teixeira de – **Manual de Processo Penal**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1923.
- MAIA, António João – Técnicas de entrevista e interrogatório em investigação criminal. **Revista do Ministério Público**. Lisboa. ISSN 0870-6107. N^o 135 (jul-set 2013), pp 126-128.
- MARTINS, Joana Boaventura – **Da valoração das declarações do arguido prestadas em fase anterior ao julgamento**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2014. ISBN 978-972-32-2263-0.
- MENDES, António Alfredo – **Habeas corpus e cidadania**. Lisboa: Ed. Quid Juris, 2008. ISBN 978-972-724-407-2.
- MENDES, Paulo de Sousa – Estatuto do arguido e posição processual da vítima. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra: Ed. Coimbra. ISSN 0871-8563. Ano 14, n^o 4 (out-dez 2007), pp. 601-612.
- _____ – **Lições de Direito Processual Penal**. Coimbra: Ed. Almedina, 2018 (5^a reimpr.). ISBN 978-972-40-5205-2.

- _____ – O processo penal entre a eficácia e as garantias – em especial a questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra: Ed. Coimbra. ISSN 0870-3116. Vol. LV, nºs 1 e 2 (2014).
- MENEZES, Sofia Saraiva de - Direito ao silêncio: a verdade por trás do mito. In **Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal** (coord. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Coimbra: Ed. Almedina, 2017, pp. 117-136. ISBN 978-972-40-4090-5.
- MIRABETE, Julio Fabbrini - **Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2000. ISBN 85-224-2425-X.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição portuguesa anotada**. 2ª ed. Ed. Universidade Católica, vol. 1, 2017. ISBN 978-972-540541-3.
- MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7217-3.
- MONTEIRO, Cristina Líbano – Duas perguntas sobre o crime de desobediência. In **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**. Coimbra: Ed. Coimbra. Ano 31, nº 1 (jan-abr/2021), pp. 25-39.
- MORAES, Alexandre de – **Constituição do Brasil interpretada**. 6ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006. ISBN 85-224-4319-X.
- MORÃO, Helena – Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessórias: o Acórdão nº 198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento “the cat is out of the bag”. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra: Ed. Coimbra. ISSN 0871-8563. Ano 22, n.º 4 (out-dez 2012), pp. 689-726.
- _____ – O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra: Ed. Coimbra. ISSN 0871-8563. Ano 16, nº 4 (out-dez 2006), pp. 575-620.

- MOUFFE, Bernard. **Le droit au mensonge**. Bruxelas: Ed. Larcier, 2017. ISBN 978-2-8044-9742-2.
- NAGOUAS-GUÉRIN, Marie-Cécile – **Le doute en matière pénale**. Paris: Ed. Dalloz, 2002. ISBN 978-2-247-04496-2.
- NEDER, Gizlene – **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: Obediência e submissão**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007. ISBN 85-353-0209-3.
- NICOLITT, André; WEHRS, Carlos Ribeiro – **Intervenções corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal**. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. ISBN 978-85-203-6002-6.
- NUCCI, Guilherme de Souza – **Código de Processo Penal comentado**. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- NUNES, Duarte Rodrigues – **Revistas e buscas no Código de Processo Penal**. Coimbra: Ed. Gestlegal, 2019. ISBN 978-989-8951-15-1.
- OLIVEIRA, Luis Martins de - Da autonomia do regime de proibições de prova. In **Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal** (coord. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Coimbra: Ed. Almedina, 2017, pp. 257-290. ISBN 978-972-40-4090-5.
- OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de – **Prova ilícita no processo civil**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2022. ISBN 978-85-519-1878-4.
- OLIVEIRA, Vallisney de Souza – **Audiência, instrução e julgamento**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001. ISBN 85-02-03358-1.
- REINOSO, Guadalupe - La transgresión de la letra: decoloraciones y abusos del lenguaje. Notas sobre los juicios a Flaubert y Baudelaire. In **Ensayos sobre prueba, argumentación e justicia**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, pp. 311-328. ISBN 978-612-317-174-2.

- PENA, Sérgio – A prova por declarações de coarguido colaborador e o direito premial no crime de corrupção. In **Estudos Projeto Ethos: corrupção e criminalidade econômico-financeira (Procuradoria-Geral da República/Ministério Público de Portugal)**. Lisboa, 2018. ISBN 978-972-27-2704-4.
- PEREIRA, Filipa – **O papel da vítima no processo penal português**. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2019. ISBN 978-972-540653-3.
- PINTER, Rafael – **As perguntas proibidas no processo civil e penal**. São Paulo: Ed. RT, 2022. ISBN 978-65-260-0605-4.
- PINTO, Paulo Mota – **Direitos de personalidade e direitos fundamentais**. Coimbra: Ed. Gestlegal, 2018. ISBN 978-989-54076-3-7.
- PITOMBO, Cleunice Bastos – **Da busca e apreensão no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. ISBN 85-203-2777-X.
- PRADO, Geraldo - Avaliação e valoração da prova, in **V Congresso de Direito Penal e de Processo Penal - Memoriais** (coord. Manuel Monteiro Guedes Valente). Coimbra: Ed. Almedina, 2016, pp. 209-227. ISBN 978-972-40-6569-4.
- QUEIJO, Maria Elisabeth – **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: Ed. Saraiva, 2012. ISBN 978-85.02.13025-8.
- QUEIROZ, Cristina – A verdade e as formas jurídicas. In **Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**. Coimbra: Ed. Almedina, 2002, vol. II, pp. 921-951. ISBN 972-40-1814-8.
- RAMOS, Vitor de Paula – **Prova documental: do documento aos documentos, do suporte à informação**. 3ª ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2023. ISBN 978-85-442-4146-2.
- RISTORI, Adriana Dias Paes – **Sobre o silêncio do arguido no interrogatório do processo penal português** – Coimbra: Ed. Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3109-5.

- ROXIN Claus; SCHÜNEMANN, Bernd – **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ed. Didot, 2019. ISBN 978-987-3620-45-4.
- ROXIN Claus – **La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias**. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2008. ISBN 978-950-741-380-3.
- RUST, Leandro Duarte – Bulas inquisitoriais: Ad abolendam (1184) e Vergentis in senium (1199). **Revista de História da Universidade de São Paulo**, nº 166, 2012, pp. 129-161. [Em linha] [Consult. 14/5/2024]. Disponível em <https://revistas.usp.br/revhistoria/article/view/48532/52451>. [Consult. em 20-05-2024].
- SÁNCHEZ, Jeffry J. Mora - La prueba de hechos futuros. In **Derechos fundamentales y coerción penal - una visión crítica sobre temas claves del sistema punitivo**. Santiago: Ed. Olejnik, 2022, pp. 99-137. ISBN 978-956-407-145-9.
- _____- Victimología y poder. In **Derechos fundamentales y coerción penal - una visión crítica sobre temas claves del sistema punitivo**. Santiago: Ed. Olejnik, 2022, pp. 543-560. ISBN 978-956-407-145-9.
- SANTOS, Marcos Renan Palácio de Moraes Claro – **O direito ao silêncio no processo penal: Uma abordagem sobre o princípio *nemo tenetur se detegere***. 4ª ed. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2022. ISBN 978-65-5518-346-7.
- SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020. ISBN 978-65-5518-206-4.
- SBRACCIA, Alvisé; VIANELLO, Francesca – **Sociologia della devianza e della criminalità**. Bari: Ed. Laterza, 2010. ISBN 978-88-420-9282-7.
- SCHENIQUE, Laurie – **La réforme de la phase préparatoire du procès pénal**. Paris: Ed. L'Harmattan, 2014. ISBN 978-2-343-04328-9.
- SEIÇA, Antônio Alberto Medina de – **O conhecimento probatório do co-arguido**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999. ISBN 972-32-0901-2.

SEN, Amartya – **A ideia de justiça**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2011. ISBN 978-85-359-1927-1.

SILVA, Germano Marques da - **Curso de processo penal**. 6ª ed. Vol. I. Lisboa: Ed. Babel, 2010. ISBN 978-972-22-3011-7.

_____ – **Curso de processo penal**. 5ª ed. Vol. II. Lisboa: Ed. Babel, 2011. ISBN 978-972-22-3043-8.

SILVA, Sandra Oliveira e – **A proteção de testemunhas no processo penal**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007. ISBN 978-972-32-1516-8.

_____ – *Nemo tenetur se ipsum accusare* e deveres de colaboração em matéria tributária. In **Prova penal teórica e prática** (coord. Paulo de Souza Mendes e Rui Soares Pereira). Coimbra: Ed. Almedina, 2020, pp. 77-113.

SOUSA, Luís Felipe Pires de – **Prova testemunhal: noções de psicologia do testemunho**. 2ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2020. ISBN 978-972-40-8644-6.

TARUFFO, Michele – **La prueba de los hechos**. 4ª ed. Madri: Ed. Trotta, 2011. ISBN 978-84-8164-534-7.

_____ - **Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos**. Madri: Ed. Marcial Pons, 2010. ISBN 978-84-9768-789-8.

TASSINARI, Davide – **Nemo tenetur se detegere: La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato**. Bolonha: Bologna University Press, 2012. ISBN 978-88-7395-784-3.

TEIXEIRA, António de Jesus – **Os limites do efeito-à-distância nas proibições de prova no processo penal português**. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2014. ISBN 978-972-54-0428-7.

TORON, Alberto Zacharias – **Habeas corpus: controle do devido processo legal – questões controvertidas e de processamento do writ**. São Paulo: Ed. RT, 2017. ISBN 978-85-203-7247-0.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – **Processo Penal**, Vol 1. 20ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998. ISBN 85-02-02183-4.

TUCCI, Rogério Lauria – **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. ISBN 978-85-203-4062-2.

VALE, Ionilton Pereira do; SANTOS, Teodoro Silva – **O princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* ou o direito à não auto-inculpação e os aspectos relacionados ao direito ao silêncio no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2017. ISBN 978-85-519-0058-1.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal**. 3ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, Tomo I, 2022. ISBN 978-972-40-4207-7.

_____ – **Teoria geral do Direito Policial**. 6ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-8078-9.

VALLETE, Vanessa – **La personne mise en cause en matière pénale**. Paris: Ed. LGDJ, 2002. ISBN 2-912589-16-9.

WALLE, Sandrine [et all] - **Les témoins devant la justice: une histoire des status et des comportements**. GARNOT, Benoît (coord). Rennes: Ed. Universidade de Rennes, 2003. ISBN 2-86847-756-9.

Fontes documentais.

Tratados internacionais

EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. [em linha] [disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG]. [Consult. em 20-05-2024].

PACTO DE SAN JOSE (COSTA RICA). [em linha] [disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm]. [Consult. em 20-05-2024].

PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. [em linha] [disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm]. [Consult. em 20-05-2024].

Jurisprudência internacional

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Funke vs. França. Application nº 10828/84, j. 25/02/1993. [em linha] [disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>]. [Consult. em 20-05-2024].

Murray vs. Reino Unido. Application nº 18731/91, j. 08/02/1996. [em linha] [disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>]. [Consult. em 20-05-2024].

Saunders vs. Reino Unido. Application no. 19187/91, j. 17/12/1996. [em linha] [disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>]. [Consult. em 20-05-2024].

Serves vs. França. Application no. 20225/92, j. 20/10/1997. [em linha] [disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>]. [Consult. em 20-05-2024].

Allan vs. Reino Unido. Application no. 48539/99, j. 5/11/2002. [em linha] [disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>]. [Consult. em 20-05-2024].

Jalloh vs. Alemanha. Application no. 54810/00, j. 11/7/2006. [em linha] [disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>]. [Consult. em 20-05-2024].

Bykov vs. Rússia. Application no. 4378/02, j. 10/3/2009. [em linha] [disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>]. [Consult. em 20-05-2024].

Brusco vs. França. Requête no. 1466/07. J. 14/01/2011. [em linha] [disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>]. [Consult. em 20-05-2024].

Ilseher vs. Alemanha. Applications nos. 10211/12 e 27505/14, j. 2/2/2017. [em linha] [disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>]. [Consult. em 20-05-2024].

Tribunal Penal Internacional

Processo nº ICC-01/04-01/06. Decisão oral de 28/1/2009. Transcrição (*In* MABANGA, Ghislain M. – Le témoin assisté devant la Cour Penale Internationale: contribution à l'évolution du droit international pénal. Paris: Ed. LGDJ, 2017. ISBN 978-2-37032-138-1).

Legislação interna

Argentina

CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA. [em linha] [disponível em <https://www.argentina.gob.ar>]. [Consult. em 20-05-2024].

Brasil

ATO INSTITUCIONAL nº 5/68. [em linha] [disponível em <https://www.planalto.gov.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

CONSTITUIÇÃO DE 1824. [em linha] [disponível em <https://www.planalto.gov.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

CONSTITUIÇÃO DE 1930. [em linha] [disponível em <https://www.planalto.gov.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

CONSTITUIÇÃO DE 1934. [em linha] [disponível em <https://www.planalto.gov.br/>].
[Consult. em 20-05-2024].

CONSTITUIÇÃO DE 1937. [em linha] [disponível em <https://www.planalto.gov.br/>].
[Consult. em 20-05-2024].

CONSTITUIÇÃO DE 1946. [em linha] [disponível em <https://www.planalto.gov.br/>].
[Consult. em 20-05-2024].

CONSTITUIÇÃO DE 1988. [em linha] [disponível em <https://www.planalto.gov.br/>].
[Consult. em 20-05-2024].

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DO IMPÉRIO (1832). [em linha] [disponível em
<https://www.planalto.gov.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (1941). [em linha] [disponível em
<https://www.planalto.gov.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR (1969). [em linha] [disponível em
<https://www.planalto.gov.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ nº 213/2015. [em linha]
[disponível em <https://www.cnj.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

DECRETO nº 592/92. [em linha] [disponível em <https://www.planalto.gov.br/>]. [Consult. em
20-05-2024].

DECRETO nº 678/92. [em linha] [disponível em <https://www.planalto.gov.br/>]. [Consult. em
20-05-2024].

ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (LEI nº 8.906/94). [em linha]
[disponível em <https://www.planalto.gov.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

LEI nº 3.353/1888. [em linha] [disponível em <https://www.planalto.gov.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

LEI nº 8.038/90. [em linha] [disponível em <https://www.planalto.gov.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

LEI nº 10.792/03. [em linha] [disponível em <https://www.planalto.gov.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

LEI nº 11.689/08. [em linha] [disponível em <https://www.planalto.gov.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

LEI nº 12.830/13. [em linha] [disponível em <https://www.planalto.gov.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

LEI ORGÂNICA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA (LEI COMPLEMENTAR nº 80/94). [em linha] [disponível em <https://www.planalto.gov.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Espanha

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (1978). [em linha] [disponível em <https://www.senado.es/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Estados Unidos da América

MASSACHUSETTS BODY OF LIBERTIES. [em linha] [disponível em <https://www.mass.gov/>]. [Consult. em 20-05-2024].

THE UNITED STATES CONSTITUTION. [em linha] [disponível em <https://constitutioncenter.org/the-constitution/full-text>]. [Consult. em 20-05-2024].

França

CODE DE PROCÉDURE PÉNAL. [em linha] [disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/>]. [Consult. em 20-05-2024].

CONSTITUTION DE 1946. [em linha] [disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr>]. [Consult. em 20-05-2024].

CONSTITUTION DE 1958. [em linha] [disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr>]. [Consult. em 20-05-2024].

LOI n° 2000-516. [em linha] [disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/>]. [Consult. em 20-05-2024].

LOI n° 87-1062. [em linha] [disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Itália

COSTITUZIONE ITALIANA. [em linha] [disponível em https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione_ITALIANO.pdf]. [Consult. em 20-05-2024].

Portugal

CÓDIGO CIVIL. [em linha] [disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. [em linha] [disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. [em linha] [disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (1929). [em linha] [disponível em <https://files.dre.pt/1s/1929/02/03700/04630517.pdf>]. [Consult. em 20-05-2024].

CÓDIGO PENAL. [em linha] [disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].

CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA (1933). [em linha] [disponível em <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1933.pdf>]. [Consult. em 20-05-2024].

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA (1976). [em linha] [disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>]. [Consult. em 20-05-2024].

ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS (Lei nº 145/2015). [em linha] [disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>]. [Consult. em 20-05-2024].

LEI nº 48/2007. [em linha] [disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].

ORDENAÇÕES FILIPINAS [em linha] [disponível em <https://bdigital.tcontas.pt/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Jurisprudência

Argentina

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina - Fallos 281:177 (21/6/1971). [em linha] [disponível em <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina - Fallos 303:1938 (10/12/1981). [em linha] [disponível em <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Brasil

Superior Tribunal de Justiça - RHC nº 3.012/MG, rel. Min. ADHEMAR MACIEL, j. 21/9/1993. [em linha] [disponível em <https://www.stj.jus.br>]. [Consult. em 20-05-2024].

Superior Tribunal de Justiça - RHC nº 4.582/RJ, rel. Min. ADHEMAR MACIEL, j.
19/9/1995. [em linha] [disponível em <https://www.stj.jus.br>]. [Consult. em 20-05-2024].

Superior Tribunal de Justiça - RHC nº 66.908/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j.
10/11/2016. [em linha] [disponível em <https://www.stj.jus.br>]. [Consult. em 20-05-2024].

Superior Tribunal de Justiça - HC ° 371.501/PE, rel. Min. REYNALDO SOARES DA
FONSECA, j. 27/04/2017. [em linha] [disponível em <https://www.stj.jus.br>]. [Consult.
em 20-05-2024].

Superior Tribunal de Justiça - HC 330.559/SC, rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j.
25/9/2018. [em linha] [disponível em <https://www.stj.jus.br>]. [Consult. em 20-05-2024].

Superior Tribunal de Justiça - EDcl no AgInt no REsp nº 1.836.028/PR, rel. Min. JOEL ILAN
PACIORNIK, j. 5/5/2020. [em linha] [disponível em <https://www.stj.jus.br>]. [Consult.
em 20-05-2024].

Superior Tribunal de Justiça - HC nº 611.918/SP. rel. Min. ANTONIO SALDANHA
PALHEIRO, j. 7/12/2020. [em linha] [disponível em <https://www.stj.jus.br>]. [Consult.
em 20-05-2024].

Superior Tribunal de Justiça - RHC nº 88.030/RJ, rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j.
6/4/2021. [em linha] [disponível em <https://www.stj.jus.br>]. [Consult. em 20-05-2024].

Superior Tribunal de Justiça - AgRg no RMS nº 62.562/MT, rel. p/ acórdão Min.
REYNALDO SOARES DA FONSECA, j. 7/12/2021. [em linha] [disponível em
<https://www.stj.jus.br>]. [Consult. em 20-05-2024].

Superior Tribunal de Justiça - HC Nº 703.978/SC, rel. Des. Conv. OLINDO MENEZES, j.
5/4/2022. [em linha] [disponível em <https://www.stj.jus.br>]. [Consult. em 20-05-2024].

Superior Tribunal de Justiça - HC nº 834.126/RS, rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j.
5/9/2023. [em linha] [disponível em <https://www.stj.jus.br>]. [Consult. em 20-05-2024].

Superior Tribunal de Justiça - AgRg no HC 841885/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, j. 25/09/2023. [em linha] [disponível em <https://www.stj.jus.br>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal - HC nº 68.929/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 22/10/1991. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal - HC nº 79.589/DF, rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, j. 5/4/2000. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal - HC nº 99.289/RS, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 23/6/2009. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal - HC nº 113.881/DF, rel. Min. LUIZ FUX, j. 4/6/2012. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal - RHC nº 120.414/SP, rel. Min. TEORI ZAVASCKI, j. 6/5/2014. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal - RE nº 593.727/MG, rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, j. 14/05/2015. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal - RE nº 603.616/RO, rel. Min. GILMAR MENDES, j. 5/11/2015. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal – ADPF nº 444/DF, rel. Min. GILMAR MENDES, j. 14/6/2018. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal - Rcl nº 33.711/SP, rel. Min. GILMAR MENDES, j. 11/6/2019. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal - ADI nº 4.911/DF, rel. p/ acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. 23/11/2020. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal - AgRg no RHC nº 170.843/SP, rel. Min. GILMAR MENDES, j. 4/5/2021. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal - HC nº 204.485 MC/DF, decisão monocrática do Min. LUIS FUX, j. 5/7/2021. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal - HC nº 204.492 MC/DF, decisão monocrática do Min. LUIS FUX, j. 14/7/2021. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal - HC nº 204.196/DF, decisão monocrática do Min. EDSON FACHIN, j. 5/8/2021. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal – AgRg (2º) na Rcl nº 43.007/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 21/2/2022. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal - HC nº 227.671/RN, rel. Min. EDSON FACHIN, j. 8/8/2023. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal Federal – ADPF nº 347/DF, rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 4/10/2023. [em linha] [disponível em <https://portal.stf.jus.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - Apelação 0002236-15.2010.8.19.0051, j. 24/11/2015. [em linha] [disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Tribunal de Justiça de São Paulo - Apelação nº 1508957-15.2018.8.26.0347, j. 29/11/2018. [em linha] [disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Tribunal de Justiça de São Paulo - Apelação nº 1500912-60.2018.8.26.0302, j. 08/05/2023.
[em linha] [disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Tribunal Regional Federal da 2ª Região - HC nº 2012.02.01.003942-7, j. 26/06/2012. [em
linha] [disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Estados Unidos da América

Court of Appeals for the Fourth Circuit - Al Shimari v. CACI Premier Technology, Inc.,
(Proc. no. 15-1831). 2016. [em linha] [disponível em https://law.justia.com]. [Consult.
em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Barron vs. Baltimore - 32 U.S. (7 Pet) 243 (1833). [em linha]
[disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Dred Scott vs. Sandford - 60 U.S. 393 (1856). [em linha] [disponível
em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Hurtado vs. California - 110 U. S. 516 (1884). [em linha]
[disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Hopt vs. Utah - 110 U.S. 574 (1884). [em linha] [disponível em
<https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Boyd vs. EUA - 116 U.S. 616 (1886). [em linha] [disponível em
<https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Counselman vs. Hitchcock - 142 U.S. 547 (1892). [em linha]
[disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Wilson vs. EUA (I) - 149 U.S. 60 (1893). [em linha] [disponível em
<https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Brown vs. Walker - 161 U.S. 591 (1896). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Wilson vs. EUA (II) - 162 U.S. 613 (1896). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Bram vs. EUA - 168 U.S. 532 (1897). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Hale vs. Henkel - 201 U.S. 43 (1906). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Twining vs. State - 211 U.S. 78 (1908). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Blair vs. United States - 250 U.S. 273 (1919). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Silverthorne Lumber Co. vs. EUA - 251 U.S. 385 (1920). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - McCarthy vs. Arndstein - 266 U.S. 34 (1924). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Powell vs. Alabama - 273 U. S. 510 (1927). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - EUA vs. Murdock - 284 U.S. 141 (1931). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Nardone vs. EUA - 308 U.S. 338 (1939). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Chambers v. Florida - 309 U.S. 227 (1940). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Lisenba vs. California - 314 U.S. 219 (1941). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Ashcraft vs. Tennessee - 322 U.S. 143 (1944). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Feldman vs. EUA - 322 U.S. 487 (1944). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Lyons vs. Oklahoma - 322 U.S. 596 (1944). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Adamson vs. California - 332 U. S. 46 (1947). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - EUA vs. Bayer - 331 U.S. 532 (1947). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Watts vs. Indiana - 338 U.S. 49 (1949). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Blau vs. EUA - 340 U.S. 159 (1950). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Hoffman vs. United States - 341 U.S. 479 (1951). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Rochin vs. California - 342 U.S. 165 (1952). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Fikes vs. Alabama - 352 U.S. 191 (1957). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Knapp vs. Schweitzer - 357 U.S. 371 (1958). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Blackburn vs. Alabama - 361 U.S. 199 (1960). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Rogers vs. Richmond - 365 U.S. 534 (1961). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Mapp vs. Ohio (367 U.S. 643 - 1961). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Townsend vs. Sain - 372 U.S. 293 (1963). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Wong Sun vs. EUA - 371 U.S. 471 (1963). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Malloy vs. Hogan - 378 U. S. 1 (1964). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Murphy vs. Waterfront Commission - 378 U.S. 52 (1964). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Escobedo vs. Illinois - 378 U.S. 478 (1964). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Griffin vs. California - 380 U.S. 609 (1965). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Miranda vs. Arizona - 384 U.S. 436 (1966). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Schmerber vs. California - 384 U.S. 757 (1966). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Frazier vs. Cupp - 394 U.S. 731 (1969). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Harris vs. Nova York - 401 U.S. 222 (1971). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Kastigar vs. EUA - 406 U.S. 441 (1972). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Lefkowitz vs. Turley - 414 U.S. 70 (1973). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Michigan vs. Tucker - 417 U.S. 433 (1974). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA -Brown vs. Illinois - 422 U.S. 590 (1975). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Oregon vs. Mathiason - 429 U.S. 492 (1977). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - EUA vs. Ceccolini - 435 U.S. 268 (1978). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Edwards vs. Arizona - 451 U.S. 477 (1981). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Solem vs. Stumes - 465 U.S. 638 (1984). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Nova York vs. Quarles - 467 U.S. 649 (1984). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Nix vs. Williams - 467 U.S. 431 (1984). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Berkemer vs. McCarty - 468 U.S. 420 (1984). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Oregon vs. Elstad - 470 U.S. 298 (1985). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Michigan vs. Jackson - 475 U.S. 625 (1986). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Rock vs. Arkansas - 483 U.S. 44 (1987). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Doe vs. EUA - 487 U.S. 201 (1988). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Pennsylvania vs. Muniz - 496 U.S. 582 (1990). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Arizona vs. Fulminante - 499 U.S. 279 (1991). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - McNeil vs. Wisconsin - 501 U.S. 171 (1991). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Davis vs. EUA - 512 U.S. 452 (1994). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Thompson vs. Keohane - 516 U.S. 99 (1995). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - EUA vs. Hubbell - 530 U.S. 27 (2000). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Dickerson vs. EUA - 530 U.S. 428 (2000). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Chavez vs. Martinez - 538 U.S. 760 (2003). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - EUA vs. Patane - 542 U.S. 630 (2004). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Roper vs. Simmons - 543 U.S. 551 (2005). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Hamdan vs. Rumsfeld. 548 U.S. 557 (2006). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Montejo vs. Louisiana - 556 U.S. 778 (2009). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Maryland vs. Shatzer - 559 U.S. 98 (2010). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - J. D. B. vs. North Carolina - 564 U.S. 261 (2011). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Howes vs. Fields - 565 U.S. 499 (2012). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Salinas vs. Texas - 570 U.S. 178 (2013). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supreme Court of USA - Vega vs. Tekoh - 597 U.S. ____ (2022). [em linha] [disponível em <https://supreme.justia.com/>]. [Consult. em 20-05-2024].

França

Conseil Constitutionnel. Décision n. 80-127 DC, j. 20/1/1981. [em linha] [disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions>]. [Consult. em 20-05-2024].

Conseil Constitutionnel. Décision n. 89-258 DC, j. 8/7/1989. [em linha] [disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions>]. [Consult. em 20-05-2024].

Conseil Constitutionnel. Décision n. 343-344 DC, j. 27/7/1994. [em linha] [disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions>]. [Consult. em 20-05-2024].

Conseil Constitutionnel. Décision n. 95-360 DC, j. 2/2/1995. [em linha] [disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions>]. [Consult. em 20-05-2024].

Conseil Constitutionnel. Décision n. 2004-492, j. 2/3/2004. [em linha] [disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions>]. [Consult. em 20-05-2024].

Conseil Constitutionnel. Décision n. 2012-257 QPC, j. 18/6/2012. [em linha] [disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions>]. [Consult. em 20-05-2024].

Conseil Constitutionnel. Décision n. 2020-886 QPC, j. 4/3/2021. [em linha] [disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions>]. [Consult. em 20-05-2024].

Conseil Constitutionnel. Décision n. 2023-1072 QPC, j. 1º/12/2023. [em linha] [disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions>]. [Consult. em 20-05-2024].

Cour de Cassation (Chambre Criminelle) - Pourvoi n° 23-84.520, bull. crim. 00424 (ECLI:FR:CCASS:2024:CR00424), j. 4/4/2024. [em linha] [disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Itália

Corte Costituzionale - Sentenza n. 117/1979 (j. 10/10/1979). [em linha] [disponível em <https://www.cortecostituzionale.it>]. [Consult. em 20-05-2024].

Corte Costituzionale - Sentenza n. 149/1995 (j. 5/5/1995). [em linha] [disponível em <https://www.cortecostituzionale.it>]. [Consult. em 20-05-2024].

Corte Costituzionale - Sentenza n. 111/2023 (j. 6/4/2023). [em linha] [disponível em <https://www.cortecostituzionale.it>]. [Consult. em 20-05-2024].

Portugal

Supremo Tribunal de Justiça - Processo n° 09P0395, Rel. SANTOS CABRAL, j. 12/3/2009. [em linha] [disponível em <http://www.dgsi.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal de Justiça - Processo n° 2782/10.2TXPRT-G.S1, rel. NUNO GONÇALVES, j. 16/03/2022. [em linha] [disponível em <http://www.dgsi.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal de Justiça - Processo n° 56/21.2JAFAR-H.S1, rel. LEONOR FURTADO, j. 15/02/2024. [em linha] [disponível em <http://www.dgsi.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal de Justiça - Processo n° 60/22.3SWLSB-B.S1, rel. AGOSTINHO TORRES, j. 07/03/2024. [em linha] [disponível em <http://www.dgsi.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal de Justiça - Processo n° 2051/13.6JAPRT-H.S1, rel. VASQUES OSÓRIO, j. 01/04/2024. [em linha] [disponível em <http://www.dgsi.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].

Supremo Tribunal de Justiça - Processo nº 8/09.0PEBGC-A.S1, rel. JORGE GONÇALVES, j.11/04/2024. [em linha] [disponível em <http://www.dgsi.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].

Tribunal Constitucional - Acórdão nº 136/1987, rel. Cons. JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, j. 8/4/1987. [em linha] [disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Tribunal Constitucional - Acórdão nº 695/1995, rel. Cons. VITOR NUNES DE ALMEIDA, j. 5/12/1995. [em linha] [disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Tribunal Constitucional - Acórdão nº 524/1997, rel. Cons. MARIA DA ASSUNÇÃO ESTEVES, j. 14/7/1997. [em linha] [disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Tribunal Constitucional - Acórdão nº 198/2004, rel. Cons. RUI MOURA RAMOS, j. 24/3/2004. [em linha] [disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Tribunal Constitucional - Acórdão nº 304/2004, rel. Cons. ARTUR MAURÍCIO, j. 5/5/2004. [em linha] [disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Tribunal Constitucional - Acórdão nº 181/2005, rel. Cons. PAULO MOTA PINTO, j. 5/4/2005. [em linha] [disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Tribunal Constitucional - Acórdão nº 155/2007, rel. Cons. GIL GALVÃO, j. 2/3/2007. [em linha] [disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>]. [Consult. em 20-05-2024].

Tribunal Constitucional - Acórdão nº 237/2008, rel. Cons. VITOR GOMES, j. 22/4/2008. [em linha] [disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>]. [Consult. em 20-05-2024].

- Tribunal Constitucional - Acórdão nº 461/2011, rel. Cons. CATARINA SARMENTO E CASTRO, j. 11/10/2011. [em linha] [disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>]. [Consult. em 20-05-2024].
- Tribunal Constitucional - Acórdão nº 418/2013, rel. Cons. CATARINA SARMENTO E CASTRO, j. 15/7/2013. [em linha] [disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>]. [Consult. em 20-05-2024].
- Tribunal da Relação de Coimbra - Processo nº 71/11.4GCALD.C1, rel. JOSÉ EDUARDO MARTINS, j. 11/09/2013. [em linha] [disponível em <http://www.dgsi.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].
- Tribunal da Relação de Coimbra - Processo nº 418/19.5PBFIG.C1, rel. PEDRO LIMA, j. 13/12/2023. [em linha] [disponível em <http://www.dgsi.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].
- Tribunal da Relação de Lisboa - Processo nº 7277/2008-9, rel. JOÃO ABRUNHOSA, j. 26/3/2009. [em linha] [disponível em <http://www.dgsi.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].
- Tribunal da Relação de Lisboa - Processo nº 4910/08.9TDLSB.L1-3-1ªPARTE, rel. MARGARIDA RAMOS DE ALMEIDA, j. 16/10/2019. [em linha] [disponível em <http://www.dgsi.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].
- Tribunal da Relação de Lisboa - Processo nº 71/18.3YUSTR-J.L1-PICRS, rel. RUI MIGUEL TEIXEIRA, j. 12/11/2019. [em linha] [disponível em <http://www.dgsi.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].
- Tribunal da Relação de Lisboa - Processo nº 320/14.7GCMTJ.L1-9, rel. FILIPA COSTA LOURENÇO, j. 22/06/2017. [em linha] [disponível em <http://www.dgsi.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].
- Tribunal da Relação do Porto - Processo nº 1658/21.2T8VFR-.P1, rel. JERÓNIMO FREITAS, j. 04/05/2022. [em linha] [disponível em <http://www.dgsi.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].

Tribunal da Relação do Porto - Processo nº 182/22.2GCVFR.P1, rel. PEDRO VAZ PATO, j. 07/02/2024. [em linha] [disponível em <http://www.dgsi.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].

Tribunal da Relação do Porto - Processo nº 657/21.9T9AVR.P1, rel. PEDRO VAZ PATO, j. 21/02/2024. [em linha] [disponível em <http://www.dgsi.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].

Tribunal da Relação do Porto - rocesso nº 471/20.9PIVNG.P1, rel. PEDRO AFONSO LUCAS, j. 9/11/2022. [em linha] [disponível em <http://www.dgsi.pt>]. [Consult. em 20-05-2024].