

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E A
OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO AO CONTROLE DE
ALCOOLEMIA: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE
DO ART. 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO**

MARCIO RIO BRANCO NABUCO DE GOUVEA

Itajaí-SC, maio de 2020

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E A OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO AO CONTROLE DE ALCOOLEMIA: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

MARCIO RIO BRANCO NABUCO DE GOUVEA

Dissertação submetida ao Programa de PósGraduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e à Widener University Delaware Law School, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e “LLM in Corporate and Business Law”.

Orientador: Professor Doutor Aírto Chaves Junior

Coorientador: Professor Doutor Brett Bendistis

Itajaí-SC, maio de 2020

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ter me proporcionado uma vida tão completa.

Aos meus familiares, pela compreensão nos momentos de ausência, especialmente no período de estudos em Delaware.

Aos meus orientadores, Professor Doutor Aírto Chaves Junior e Professor Doutor Brett Bendistis, pela paciência e por terem dispensado todos os subsídios necessários à realização desta dissertação.

Ao Ministério Público de Santa Catarina, pelo investimento no meu aperfeiçoamento funcional e acadêmico, bem como por ter possibilitado o afastamento das atividades ministeriais para que me dedicasse exclusivamente às atividades acadêmicas.

Aos colegas de trabalho – membros e assistentes de promotoria - pela compreensão e ajuda na substituição perante a 7ª Promotoria de Justiça de Blumenau e a 10ª Promotoria de Justiça de Itajaí por longos períodos.

A todos os professores e servidores da UNIVALI, em especial àqueles diretamente envolvidos com o pioneiro projeto da dupla titulação com a Widener University Delaware Law School, dos quais destaco os Doutores Marcelo Buzaglo Dantas, Natammy Luana de Aguiar Bonissoni e Gilson Jacobsen.

A todos os professores e colaboradores da Widener University Delaware Law School pela calorosa recepção, fantástica estrutura disponibilizada e qualidade irrepreensível do conteúdo lecionado. A atenção dispensada aos estudantes brasileiros pela Dean Eileen A. Grena-Piretti e pelos Professores Erin Daly, James R. May e Richard Herrmann, dentre outros, nunca será esquecida.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Sergio e Sonia, e à minha irmã Maria Claudia, a quem devo tudo que sou e conquistei.

À minha esposa Janaisa, ao meu filho João e à minha enteada Bruna, por todos os dias fazerem minha vida muito melhor.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, maio de 2020.

A handwritten signature in blue ink, consisting of stylized, cursive letters that appear to read 'M-R-B-G'.

Marcio Rio Branco Nabuco de Gouvea

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de defesa de mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI, em 02/06/2020, às 09h, o mestrando Márcio Rio Branco Nabuco de Gouvea fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título “O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E A OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO AO CONTROLE DE ALCOOLEMIA: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO”.

A Banca examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Aírto Chaves Junior (UNIVALI) como presidente e orientador, Doutor Bruno Makowiecky Salles (TJSC) como membro, Doutor Ricardo Stanziola Vieira (UNIVALI) como membro e Doutora Heloíse Siqueira Garcia (UNIVALI) como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 02 de junho de 2020.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Cap.	Capítulo
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
Cf.	Conforme
CONTRAN	Conselho Nacional de Trânsito
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
Inc.	Inciso
Min.	Ministro
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Suprema Corte	Suprema Corte dos Estados Unidos da América
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
UNIVALI	Universidade do Vale do Itajaí

ROL DE CATEGORIAS

DIREITO AO SILÊNCIO: mais tradicional manifestação do Princípio da Não Autoincriminação, consistente no direito fundamental do suspeito, investigado ou acusado de não responder a indagações formuladas por uma autoridade. É também uma expressão do direito à intimidade e insere-se entre as liberdades públicas, oponíveis ao Estado.¹

DIREITOS FUNDAMENTAIS: são os direitos do homem – entendidos estes como válidos para todos os povos e em todos os tempos, decorrentes da própria natureza humana – jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no espaço e no tempo, uma vez que objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.²

JUSNATURALISMO: uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural. Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal.³

JUSPOSITIVISMO: importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais - o que apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Segundo tal paradigma, Direito seria apenas norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deveria fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não

¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2ª ed. (Kindle). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 3893-3906.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 393.

³ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade.⁴

NEOCONSTITUCIONALISMO: conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.⁵

NEMO TENETUR SE DETEGERE: expressão latina cunhada na Idade Média, que pode ser traduzida como “ninguém é obrigado a se descobrir”, comumente empregada como sinônimo do Princípio da Não Autoincriminação.⁶

PÓS-POSITIVISMO: designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos Direitos Fundamentais. Representa um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação, e é resultado da superação histórica do Jusnaturalismo e do fracasso político do Juspositivismo.⁷

PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: princípio de direito fundamental segundo o qual nenhum homem é obrigado a colaborar na produção de qualquer

⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em 09 Mai. 2020.

⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2ª ed. (Kindle). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 254-307.

⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

prova que procure prejudicá-lo.⁸

PROPORCIONALIDADE: máxima decorrente da natureza dos princípios, empregada especialmente em casos de colisões ou restrições a Direitos Fundamentais individuais ou interesses coletivos, composta pelas máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁹

⁸ COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 152-156.

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114-117.

SUMÁRIO

RESUMO	p. 14
ABSTRACT	p. 16
INTRODUÇÃO	p. 18
CAPÍTULO 1	p. 22
DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALISMO	p. 22
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: EVOLUÇÃO CONCEITUAL E HISTÓRICA.....	p. 22
1.1.1 Conceito de Direitos Fundamentais.....	p. 22
1.1.2 Evolução Histórica.....	p. 24
1.2 DO JUSNATURALISMO AO PÓS-POSITIVISMO.....	p. 30
1.3 O PÓS-POSITIVISMO E AS IDEIAS DE DWORKIN E ALEXY.....	p. 34
1.3.1 O Neoconstitucionalismo.....	p. 38
1.4 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS E A LEI DE COLISÃO.....	p. 42
1.5 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	p. 44
1.5.1 As Teorias Interna e Externa das Limitações a Direitos Fundamentais.....	p. 46
1.5.2 Conceito de Restrição.....	p. 47
1.5.3 Tipos de Restrição.....	p. 48
1.5.4 Proteção ao Conteúdo Essencial (Os “Limites dos Limites”).....	p. 50
CAPÍTULO 2	p. 53
O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO	p. 53
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	p. 53
2.2 ORIGENS E DESENVOLVIMENTO.....	p. 53
2.2.1 Idade Média Europeia.....	p. 54
2.2.2 Idade Moderna Europeia.....	p. 56
2.2.3 Estados Unidos da América.....	p. 58
2.2.4 Brasil.....	p. 63
2.2.4.1 Ordenações Afonsinas e Manuelinas.....	p. 64
2.2.4.2 Ordenações Filipinas.....	p. 64

2.2.4.3 Constituição Política do Império do Brasil de 1824.....	p. 66
2.2.4.4. Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832.....	p. 67
2.2.4.5 Constituição Republicada de 1891.....	p. 69
2.2.4.6 Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967.....	p. 70
2.2.4.7 Código de Processo Penal de 1941.....	p. 70
2.2.4.8 Constituição de 1988.....	p. 71
2.3 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	p. 73
2.3.1 A dignidade da pessoa Humana.....	p. 74
2.3.2 Devido Processo Legal.....	p. 75
2.3.3 Ampla Defesa.....	p. 76
2.3.4 Presunção de Inocência.....	p. 77
 CAPÍTULO 3.....	 p. 79
O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA DAS	
CORTES CONSTITUCIONAIS.....	p. 79
3.1. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	p. 79
3.1.1 Declarações ou Evidências Físicas.....	p. 81
3.1.2 A embriaguez ao Volante e a Teoria do Consentimento Implícito.....	p. 87
3.2 ALEMANHA.....	p. 92
3.3 PORTUGAL.....	p. 96
3.3.1 Da Recusa ao Etilômetro no Direito Português.....	p. 99
3.4 ESPANHA.....	p. 102
3.5 SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS.....	p. 109
3.6 BRASIL.....	p. 116
3.6.1 Participação na Reconstituição do Crime.....	p. 117
3.6.2 Fornecimento de Padrões para Exame Grafotécnico.....	p. 118
3.6.3 Coleta de Material Biológico para Exame de DNA – Caso “Glória Trevi”.....	p. 119
3.6.4 Fornecimento de Padrões de Voz.....	p. 120
3.6.5 Interferências Desfavoráveis por Recusa ao Exame de Dosagem Alcoólica.....	p. 121

3.6.6 Interceptações Telefônicas	p. 121
3.6.7 Atribuição de Falsa Identidade perante Autoridade Policial	p. 123
3.6.8 Conduções Coercitivas para Interrogatório	p. 124
3.6.9 Crime de Fuga do Local do Acidente (Art. 305 do CTB)	p. 124
 CAPÍTULO 4	 p. 128
A CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 165-A DA LEI N. 9.503/97 A PARTIR DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO	p. 128
4.1 A LEI N. 9.503/97 (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO)	p. 128
4.2 EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA	p. 130
4.3 A INFRAÇÃO DE TRÂNSITO DO ART. 165-A DO CTB	p. 134
4.4 DA POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO AO <i>NEMO TENETUR SE DETEGE</i>	p. 136
4.5 DA RESTRIÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO PELO ART. 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO	p. 138
4.5.1 Do Âmbito de Proteção do Princípio da Não Autoincriminação	p. 139
4.5.2 Da Proporcionalidade da Restrição Prevista no Art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro	p. 146
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 p. 157
 REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	 p. 160

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito, dentro da área de concentração Fundamentos do Direito Positivo. Ela é resultado das pesquisas realizadas no curso de Mestrado do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e no curso *General Master in Laws (LLM)* da *Widener University – Delaware Law School*, como produto do convênio de dupla titulação entre as duas Universidades. O objetivo geral desta pesquisa é investigar a extensão conferida ao Princípio da Não Autoincriminação – usualmente identificado pelo brocardo latino *Nemo tenetur se detegere* – no Brasil, por meio da análise de legislação, doutrina e jurisprudência, e verificar eventual inconstitucionalidade em sua restrição pela norma prevista no art. 165-A da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), que caracteriza como infração administrativa a recusa à submissão “a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa”. Para tanto, foi utilizado o método indutivo na fase de investigação, tratamento de dados e no relatório da pesquisa, além das técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento. A pesquisa é dividida em quatro capítulos. O primeiro capítulo trata da evolução histórica e conceitual dos Direitos Fundamentais e do Constitucionalismo, com destaque para a Teoria dos Princípios de Robert Alexy e seus critérios de diferenciação entre regras e princípios – reconhecidos como espécies do gênero normas –, resolução de conflitos envolvendo princípios e restrições a Direitos Fundamentais. O segundo capítulo cuida da evolução histórica do Princípio da Não Autoincriminação, passando por seu surgimento e desenvolvimento na Europa, Estados Unidos da América e, posteriormente, Brasil, até sua definitiva consagração na nossa Constituição de 1988. Ao terceiro capítulo reserva-se a análise de precedentes acerca do tema de Cortes Constitucionais de algumas nações desenvolvidas – a exemplo dos Estados Unidos da América, tanto pelo seu profundo desenvolvimento teórico do instituto, quanto pelo contato com tal ordenamento jurídico que a experiência em Delaware proporcionou, além de Alemanha, Portugal e Espanha –, bem como do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O quarto capítulo aborda o Código de Trânsito Brasileiro, em especial seus dispositivos referentes à

embriaguez ao volante, e sua eventual violação ao Princípio da Não Autoincriminação. Finda a pesquisa, verifica-se que a previsão normativa do art. 165-A do CTB está em conformidade com a Constituição brasileira, uma vez que a restrição ao direito fundamental de não se autoincriminar nela contida deve ser considerada proporcional *lato sensu*.

Palavras-chave: Princípio da Não Autoincriminação. Direitos Fundamentais. Proporcionalidade. Art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro.

ABSTRACT

This dissertation was submitted for the line of research Constitutionalism and Law Production, within the area of concentration Fundamentals of Positive Law. It is the result of a study conducted for the *Stricto Sensu* Post-Graduate Program in Legal Science of the University of Vale do Itajaí, and the Master of Law (LLM) program at Widener University - Delaware Law School, as a result of the double degree agreement between both Universities. The general objectives of this research are to investigate the extension conferred on the Privilege against Self-Incrimination - usually identified by the Latin adage *Nemo tenetur se detegere* - in Brazil, through the analysis of legislation, jurisprudence and precedents, and to determine the possible unconstitutionality of its restriction by the regulatory norm of Article 165-A of Law no. 9.503/97 (Brazilian Traffic Code), which characterizes, as an administrative infraction, refusal to submit “to a test, clinical examination, expertise or other procedure that enables the influence of alcohol or other psychoactive substance to be determined”. The inductive method was used in the investigation phase, data treatment, and research report, in addition to the techniques of referent, category, operational concepts, bibliographic research and annotation. This work is divided in four chapters. The first chapter deals with the historical and conceptual evolution of Fundamental Rights and the evolution of Constitutionalism, with emphasis on Robert Alexy's Theory of Principles and its criteria for differentiating between rules and principles - recognized as species of the norm genre –, conflict resolution involving principles and restrictions on fundamental rights. The second chapter deals with the historical evolution of the Privilege against Self-Incrimination, from its emergence and development in Europe, the United States of America and, later, in Brazil, through to its definitive enshrinement in our 1988 Constitution. The third chapter focuses on the analysis of precedents on the theme of Constitutional Courts of some developed countries, such as the United States of America, both for its deep theoretical development of the institute and because of the contact with that legal system that the experience in Delaware provided, besides Germany, Portugal and Spain – as well as the European Court of Human Rights. The fourth chapter addresses the Brazilian Traffic Code, in particular its provisions regarding driving under the influence of

alcohol (DUI), and its possible breach of the Privilege against Self-Incrimination. This research concludes that the normative provision of article 165-A of the Brazilian Traffic Code is in conformity with the Brazilian Constitution, since the restriction on the Privilege against Self-Incrimination contained therein must be considered proportional *lato sensu*.

Keywords: Privilege against Self-Incrimination. Fundamental Rights. Proportionality. Article 165-A of the Brazilian Traffic Code.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito, dentro da área de concentração Fundamentos do Direito Positivo, bem como pelo *General Master in Laws (LLM)* da *Widener University Delaware Law School*, em virtude do convênio de dupla titulação entre essas Universidades.

O seu objetivo científico é investigar a extensão conferida ao Princípio da Não Autoincriminação – usualmente identificado pelo brocardo latino *Nemo tenetur se detegere* – no Brasil, por meio da análise de legislação, doutrina e jurisprudência, e verificar eventual inconstitucionalidade em sua restrição pela norma prevista no art. 165-A da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), que caracteriza como infração administrativa a recusa a submissão “a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa”.

A escolha do tema decorre do fato de que em inquéritos policiais e ações penais por crimes de embriaguez ao volante, sem a prova pericial do exame de alcoolemia pela recusa do condutor (amparado no *Nemo tenetur se detegere*) resta ao operador do Direito, em regra, trabalhar com a prova testemunhal – normalmente policiais ou agentes de trânsito –, em tese menos precisa do que os testes com aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro ou bafômetro).

Surge, então, a curiosidade de estudar mais a fundo o tema, especialmente ao perceber que na maior parte das nações europeias e nos Estados Unidos da América – alguns desses ordenamentos e precedentes de suas Cortes constitucionais são analisados no terceiro capítulo – o alcance do Princípio da Não Autoincriminação não é tão largo. Em muitos deles, admitem-se práticas como a coleta forçada de sangue para exame de alcoolemia, a tipificação criminal da conduta de se recusar a colaborar com tais testes ou a admissão de inferências prejudiciais ao motorista que se recusa a soprar o etilômetro.

Para este trabalho é levantada a seguinte hipótese: é constitucional a previsão de infração administrativa prevista no art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, que penaliza com multa o condutor que se recusa à submissão determinada pela autoridade de trânsito a procedimentos que possam comprovar a existência de álcool ou outra substância psicoativa no seu organismo.

Os resultados do trabalho de exame da hipótese estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

O primeiro capítulo trata da evolução histórica e conceitual dos Direitos Fundamentais e do Constitucionalismo, com destaque para a Teoria dos Princípios de Robert Alexy e seus critérios de diferenciação entre regras e princípios – reconhecidos como espécies do gênero normas –, resolução de conflitos envolvendo princípios e restrições a Direitos Fundamentais. A opção por tal teoria se dá pelo seu prestígio na doutrina e jurisprudência, no Brasil e alhures, bem como porque ela fornece as ferramentas necessárias para a criteriosa análise da hipótese aqui apresentadas.

O segundo capítulo cuida da evolução histórica do Princípio da Não Autoincriminação. Essa digressão é feita a partir do seu surgimento e desenvolvimento na Europa, Estados Unidos da América e, posteriormente, no Brasil, até sua definitiva consagração na nossa Constituição de 1988. O capítulo trata também da caracterização do *Nemo tenetur se detegere* como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, bem como de sua relação com outros princípios constitucionais.

Ao terceiro capítulo reserva-se a análise de precedentes acerca do tema colocado sob julgamento nas Cortes Constitucionais de alguns países desenvolvidos – dentre eles os Estados Unidos da América, tanto pelo profundo desenvolvimento teórico do instituto, quanto pelo contato com tal ordenamento jurídico que a experiência em Delaware proporcionou –, bem como do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Encerra-se o capítulo com a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

O último capítulo aborda inicialmente o Código de Trânsito Brasileiro, em especial seus dispositivos referentes à embriaguez ao volante. É avaliada a norma do art. 165-A do CTB e sua conformidade constitucional, tendo como paradigma o Princípio da Não Autoincriminação. Para tal tarefa, delimita-se se a recusa aos testes de alcoolemia encontra-se no seu âmbito de proteção, e se a restrição ao direito fundamental contida no referido dispositivo legal pode ser considerada proporcional *latu sensu*.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões acerca do Princípio da Não Autoincriminação e a possibilidade de eventuais restrições.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹⁰ é utilizado o Método Indutivo¹¹, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano¹², e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa são acionadas as Técnicas do Referente¹³, da Categoria¹⁴, do Conceito Operacional¹⁵ e da Pesquisa Bibliográfica¹⁶.

Nesta Dissertação as Categorias principais estão destacadas com as

10 “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. rev., atual., e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

11 “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 114.

12 Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

13 “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 69.

14 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 41.

15 “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 58.

16 “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 217.

iniciais em maiúsculo e os seus Conceitos Operacionais são apresentados em glossário inicial.

CAPÍTULO 1

DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALISMO

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: EVOLUÇÃO CONCEITUAL E HISTÓRICA

1.1.1 Conceito de Direitos Fundamentais

Inicialmente, cumpre definir o que seriam os Direitos Fundamentais. Paulo Bonavides, em referência a Carl Schmitt, estabelece três critérios para sua caracterização, sendo dois formais e um material.¹⁷

De acordo com o primeiro critério formal, seriam designados Direitos Fundamentais todos os nomeados e especificados na Constituição.

Pelo segundo, fundamentais seriam aqueles direitos que receberam da Constituição maior segurança, seja por serem imutáveis, seja por terem eventuais alterações dificultadas.

Já materialmente, os Direitos Fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, os valores e princípios que a Constituição consagra.¹⁸ São direitos que, apesar de fora do catálogo (em sentido amplo) constitucional de Direitos Fundamentais, a estes podem ser equiparados por seu conteúdo e importância.

Ferrajoli apresenta o que chama de uma definição teórica, puramente formal ou estrutural, dos Direitos Fundamentais, conceituando-os como os direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos, desde que dotados do *status* de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir. O autor italiano argumenta que tal conceito se encaixa em qualquer ordenamento (autoritário ou democrático), em qualquer época, independentemente de estarem os direitos positivados na Constituição ou legislação ordinária.¹⁹

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 561.

¹⁸ Também se pode afirmar que materialmente fundamentais são os direitos inerentes ao ser humano, constem ou não de algum texto constitucional ou legal, como o direito à vida.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid:

Refere ainda que, por serem universais, são inalienáveis – numa sociedade escravista, por exemplo, o direito à liberdade, por ser alienável, não é universal, e conseqüentemente não seria fundamental. Por outro lado, reconhece que se for universal um direito absolutamente fútil, como o direito de fumar, deverá também ser considerado um direito fundamental.²⁰

O autor admite que esse conceito, enquanto meramente teórico, nada diz a respeito do conteúdo dos Direitos Fundamentais.²¹ E por isso estabelece três critérios axiológicos para se descobrir quais direitos devem ser garantidos como fundamentais: o primeiro seria o nexó entre direitos humanos e paz, ou seja, seriam os direitos cuja garantia é condição necessária para a paz; o segundo seria o nexó entre direitos e igualdade; e o terceiro seria o papel dos Direitos Fundamentais como a “lei do mais fraco”.²²

Canotinho afirma que Direitos Fundamentais são os direitos do homem – entendidos estes como válidos para todos os povos e em todos os tempos, decorrentes da própria natureza humana –, porém jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no espaço e no tempo, já objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.²³

Em nossa ordem constitucional, o reconhecimento da dimensão material dos Direitos Fundamentais é representado pela chamada “abertura material do catálogo de Direitos Fundamentais”, consagrada no artigo 5º, § 2º, da CRFB, ao prever que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Tal cláusula, ainda que sob constante debate quanto à sua verdadeira

Editorial Trotta, 2009, p. 20.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 20-21.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A Ibáñez, et al. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 42.

²² FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A Ibáñez, et al. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 43.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 393.

abrangência, deixa claro para Ingo W. Sarlet que existem dois grandes grupos de Direitos Fundamentais no nosso ordenamento constitucional: os positivados expressamente e os não-escritos, não diretamente previstos pelo direito positivo (constitucional ou internacional).²⁴

Dentre os Direitos Fundamentais expressamente positivados há duas categorias: a primeira, dos previstos no Título II da CRFB ou ao longo do restante do texto constitucional; e a segunda, os expressamente previstos nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (artigo 5º, § 2º, da CRFB).

Os Direitos Fundamentais não-escritos (ou implicitamente positivados) abrangem aqueles não expressamente enumerados no texto constitucional, mas decorrentes do regime e dos princípios – caso do Princípio da Não Autoincriminação, como se verá adiante –, por ampliação hermenêutica do seu âmbito de proteção.

Ainda acerca da fundamentalidade material, ensina Canotilho que tal ideia indica que o conteúdo dos Direitos Fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Diante da constitucionalização, pode parecer que a fundamentalidade material seja desnecessária, o que seria um engano. E afirma que apenas a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para a abertura da Constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não formalmente constitucionais, e para a aplicação a tais direitos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal.²⁵

1.1.2 Evolução Histórica

Os Direitos Fundamentais²⁶ podem ser considerados conquistas

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 102.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 379.

²⁶ Ingo W. Sarlet, assim como J. J. Gomes Canotilho, diferencia “direitos humanos” de “direitos fundamentais”, afirmando que “[...] o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que,

relativamente recentes, uma vez que seu marco inicial²⁷ – no sentido como entendidos hoje – foram as declarações redigidas no contexto das revoluções políticas da parte final do século XVIII, mais especificamente as Revoluções Americana de 1776²⁸ e Francesa de 1789.

Essas declarações – no caso norte-americano, além das estaduais, especialmente o *Bill of Rights* de 1791 e, no caso francês, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – consagraram em seus textos as ideias do Iluminismo, incorporando o pensamento dos filósofos que as antecederam, como John Locke, e a elas contemporâneos, como Montesquieu e Rousseau, dentre outros.

Deve ser ressaltado que esse “nascimento” dos direitos que posteriormente seriam chamados de fundamentais foi, na verdade, a continuidade de uma longa tradição anglo-saxônica de restrição política e institucional dos poderes do soberano – Canotilho destaca que a *Magna Charta Libertatum* de 1215, “[...] embora contivesse fundamentalmente direitos estamentais, fornecia já ‘aberturas’ para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem.”²⁹

Bobbio afirma que “[...] a concepção da sociedade que está na base das duas Declarações é aquela que, no século seguinte, será chamada (quase sempre com uma conotação negativa) de individualista”.³⁰

Tais declarações – na verdade, a primeira delas foi a do estado norte-

portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”, *In* SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35-36.

²⁷ Ultrapassadas, na terminologia de Ingo W. Sarlet, as fases pré-histórica e intermediária dos direitos fundamentais. *In* SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 44.

²⁸ Ao dispor o Bill of Rights da Virgínia que os direitos são “a base e a fundação do governo”, e a Declaração da Independência que os poderes dos governantes derivam do consentimento dos governados, que são dotados pelo seu Criador de direitos inalienáveis, Zagrebelski afirma que se operou uma verdadeira “revolução copernicana” na maneira tradicional de se entender as relações entre o Estado e os indivíduos, agora com o Estado fundamentado nos direitos do povo, e não o contrário, como ocorria na tradição jurídica do direito público europeu. *In* ZAGREBELSKI, Gustavo. **El Derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011, p. 54

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 382.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pos. 1759 (edição Kindle).

americano da Virgínia, em 1776 – buscaram efetivar liberdades essencialmente individuais (religião, manifestação, reunião, pensamento etc.), bem como direitos civis e políticos, batizados pela doutrina de Direitos Fundamentais de “primeira dimensão”.³¹

Ensina Bonavides que tais direitos “[...] têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.³²

Percebe-se que os Direitos Fundamentais de primeira dimensão exigem prestações negativas por parte do Estado, buscando a valorização da liberdade individual. O Estado deve abster-se de interferir na esfera particular, íntima, do cidadão.

A consagração dos Direitos Fundamentais de primeira dimensão deu-se pelo ascendente movimento burguês nos séculos XVIII e XIX, em busca de limitação ao poder concentrado nas mãos do monarca – no caso norte-americano, luta originada na era colonial.

Esse movimento burguês reclamava o direito de participar da política – diante do crescimento de seu poderio econômico – e buscou a consagração, especialmente nas cartas constitucionais escritas que começavam a surgir, dos direitos individuais de liberdade e da separação dos poderes.

Diante desse quadro, fica fácil compreender a razão pela qual esses Direitos Fundamentais de liberdade impõem ao Estado um dever de não intervenção na propriedade e nas relações mercantis - ou seja, na área econômica, então já sob o controle da ascendente burguesia.

A evolução dos Direitos Fundamentais de primeira dimensão (de

³¹ Registre-se que a doutrina muito habitualmente também utiliza o termo “gerações”, mas aqui se adotará apenas o termo “dimensões”, por entender-se que, apesar de se tratarem de direitos que se sucedem cronologicamente, os predecessores não são excluídos pelos sucessores – a rigor, as diferentes dimensões se complementam.

³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 563-564.

interesse da burguesia) no século XVIII para as garantias sociais do século XIX marcou importante reviravolta, ao se passar a atribuir ao Estado um decisivo papel na realização da justiça social. Nas palavras de Sarlet, “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”.³³

Esses direitos concedem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como saúde, educação, trabalho, assistência social etc., caracterizando a passagem das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. O fundamento desses direitos de segunda dimensão é encontrado no princípio da igualdade material e – ao contrário da dimensão que os antecedeu – eles, em sua maioria, obrigam o Estado a prestações positivas, para assim realizar a justiça social.³⁴

Diversos movimentos reivindicaram do Estado esse comportamento ativo, tudo sob o impacto da industrialização, dos decorrentes problemas sociais e econômicos que a acompanharam e da consequente constatação de que a mera consagração formal da igualdade e da liberdade de pouco servia àqueles que não detinham o poder econômico.³⁵

Apesar de diversos direitos de segunda dimensão serem titularizados por indivíduos, afirma-se que são sociais por estarem intrinsecamente ligados às reivindicações sociais do século XIX a meados do século XX.

Bonavides afirma que os Direitos Fundamentais de segunda dimensão dominaram o século XX, assim como os da primeira predominaram no século anterior. Afirma que nasceram “[...] abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 57.

³⁴ Ingo W. Sarlet lembra que os direitos fundamentais de segunda dimensão “[...] não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas ‘liberdades sociais’, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos.” In SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 57.

³⁵ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 56-57.

ampara e estimula”.³⁶

Os Direitos Fundamentais de segunda dimensão enfrentaram forte questionamento a respeito de sua eficácia, em especial enquanto predominou a doutrina de inspiração clássica norte-americana que os classificava, em regra, como normas não autoexecutáveis (*not self-executing ou not self-enforcing*), relegando-os praticamente a meros conselhos.

Essa doutrina foi superada na medida em que se passou a entender que toda norma constitucional tem algum grau de eficácia. O próprio grande Ruy Barbosa³⁷, entusiasta da teoria estadunidense, e a Suprema Corte daquele país acabaram por reconhecer isso.³⁸

O art. 5º, § 1º, da nossa Constituição da República de 1988 prevê que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ainda que doutrina e jurisprudência pátrias não tenham atingido um consenso no que se refere ao significado e alcance exato dessa norma.

Na sequência da evolução histórica dos Direitos Fundamentais, na segunda metade do século XX surgiram os chamados Direitos Fundamentais de terceira dimensão, com base no princípio da solidariedade ou da fraternidade.

Esses direitos são marcados por sua titularidade difusa, tendo como primeiro destinatário a própria humanidade, e não um indivíduo, grupo ou Estado específico. Paulo Bonavides menciona como exemplos o direito ao meio ambiente, o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito de propriedade sobre o

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 564.

³⁷ Cf. Ruy Barbosa, Comentários II, p. 489 *Apud* SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 256

³⁸ *The provisions of the Constitution are not time-worn adages or hollow shibboleths. They are vital, living principles that authorize and limit governmental powers in our Nation. They are the rules of government. When the constitutionality of an Act of Congress is challenged in this Court, we must apply those rules. If we do not, the words of the Constitution become little more than good advice.* “As provisões da Constituição não são adágio desgastado pelo tempo ou bobagens vazias. São princípios vitais e vivos que autorizam e limitam os poderes governamentais em nossa Nação. Eles são as regras do governo. Quando a constitucionalidade de uma lei do Congresso é contestada neste Tribunal, devemos aplicar essas regras. Caso contrário, as palavras da Constituição tornam-se pouco mais do que bons conselhos”. (tradução livre). JUSTIA. **Us Supreme Court**. Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/86/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.³⁹

Sarlet afirma que os Direitos Fundamentais de terceira dimensão são o resultado de novas reivindicações fundamentais, criadas, dentre outros fatores, “[...] pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais”.⁴⁰

A Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 é lembrada por Norberto Bobbio como o documento que inaugurou a terceira dimensão dos Direitos Fundamentais, uma vez que a partir de então seus destinatários são todos os homens, independentemente de nacionalidade, e os direitos do homem “[...] deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.”⁴¹

Na mesma linha, Paulo Bonavides afirma que se tratou de uma “[...] Declaração programática, mas que não deixou de ser a carta de valores e princípios sobre os quais se hão assentado os direitos das três gerações”.⁴²

Há ainda autores, como Bonavides, que defendem a existência de uma quarta dimensão de Direitos Fundamentais, tais como o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, dos quais dependeria a concretização da “sociedade aberta do futuro”, com uma dimensão de “máxima universalidade”.⁴³

Já Bobbio entendia serem de quarta dimensão direitos relacionados à engenharia genética⁴⁴, razão pela qual não se pode afirmar haja um consenso sobre seu conteúdo, ou mesmo sobre sua existência.

Fato é que apenas com a evolução da hermenêutica constitucional os

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 569.

⁴⁰ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 58.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pos. 830 (edição Kindle).

⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 573.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 571

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pos. 395 (edição Kindle)

Direitos Fundamentais foram positivados e dotados de maior densidade normativa (agora como princípios constitucionais), atingindo então o ápice hierárquico-normativo nos Estados Democráticos de Direito.

1.2 DO JUSNATURALISMO AO PÓS-POSITIVISMO

Não obstante suas diversas vertentes, basicamente o Jusnaturalismo reconhece que há um conjunto de valores (e pretensões humanas) legítimas que não decorrem do direito positivo. Esse direito natural é legitimado por uma ética superior, estabelecida pela vontade de Deus, e institui limites à própria norma estatal.⁴⁵ O direito natural (inato, ideal, universal e imutável) tem origem na antiguidade clássica, mas na idade média passou por mais complexo desenvolvimento, principalmente pelos escritos de São Tomás de Aquino e Santo Agostinho.

Os princípios no Jusnaturalismo situam-se fora da esfera jurídica, repousando apenas no campo da abstração, com normatividade quase inexistente.

O Iluminismo consagrou o direito natural e colocou a razão humana (e não mais a vontade divina) como o seu fundamento – o Jusnaturalismo racionalista. Para John Locke, o direito natural dá origem aos direitos do homem, concepção que se manifestou de forma marcante nas Declarações de Direitos do período – foi quando, como já afirmado, floresceram os chamados Direitos Fundamentais de primeira dimensão.

Bobbio afirma que é um equívoco se buscar um fundamento absoluto para os Direitos Fundamentais, seja ele a razão ou a vontade divina, uma vez que os direitos do homem são direitos históricos, que nasceram gradualmente e sob certas circunstâncias, como “lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes”, citando como exemplos que a liberdade religiosa foi resultado das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, da luta dos trabalhadores

⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

assalariados e camponeses pobres.⁴⁶

Na mesma toada, Ferrajoli sustenta que historicamente todos os Direitos Fundamentais foram estabelecidos, em diferentes cartas constitucionais, como resultado de lutas e revoluções que rasgaram o véu de normalidade que ocultava opressões e discriminações.⁴⁷

No início do século XIX, alguns desses direitos começam a figurar nos códigos. Barroso ensina que, com isso, o direito natural viu-se "domesticado e ensinado dogmaticamente". A codificação promoveu a identificação entre direito e lei. A Escola da Exegese⁴⁸ floresceu na França a partir do advento do Código Napoleônico pregando "[...] o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra".⁴⁹

Por isso mesmo, Barroso afirma que a codificação, que parecia representar o apogeu dos direitos naturais, na verdade resultou na sua superação histórica, na medida em que deixaram de simbolizar a "revolução", para serem vistos como "conservação".

Isso abriu espaço para o crescimento do Juspositivismo – derivado do positivismo filosófico -, que pretendeu criar uma ciência jurídica nos mesmos moldes das ciências exatas e naturais, devendo fundar-se apenas em juízos de fato, e não de valor.

Ensina Orlando Luiz Zanon Junior que há cinco principais características no paradigma Juspositivista. A primeira delas é a separação entre o direito e moral. Esta última até pode influenciar o legislador, mas se trata de uma ordem de conduta

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pos. 382-395 (edição Kindle).

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A Ibáñez, et al. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 51.

⁴⁸ A Escola da Exegese foi uma das primeiras correntes de pensamento juspositivista. Apesar de ter surgido na França, ela logo se expandiu por boa parte do continente europeu.

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

distinta e com características próprias – suas sanções refletem-se apenas na consciência do sujeito⁵⁰.

A segunda característica é pressupor que o direito é formado exclusivamente (ou preponderantemente) por normas jurídicas positivadas. Outros padrões de conduta, como princípios, políticas ou costume, apenas são aceitos de acordo com a força e abrangência conferida expressamente pela legislação ou precedentes judiciais.⁵¹

A terceira é a concepção do ordenamento jurídico como um sistema escalonado em degraus hierárquicos, de acordo com parâmetros formais de legitimidade para a produção do direito – a “pirâmide kelseniana” é a sua mais lembrada expressão.⁵²

A quarta peculiaridade juspositivista é o dogma da subsunção, segundo o qual as normas são dirigidas ao julgador, a quem cabe aplicá-las pelo procedimento lógico dedutivo da subsunção dos fatos aos textos normativos, assim descobrindo a resposta latente já previamente estabelecida pelo legislador (ou precedente judicial). Apenas secundariamente os imperativos são dirigidos aos cidadãos.⁵³

O quinto atributo é a discricionariedade empregada pelo julgador nos chamados “casos difíceis” (*hard cases*), quando a ambiguidade dos textos normativos, as lacunas ou antinomias autorizam diferentes soluções para um mesmo caso concreto.⁵⁴

Para os juspositivistas, a validade da norma decorreria do procedimento seguido para a sua criação, independentemente de seu conteúdo. O Direito não precisava mais de justificação, fora sua própria existência.

⁵⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019, p. 72-73.

⁵¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019, p. 77-78.

⁵² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019, p. 78-80.

⁵³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019, p. 81-83.

⁵⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019, p. 84-86.

Esse legalismo acrítico serviu para justificar regimes autoritários – afinal, qualquer ordem jurídica era legítima –, resultando no desastre do nazifascismo e na segunda Grande Guerra.

Assim se abriu caminho para o chamado Pós-positivismo, designação “[...] provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a Teoria dos Direitos Fundamentais”⁵⁵, e uma reaproximação entre direito e moral.

Por outro lado, o Direito já sofria grande influência do discurso científico, e não era desejável um mero retorno ao Jusnaturalismo. O Pós-positivismo, então, promove uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito, materializados em princípios abrigados, explícita ou implicitamente, na Constituição – segundo Zagrebelski, a constitucionalização dos direitos foi a “solução do problema”, afastando-se tanto da tradição estatista do Estado de Direito do século anterior quanto das tradições agrupadas como Jusnaturalistas, mas apresentando características de ambas.⁵⁶ Ocorre assim uma conciliação entre Jusnaturalismo e Juspositivismo: valores como a justiça são materializados como princípios, e migram da filosofia para o mundo jurídico.

Esses princípios não nasceram no Pós-positivismo. Muitos vieram de textos religiosos, filosóficos ou mesmo do Jusnaturalismo, inclusive diversos deles já consagrados como Direitos Fundamentais em constituições escritas, como a liberdade e a igualdade. A novidade é o reconhecimento da sua normatividade.

Pode-se afirmar que o Pós-positivismo possui três eixos principais: o substancialista, baseado na possibilidade de controle do resultado material das decisões judiciais, com o intuito de promover o conteúdo principiológico da constituição ou da moral, cujo nome mais lembrado é Ronald Dworkin; o procedimentalista, que institui procedimentos e regras quanto aos argumentos

⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

⁵⁶ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El Derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011, p. 68.

admissíveis em discursos normativos, assim buscando promover a racionalidade das decisões judiciais, cujo maior expoente é Robert Alexy; e o pragmatista, de Richard Posner, que rejeita digressões teóricas muito abstratas e foca análises empíricas da realidade das operações de deliberação judicial, buscando assim estimular que os juízes assumam a atitude política voltada para a construção de uma sociedade de maior valor agregado.⁵⁷

1.3 O PÓS-POSITIVISMO E AS IDEIAS DE DWORKIN E ALEXY

As Constituições promulgadas na segunda metade do século XX já acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, agora convertidos em “pedestal normativo” sobre o qual assenta todo o sistema constitucional.⁵⁸

Agora, os valores passam a ser considerados tanto na elaboração das normas como na sua aplicação, tornando legítimo que o aplicador do direito utilize parâmetros de equidade e justiça – positivados como princípios constitucionais, assim passando do nível axiológico para o deontológico⁵⁹ - para a resolução dos casos.

Não se deixa de verificar tanto uma certa influência do Jusnaturalismo, por defender a aproximação do direito com a moral, quanto de aspectos do Juspositivismo, ao se constatar o caráter de norma (inclusive positivada) dos princípios – e, por consequência, dos valores morais.

Um dos resultados foi o Neoconstitucionalismo (expressão utilizada principalmente na Espanha e América Latina, à frente estudado), que surgiu contemporaneamente às críticas de Ronald Dworkin ao Juspositivismo da década de 1960. Em sua obra “Levando os Direitos a Sério”, ele faz uma contundente crítica ao Juspositivismo, colocando como alvo as ideias de H. L. A. Hart – a célebre discussão legal-filosófica entre os dois ficou conhecida como “*The Hart-Dworkin Debate*”.

⁵⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019, p. 212-213.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 264.

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 145-146.

Ao questionar a ideia da separação entre direito e moral, Dworkin sustenta ser impossível reduzir o ordenamento jurídico a uma simples estrutura normativa, afirmando que, ao lado das regras, existem os princípios, que vão além do direito estabelecido.

Dworkin ressalta que o Juspositivismo fracassou, principalmente, por seus teóricos ignorarem que os problemas da teoria do direito são, na realidade, problemas relativos a princípios morais, e não a estratégias ou fatos jurídicos. Assim, ele defende que, para a teoria do direito ser bem-sucedida, deve enfrentar tais problemas efetivamente como de uma teoria moral.⁶⁰

Ao contrário dos positivistas, Dworkin afirma que, ao se depararem com os chamados “casos difíceis” (*hard cases*), ou seja, aqueles para os quais não se encontra no ordenamento jurídico posto qualquer regra a ser aplicada, os juízes não devem receber um poder discricionário para decidir o caso como bem entenderem, legislando novos direitos e aplicando-os *ex post facto*.

Para Dworkin, mesmo quando não há nenhuma regra positivada regulando o caso, o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes - e não criar novos direitos retroativamente. Assim, devem os juízes buscar uma decisão para esses casos nos princípios, tidos como de observância obrigatória. Dessa forma, não haveria criação de um “novo direito” pelo juiz no exercício de seu poder, mas apenas a descoberta de qual direito deve ser aplicado no caso concreto.

Portanto, Dworkin define os princípios como normas jurídicas vinculantes, asseverando que, assim como as regras, também integram o ordenamento.

Uma vez estabelecida a normatividade dos princípios, Dworkin passa a diferenciá-los das regras, esclarecendo que tal diferença se dá especialmente por terem os princípios uma “dimensão de peso ou importância”, ao contrário das regras. Em razão disso, diante de um determinado caso concreto, é possível que diversos princípios – todos igualmente válidos – possam conduzir a decisão em sentidos

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. – 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 12.

diversos, situação na qual deverá o julgador avaliar qual deles incide, no caso, com maior peso, força e importância – processo de ponderação ou balanceamento.

Por outro lado, as regras devem ser aplicadas sob a lógica do “tudo ou nada”. Quando um fato se subsume a uma regra, ela deve ser aplicada; se assim não for, é porque tal regra não é válida e não pode contribuir para a decisão. Portanto, se houver um conflito entre duas regras, uma delas necessariamente não pode ser válida. A decisão sobre qual será válida e qual deverá ser abandonada ou reformada fica sujeita a considerações que estão além das próprias regras.⁶¹

Constata-se que, para Dworkin, a moralidade encontra-se evidente no direito pelo fato de os princípios possuírem força normativa. O princípio é um padrão (*standard*) que deve ser observado porque é uma exigência de justiça, ou equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade.

Dworkin também afirma que os princípios abrangem tanto os princípios morais quanto os objetivos políticos ou diretrizes (*policies*) do governo, algo como políticas públicas, tipo de padrão pelo qual se estabelece um objetivo coletivo a ser alcançado pela comunidade.

Pode-se dizer que, para Dworkin, a normatividade dos princípios representa a dimensão moral da evolução do direito.

Ensina Barroso que a distinção qualitativa entre as regras e os princípios é um dos pilares da dogmática constitucional moderna, pela qual se superou o Juspositivismo legalista. Afirma o autor que a sistematização de Dworkin sobre os diferentes papéis desempenhados por regras e princípios exerceu papel central para que a Constituição passasse a ser encarada como um sistema aberto, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos Direitos Fundamentais desempenham papel central.⁶²

⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. – 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 43.

⁶² BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

Da mesma forma, Alexy, em seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, bem como em obras posteriores, também advogou a normatividade dos princípios, bem como a necessária conexão conceitual e normativa entre direito e moral.

Aprimorando a teoria de Dworkin, Alexy faz uma distinção entre princípios e regras, identificando os primeiros como uma espécie normativa qualitativamente⁶³ distinta das regras. Apesar reconhecer utilizar as ideias de Dworkin⁶⁴ como inspiração para a formulação de sua teoria, aduz Alexy que referido autor não chegou ao núcleo da distinção entre regras e princípios, qual seja, que os princípios são “mandamentos de otimização”, determinações de que algo seja realizado “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, e que se caracterizam por “[...] poderem ser satisfeitos em graus variados”.⁶⁵

Portanto, os princípios, em geral mais genéricos e abstratos, podem ser cumpridos em diferentes graus, exigindo-se a aplicação da técnica da ponderação ou sopesamento para sua adequada aplicação.

Já as regras, segundo Alexy, “[...] são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”.⁶⁶ O autor alemão complementa afirmando que toda norma é ou uma regra ou um princípio.

E Alexy afirma ainda que é nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras que se mostra com mais clareza suas diferenças.

O conflito entre regras só pode ser solucionado de duas maneiras: se houver uma cláusula de exceção que remova o conflito, ou se uma das regras for

⁶³ Tal distinção qualitativa é chamada distinção forte entre princípios e regras. A distinção fraca se dá apenas por grau, pela qual um mesmo dispositivo pode ser utilizado para construir uma regra ou princípio.

⁶⁴ Paulo Bonavides afirma que a distinção entre princípios e regras para Alexy e Dworkin é, basicamente, a mesma, cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 277.

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

declarada inválida - o que Dworkin referiu como a lógica do “tudo ou nada”.⁶⁷

Nas colisões (ou tensões) entre princípios, um deles deve ceder, sem que isso signifique deva ser declarado inválido, tampouco que uma cláusula de exceção deva ser introduzida. Diante das circunstâncias do caso, um tem precedência (mais peso) sobre o outro. Alteradas essas condições, a situação pode se inverter.⁶⁸

A conclusão é de que as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso, enquanto os conflitos de regras se dão na dimensão da validade.

As teorias desenvolvidas por Dworkin e Alexy mostraram-se revolucionárias por atribuírem caráter normativo aos princípios, e resultaram no incremento da força normativa das próprias Constituições, na expansão da jurisdição constitucional e no desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional, abrindo caminho para o desenvolvimento do Neoconstitucionalismo.

1.3.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO⁶⁹

Com o fim da 2ª Guerra Mundial⁷⁰, inspirado nas ideias apresentadas pelo Pós-positivismo, desponta o Neoconstitucionalismo, como contraponto ao constitucionalismo clássico, no qual a Constituição carecia de força normativa. Fazia-se necessário, à época, um novo paradigma de interpretação constitucional, não mais apenas ligado à ideia de limitação do poder do Estado, mas principalmente à defesa do conteúdo material da Constituição.

É importante ressaltar que o Neoconstitucionalismo estruturou-se sob a perspectiva do Pós-positivismo, mas eles não se confundem, sendo este o marco

⁶⁷ Portanto, para esses conflitos, bastam as regras fundamentais para solução de antinomias, que segundo Bobbio são os critérios da hierarquia, especialidade e cronologia. *In* BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Tradução de Maria Celeste C. L. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 92.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94.

⁶⁹ O Neoconstitucionalismo, como o nome indica, trata-se de uma nova leitura do constitucionalismo. O tema é bastante polêmico, posto que identifica um grande conjunto de teorias heterogêneas. De todo modo, é inegável que o termo foi incorporado à Ciência do Direito, e dificilmente em um movimento não há alguma das teorias por ele englobadas que não tenha suas especificidades - o que não o descaracteriza como tal. Aqui serão analisados os traços essenciais desse movimento.

⁷⁰ No Brasil, o marco histórico desse “novo” Direito Constitucional foi o processo de redemocratização, com protagonismo da Constituição de 1988.

jusfilosófico daquele.

Um dos principais marcos teóricos do Neoconstitucionalismo foi o reconhecimento da força normativa da Constituição, que tem no trabalho de Konrad Hesse seu principal pilar. O autor alemão contrapõe à visão dominante, de que a Constituição era um documento essencialmente político, uma teoria pela qual, apesar de se reconhecer a importância da “Constituição real” (a realidade político-social, para Ferdinand Lassalle os “fatores reais de poder”), há um condicionamento recíproco entre a ela e a “Constituição jurídica”. Esta representa mais do que um “ser”, um simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, mas também um “dever ser”, procurando imprimir ordem e confirmação à realidade política e social.

Segundo Hesse, a “Constituição real” e a “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação – apesar de se condicionarem, não dependem simplesmente uma da outra. A Constituição jurídica tem significado próprio. Ela adquire força normativa quando consegue realizar sua “pretensão de eficácia”, o que leva à indagação sobre seus limites de realização. E isso depende da relação da Constituição jurídica com a realidade, com a situação histórica concreta e suas condicionantes – ainda que considerada como uma construção teórica, nessa realidade deve encontrar o “germe material de sua força vital”, sob pena de permanecer “eternamente estéril”.

Hesse prossegue, afirmando que a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se nessa vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita seu desenvolvimento e sua ordenação objetiva – ela converte-se, dessa forma, na “ordem geral objetiva do complexo de relações da vida”.

No entanto, a Constituição jurídica converte-se também em força ativa, ao impor tarefas – assentada na natureza singular do presente. Isso ocorre se essas tarefas forem efetivamente realizadas, ou seja, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida – o que Hesse chama de “vontade de Constituição”, a consciência geral (e em particular, dos principais responsáveis pela ordem constitucional) de que: é necessária uma “ordem normativa

inquebrantável”, que proteja o Estado contra o arbítrio; essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos; e essa ordem não será eficaz sem o concurso da vontade de todos.

Por fim, Hesse sustenta que tal Constituição deve ser capaz de se adaptar a eventuais mudanças de suas condicionantes, razão pela qual deve, na medida do possível, estabelecer poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo se mostre em condições de ser desenvolvido ao longo do tempo e de mudanças na realidade sócio-política, sem necessidade de constantes revisões constitucionais, o que importaria na perda de força normativa.⁷¹

Com o Neoconstitucionalismo, restou consagrada a ideia de supremacia da Constituição, o que envolveu também a constitucionalização dos Direitos Fundamentais. Uma verdadeira ruptura com o modelo liberal de consagração meramente formal dos direitos ocorreu, buscando-se garantir de modo efetivo os Direitos Fundamentais a todos os cidadãos. Essa introdução dos princípios em sede constitucional – com o reconhecimento de sua normatividade, porém com distinção das regras – importou no aumento da complexidade da estrutura normativa dos sistemas constitucionais contemporâneos.

O novo constitucionalismo propôs instituir nos Estados as premissas do Pós-positivismo, com especial destaque para a convergência entre o direito e a moral. A concepção de interpretação do Direito foi alterada, nela se (re)introduzindo conceitos axiológicos e, como dito por Hesse, conferindo-se maior força normativa à Constituição, o que a colocou de fato como o principal elemento da ordem jurídica.

Ensinam Mendes e Branco:

A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores

⁷¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 4-8.

vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo.⁷²

O movimento Neoconstitucionalista, portanto, surge para contrapor as premissas positivistas, que relegavam a um segundo plano os princípios constitucionais, com preponderância da lei positivada, sem levar em conta sua carga axiológica. E na medida em que os princípios passam a estar positivados no ordenamento, reduz-se significativamente em importância a tensão entre Juspositivismo e Jusnaturalismo.

Nesse processo, foi imprescindível o surgimento do instituto da rigidez da Constituição⁷³, que a colocou em posição hierarquicamente superior à legislação ordinária, fez possível nela se assegurar direitos e garantias, e assim a tornou mais do que uma “carta política” – além de buscar legitimidade democrática, seu principal objetivo passou a ser proteger direitos. Até então sem normatividade, os princípios precisavam ser densificados por meio de leis infraconstitucionais – ainda que implementados, portanto, os Direitos Fundamentais estavam sempre sujeitos a retrocessos, de acordo com a vontade da maioria.⁷⁴ Agora com *status* de norma e positivados nas constituições⁷⁵, os princípios de Direitos Fundamentais passam a circunscrever o que Ferrajoli chama de “esfera do não decidível”, o que nenhuma maioria pode decidir (ou não decidir), expressão maior do “garantismo constitucional”.⁷⁶

Bonavides enumera diversos resultados do novo constitucionalismo, ressaltando ser o principal deles a hegemonia e preeminência dos princípios, agora

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.

⁷³ E assim se expandiu a jurisdição constitucional, inspirada no modelo norte-americano de supremacia da Constituição, contrapondo-se ao então modelo vigente na Europa de supremacia do Poder Legislativo.

⁷⁴ Zagrebelski reforça tal pensamento, ao afirmar que, no fundo, a proclamação de alguns direitos fundamentais em Constituições tratava-se apenas de uma diretiva não vinculante – a depender do contexto histórico-político, sua função protetora podia ser limitada ou mesmo abolida. *In* ZAGREBELSKI, Gustavo. **El Derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011, p. 49-50.

⁷⁵ Hesse concorda, ao constatar que “Os princípios basilares da Lei Fundamental não podem ser alterados mediante revisão constitucional, conferindo preeminência ao princípio da Constituição jurídica sobre o postulado da soberania popular.” *In* HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 13.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A Ibáñez, et al. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 65-67.

no ápice da pirâmide normativa, responsáveis pela congruência, equilíbrio e essencialidade de um sistema jurídico legítimo.⁷⁷

Para Ferrajoli, nesse novo Constitucionalismo⁷⁸ a legalidade muda de natureza, deixando de ser condicionante e disciplinante, para ser ela também condicionada e disciplinada, não apenas formalmente, mas também substancialmente, pela norma suprema e seus princípios de justiça – os Direitos Fundamentais, elaborados pelos Jusnaturalistas como “inatos” ou “naturais”, mas agora positivados na Carta Constitucional.⁷⁹

Portanto, compete ao operador do direito, ao interpretar e resolver as controvérsias, além de aplicar as regras postas, nunca deixar de observar se as respostas obtidas se harmonizam com os princípios constitucionais, cuja garantia é a verdadeira “razão social” da existência do Estado⁸⁰ - raciocínio válido também para o legislador no seu mister.

1.4 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS E A LEI DE COLISÃO

Alexy apresenta o que chama de lei de colisão para solucionar o problema da colisão de princípios. Ele parte da análise de um caso decidido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em que a questão se traduzia num conflito entre o princípio da aplicação do direito penal e o princípio de proteção do direito à

⁷⁷ “[...] a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo este desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios. Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fontes das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.” In BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 294.

⁷⁸ Registre-se que Ferrajoli não reconhece a conexão entre o direito e a moral. O autor italiano identifica como fundamentos axiológicos dos direitos fundamentais a igualdade jurídica, a democracia, a paz e a lei do mais fraco.

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A Ibáñez, et al. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 30-31.

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A Ibáñez, et al. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 85.

vida e integridade do acusado, uma vez que, por problemas de saúde, sua presença a uma audiência judicial o colocaria sob grave risco de derrame cerebral ou infarto.⁸¹

A partir daí Alexy utiliza o postulado da Proporcionalidade, verificado pelos critérios da adequação do meio utilizado para a persecução do fim, da necessidade desse meio utilizado e da Proporcionalidade *stricto sensu*, pelo sopesamento ou ponderação.

O autor alemão esclarece que as máximas da adequação e necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, enquanto a Proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas.⁸²

Inicialmente deve ser verificada a adequação, que significa utilizar-se de um meio apto a atingir o fim desejado. Superada essa etapa, passa-se à análise da necessidade, pela qual não deve haver outro meio (também adequado) menos restritivo ou gravoso ao princípio atingido. Por fim, chega-se à Proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento ou ponderação.

Na ponderação, deve-se levar em consideração a intensidade e a importância da intervenção em um direito fundamental. Alexy menciona uma regra constitutiva para os sopesamentos elaborada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que ele chama de lei do sopesamento: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.⁸³

Essa ponderação é feita em três planos: definição da intensidade da intervenção, ou seja, o grau de afetação do princípio atingido; definição da importância do outro direito fundamental que justificaria a intervenção; e a realização

⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94-96.

⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118.

⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 167.

do sopesamento propriamente dito, verificando-se se a importância em satisfazer um princípio de direito fundamental justifica a afetação do outro.

Percebe-se que os princípios não têm entre si uma relação absoluta de precedência (tampouco são quantificáveis). Portanto, a dimensão do “peso” é uma metáfora, posto que apenas pode ser atribuído de forma relativa e diante da análise das circunstâncias de cada caso concreto.

Ao final dessa operação, chegar-se-á a uma norma, com natureza de regra, que definirá em que condições um princípio terá precedência em relação a outro – tal regra, construída segundo a chamada “lei de colisão” (pela qual “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”)⁸⁴, tem caráter geral, sendo aplicável inclusive a situações futuras.

1.5 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

De importância ímpar para o presente estudo é o tema da restrição a Direitos Fundamentais. A sua natureza eminentemente principiológica⁸⁵ faz com que não se possa falar em Direitos Fundamentais absolutos⁸⁶, o que é amplamente

⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

⁸⁵ Sem aqui se descuidar do ensinamento de Alexy no sentido de que as disposições de direitos fundamentais também podem estatuir regras, bem como podem ter caráter duplo (de regras e princípios) “[...] se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nela reunidos”. Ele complementa afirmando que “Essas normas de caráter duplo surgem sempre que aquilo que é estabelecido diretamente por uma disposição de direito fundamental é transformado, com o auxílio de cláusulas que se referem a um sopesamento, em normas subsumíveis.” In ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141 e 143.

⁸⁶ Ensina Alexy: “É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio leva à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam de ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.” In ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111.

reconhecido por doutrina e jurisprudência, aqui e alhures, como se verá adiante.⁸⁷

Registre-se que nisso não há qualquer contradição com a ideia de “esfera do não decidível” mencionada por Ferrajoli, o conjunto de normas fundamentais cuja disposição é subtraída à vontade do Estado (ou de qualquer “maioria”), posto que se tratam de verdadeiros componentes estruturais do Estado Constitucional.⁸⁸ Isso porque não se defende a extinção ou retirada total de eficácia de Direitos Fundamentais – estudar-se-á adiante a necessidade de preservação do seu núcleo ou conteúdo essencial – , mas sim o reconhecimento de que diante da sua natureza principiológica, é natural que haja colisões entre esses direitos, ou entre eles e valores ou interesses constitucionais, o que deve ensejar uma solução conciliatória⁸⁹ por parte do intérprete ou legislador – e muitas vezes isso se dá com a edição de uma norma restritiva de um princípio, desde que, é claro, fundamentada em outro princípio constitucional.

⁸⁷ A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) da ONU ressalva que o exercício dos direitos e liberdades ali enunciados está “[...] sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.” (art. 29º, §2º, DUDH). In: Assembleia Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 217 (III) A. Paris, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A Ibáñez, et al. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 102-104.

⁸⁹ Zagrebelski ensina: *Creo, por tanto, que la condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva: la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, y por tanto la especialidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también, la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquellos; el rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles, etc. [...] Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. “Acredito, portanto, que a condição espiritual da época em que vivemos poderia ser descrita como a aspiração não a um, mas a muitos princípios ou valores que compõem a convivência coletiva: a liberdade da sociedade, mas também reformas sociais; igualdade perante a lei e, portanto, a generalidade do tratamento legal, mas também a igualdade em relação às situações e, portanto, a especialidade das regras legais; reconhecimento dos direitos dos indivíduos, mas também dos direitos da sociedade; a valorização das capacidades materiais e espirituais dos indivíduos, mas também a proteção dos bens coletivos contra a força destrutiva desses; o rigor na aplicação da lei, mas também a piedade diante de suas consequências mais rígidas; responsabilidade individual na determinação da própria existência, mas também intervenção coletiva para apoiar os mais fracos, etc. [...] Se cada princípio e cada valor fossem entendidos como conceitos absolutos, seria impossível admitir outros junto com eles”. (tradução livre). In ZAGREBELSKI, Gustavo. **El Derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011, p. 16.*

Uma das primeiras preocupações deve ser com a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental, qual seja, os pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica, assim como a sua consequência, a proteção fundamental.

Canotilho exemplifica com a liberdade de profissão⁹⁰: os bens jurídicos protegidos por sua norma consagradora abrangem apenas atividades lícitas. Consequentemente, as leis que proíbem o tráfico de drogas ou o contrabando não se tratam de leis restritivas da liberdade de profissão, posto que tais condutas já se encontravam fora do âmbito de proteção do direito fundamental liberdade de profissão⁹¹.

Mendes e Branco esclarecem que certos Direitos Fundamentais têm âmbito de proteção estritamente normativo, o que faz com que caiba ao legislador ordinário não apenas sua eventual restrição, mas também a própria definição de sua amplitude, concretização e conformação.

Por isso, nesses casos, fala-se em regulação ou conformação, e não em limitação ou restrição.⁹² Um exemplo seria a norma prevista no art. 5º, LXXVII, da nossa Constituição da República, que assegura a gratuidade das ações de *habeas corpus* e *habeas data* e dos atos necessários ao seu exercício, “na forma da lei”.⁹³

1.5.1 As Teorias Interna e Externa das Limitações a Direitos Fundamentais

Registre-se, inicialmente, a existência de duas teorias acerca das limitações ou restrições a Direitos Fundamentais, quais sejam, a interna e a externa.

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1275-1276.

⁹¹ Alexy discorda e, ao adotar a teoria ampla do suporte fático, afirma que mesmo no caso da proibição do furto haveria a proteção *prima facie* pelo princípio de direito fundamental (a liberdade geral de ação) e a necessidade de análise da colisão de princípios – aqui, trata-se de um mero “caso potencial de direitos fundamentais”, já que é evidente qual princípio deve prevalecer. In ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 328.

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 240-245.

⁹³ LXXVII - são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania. In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

Segundo a teoria interna, os limites dos Direitos Fundamentais não teriam a natureza de restrições, mas sim de limites imanes desses próprios direitos. Trata-se de uma questão de se definir qual seria exatamente o próprio conteúdo interno do direito, qual sua extensão, e não de se analisar uma eventual restrição externa – não haveria dois momentos, um do surgimento do direito e, depois, uma restrição por outra norma.

Percebe-se que, ao se adotar a teoria interna, fica impossível praticar um processo de sopesamento, uma vez que a garantia do direito fundamental seria já definitiva e não *prima facie*.

Para a teoria externa, determinado princípio garante um direito fundamental *prima facie*. Nesse direito, há algo de excedente, que pode ser restringido por outras normas, dentro de determinadas condições – obedecido, por óbvio, o princípio da Proporcionalidade, como analisado no item anterior. Ocorridas estas condições, chega-se ao direito restringido, ou seja, o direito definitivo.

Alexy ensina que apenas a teoria externa é compatível com a teoria dos princípios:

Saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser.⁹⁴

Diante da ampla aceitação da Teoria dos Princípios de Alexy por nossa doutrina e jurisprudência, no presente estudo adotar-se-á a teoria externa.

1.5.2 Conceito de Restrição

Alexy ensina que são restringíveis os bens protegidos por Direitos Fundamentais (liberdades, situações, posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de Direitos Fundamentais. A partir daí, Alexy

⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 278.

esclarece que “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”.⁹⁵

Diante desse conceito, o autor alemão faz uma importante advertência: apenas normas compatíveis com a Constituição podem restringir Direitos Fundamentais. Mendes e Branco fazem coro, ao afirmar que tais direitos só podem ser limitados “[...] por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata).”⁹⁶⁻⁹⁷

Com a vigência da norma restritiva, no lugar de um direito ou liberdade fundamentais *prima facie*, surge uma não-liberdade ou um não-direito definitivos.

O exemplo citado por Alexy é o da regra (de natureza infraconstitucional) alemã que autoriza o representante da “Câmara de Ofícios” a entrar em locais de trabalho para vistoriá-los, o que se trataria de uma restrição ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio (uma vez estendida a proteção do art. 13, §1º, da Constituição alemã aos locais de trabalho, como entende o Tribunal Constitucional Federal alemão). Assim, o direito *prima facie* do indivíduo de não ter seu local de trabalho adentrado é restringido pela mencionada regra – esta respaldada nos “interesses de terceiros ou da coletividade”, então sopesados com a “proteção da esfera privada”, princípio atribuído pela referida norma constitucional -, resultando na substituição de uma proibição *prima facie* do representante da “Câmara de Ofícios” de entrar nos locais de trabalho por uma permissão definitiva de fazê-lo, obedecidas determinadas condições – que podem ser formuladas como uma nova regra, nos termos da lei de colisão, expressando o resultado do sopesamento.⁹⁸

1.5.3 Tipos de Restrição

Há diversas propostas de classificações de restrições a Direitos

⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 281.

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 247.

⁹⁷ Os tipos de restrições serão analisados no próximo item.

⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 134-135 e p. 283.

Fundamentais, mas por coerência aqui se seguirá o critério apresentado por Alexy, que distingue as restrições entre diretamente e indiretamente constitucionais.

As restrições diretamente constitucionais (ou restrições imediatas), como o próprio nome já sugere, são previstas em normas de hierarquia constitucional, chamadas cláusulas restritivas – na nossa Constituição, um exemplo seria a inviolabilidade de domicílio, que não resta assegurada “em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (art. 5º, XI).

Alexy também menciona a existência de restrições diretamente constitucionais estabelecidas por cláusulas não-escritas. Isso ocorre quando com um direito fundamental colidem princípios de Direitos Fundamentais (de terceiros) ou princípios que consagram outros valores jurídicos de hierarquia constitucional – Canotilho refere-se a colisões autênticas, quando se dão entre Direitos Fundamentais de diferentes titulares, e colisões não autênticas (ou colisões de direitos em sentido impróprio), quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos, os “bens da comunidade”⁹⁹ (v.g., “saúde pública”, “defesa nacional”, “segurança pública”).

Um bom exemplo na jurisprudência do STF de colisão entre enunciado constitucional de direito fundamental sem previsão expressa de reserva com valores de hierarquia constitucional foi a decisão no HC 70.814-5/SP, lembrada por Mendes e Branco, pela qual se admitiu a restrição do direito fundamental à inviolabilidade das correspondências de presos (princípio de direito fundamental previsto no art. 5º, XII, primeira parte, da CRFB, e especificamente em relação aos presos, no art. 41, XV, da Lei n. 7.210/84), possibilitando-se à administração penitenciária a interceptação de correspondência, desde que por “razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica”¹⁰⁰ - concretizadas na norma contida no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, que caracterizam as “condições” referidas na “lei de colisão” de Alexy.

⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1271.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 259-260.

As restrições indiretamente constitucionais (ou restrições mediatas) são as que, por meio de cláusulas de reserva, a Constituição autoriza que alguém estabeleça.¹⁰¹

As mais facilmente identificáveis são as autorizadas por cláusulas explícitas de reserva (por vezes são utilizadas expressões como “salvo nas hipóteses previstas em lei” etc.), e podem ser distinguidas entre reservas simples, nas quais apenas se garante a competência para estabelecer restrições (e.g., art. 5º, incisos VI, VII e XV, dentre outros, da CRFB) e qualificadas, nas quais há uma limitação ao conteúdo da restrição (e.g., art. 5º, incisos XII, XIII, e XXXVIII, dentre outros, da CRFB), estabelecendo a norma constitucional as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.¹⁰² Alexy ainda se refere a cláusulas implícitas de reserva, quando o enunciado constitucional apenas faz referência a leis ordinárias.

A preocupação maior com as reservas deve ser a sua delimitação. Os limites não devem ser postos apenas pelas condições expressas nas reservas qualificadas e pela barreira do conteúdo essencial – assunto que será tratado adiante -, mas também pela máxima da Proporcionalidade e o decorrente dever de sopesamento. A observância disso faz com que, por um lado, o conteúdo do direito fundamental (a ser restringido) que está além do seu núcleo essencial não fique completamente à mercê do legislador, tampouco que, por outro lado, a tarefa deste reste esvaziada, posto que limitada à interpretação das restrições já expressamente previstas no texto constitucional.

1.5.4 Proteção ao Conteúdo Essencial (Os “Limites dos Limites”)

Em virtude de os Direitos Fundamentais terem eminentemente a natureza de princípios, eventuais colisões com outros princípios são resolvidas por meio de sopesamento: observadas as condições específicas do caso concreto, a um

¹⁰¹ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco chamam de “restrições imediatas” as “diretamente constitucionais”, e de “restrições mediatas” as “indiretamente constitucionais”, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 247.

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 254.

princípio será atribuído maior peso do que ao outro.

Ocorre que, além disso, há a necessidade de manutenção do que se chama de núcleo ou conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais. É o que a doutrina germânica chama de “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*), pela qual tais limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à obrigatoriedade de clareza, determinação, generalidade e Proporcionalidade das restrições impostas.¹⁰³

Há duas teorias sobre o conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais: a objetiva, que se relaciona com a garantia do conteúdo essencial enquanto tal, válido abstratamente para todos os indivíduos; e a subjetiva, mais aceita, que define ser o conteúdo essencial da norma atingido quando, no caso concreto, as posições de Direitos Fundamentais individuais perdem sua proteção significativamente.

A teoria subjetiva se subdivide em relativa e absoluta. Pela relativa, conteúdo essencial seria simplesmente aquilo que resta após o sopesamento, bastando que se utilize de forma racional a Proporcionalidade como parâmetro (uma intervenção muito intensa é justificada se fundamentada em razões suficientemente relevantes, ou seja, se proporcional em sentido estrito). Não importa se muito pouco restar do direito fundamental. Já de acordo com a absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo inatingível, que deve restar hígido mesmo após o sopesamento entre os princípios colidentes.

Alexy demonstra predileção pela teoria relativa, ao concluir que, na verdade, o que ocorre é que com determinados direitos, sob determinadas condições, é possível se afirmar com muita segurança que nenhum princípio colidente prevalecerá, mas esse caráter absoluto permanece ligado à relação entre os próprios princípios envolvidos¹⁰⁴ – ou seja, na verdade o princípio da Proporcionalidade seria suficiente, sendo desnecessária qualquer suposta limitação

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 260.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 300-301.

adicional, como a prevista no art. 19, §2º, da Constituição alemã.¹⁰⁵

Na nossa Constituição de 1988 não há tal cláusula¹⁰⁶, mas é certo que, ao vedar qualquer proposta de emenda tendente a abolir os “direitos e garantias individuais” (art. 60, §4º, IV, da CRFB), nossa Carta Constitucional transmite a ideia de que há limites também para o legislador infraconstitucional, até porque raciocínio contrário feriria de morte qualquer proteção a esses Direitos Fundamentais.

E assim decidiu nossa Corte maior quando da análise da constitucionalidade do dispositivo na Lei de Crimes Hediondos que impunha o regime integralmente fechado para o cumprimento de pena por tais delitos: entendeu-se que tal norma violava a Constituição por atingir o núcleo essencial do princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CRFB).

¹⁰⁵ Artigo 19 [Restrição dos direitos fundamentais – Via judicial] [...] (2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência. *In* DEUTSCHER BUNDESTAG. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁰⁶ Além da alemã, as Constituições espanhola (art. 53, I) e portuguesa (art. 18º, III) também contêm dispositivos que limitam expressamente a atuação do legislador ordinário na restrição de direitos fundamentais.

CAPÍTULO 2

O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Princípio da Não Autoincriminação, expresso na fórmula latina *Nemo tenetur se detegere*, traduz a ideia de que o investigado ou acusado não é obrigado a contribuir para sua própria incriminação. Ele se desdobra em duas vertentes: a do privilégio contra autoincriminação propriamente dito, consistente no amplo direito à recusa em cooperar com a investigação, e a do direito de permanecer calado ou Direito ao Silêncio (*right to remain silent*), considerada a sua “manifestação mais tradicional”¹⁰⁷ ou sua “expressão fundamental”.¹⁰⁸

A doutrina, por vezes, refere-se a outros brocardos de muito semelhante sentido, tais como: *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur se ipsum accusare*, *nemo tenetur edere contra se*, *nemo testis se ipsum*, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* ou apenas *nemo tenetur*.

Antes do desenvolvimento desse princípio, o acusado era tido como mero objeto de prova – daí a admissão de métodos como a tortura em busca da confissão –, e não sujeito de direitos, o que só veio a ocorrer com a passagem do sistema processual penal inquisitório para o acusatório.

2.2 ORIGENS E DESENVOLVIMENTO

Não há um consenso na doutrina a respeito de sua origem. Um antecedente no direito hebraico é mencionado por Trois Neto:

Fundado na regra talmúdica de que a ninguém é dado tirar a própria vida, entendia-se que o acusado não podia ser levado a depor contra

¹⁰⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2ª ed. (Kindle). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 254.

¹⁰⁸ PEREIRA, Gisele Mendes. **O Direito ao silêncio no processo penal brasileiro**. 1. ed. Caxias do Sul: Educs, 2012, p. 24.

si mesmo, pois sua confissão em relação a um crime punível com a sanção capital permitiria uma forma indireta de suicídio.¹⁰⁹

No direito romano clássico não se podia falar em proteção contra a autoincriminação, na medida em que o silêncio do réu, com exceção dos chamados crimes capitais, tinha como consequência a confissão tácita.¹¹⁰

Não há dúvidas de que o desenvolvimento embrionário do *Nemo tenetur se detegere* se deu na Europa – inicialmente no continente, mas logo após, com maior e mais rápido desenvolvimento, no Reino Unido.

Para fins didáticos, abordar-se-á o surgimento e desenvolvimento nas idades média e moderna europeias, para depois se analisar seus desdobramentos no continente americano – nos Estados Unidos da América, onde pouco depois da Revolução Americana o princípio já começou a ser positivado nas Constituições estaduais e em seguida na famosa 5ª Emenda, e no Brasil, pela maior pertinência com os objetivos do estudo.

2.2.1 Idade Média Europeia

Com um processo penal de estrutura inquisitória, especialmente a partir do pontificado do Papa Inocêncio III, nos tribunais da Igreja vigorava o chamado juramento *ex officio*, pelo qual os suspeitos de heresia deveriam prestar juramento de falar a verdade – normalmente, sem conhecimento da acusação que lhes pesava, de quem os acusava e das provas existentes – e, em caso de recusa, entendia-se que Deus os considerava culpados.¹¹¹ Tal procedimento também chegou a ser aplicado nos tribunais comuns, e o recurso à tortura para obtenção de confissões era largamente utilizado.¹¹²

¹⁰⁹ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 82.

¹¹⁰ PUGLIESE, 1957, p. 545 e HELMHOLZ, 1997, p.186 *Apud* QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**, p. 332.

¹¹¹ RAMOS, Vânia Costa. **Corpus Juris 2000 - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare**, in Revista do Ministério Público (Portugal), n.º 108, Out/Dez de 2006, p. 137.

¹¹² TAYLOR, John B. **Right to Counsel and Privilege against Self-Incrimination: rights and liberties under the law**. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2004, p. 28.

Os acusados encontravam-se em posição terrível: se não jurassem falar a verdade, eram considerados culpados. Se jurassem, corriam o risco de se incriminar (posto que, em regra, sequer conheciam as acusações), de serem punidos por perjúrio (caso negassem a prática criminosa) ou mesmo torturados até que confessassem.

Já no direito anglo-saxônico, com a conquista normanda (1066) iniciou-se uma série de reformas graduais – passando inclusive pela Magna Carta, em 1215 – que culminou na criação de uma estrutura processual acusatória, origem da atual concepção do Princípio da Não Autoincriminação.

No período posterior à conquista normanda, vigorou na Inglaterra um sistema de tribunais eclesiásticos paralelo às cortes seculares. Esses tribunais exerciam inclusive jurisdição criminal, utilizando como base o *ius commune* europeu, uma mistura de direito canônico e romano, apontado como a origem do brocardo *Nemo tenetur se detegere*.¹¹³

À época, a lógica da vedação à autoincriminação, traduzida pela máxima *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, era de que ninguém pode testemunhar contra si mesmo porque ninguém está obrigado a revelar sua própria vergonha – afinal, era a Deus que os homens deveriam confessar suas faltas.¹¹⁴ Esse princípio foi elaborado na obra *Speculum Iudiciale* (1296) de Guilherme Durand e largamente aceito pela doutrina medieval, sendo repetido em praticamente todas as obras sobre direito processual penal europeias nos séculos posteriores.¹¹⁵

A esse período já se referiu expressamente, em decisão monocrática, a Ministra Rosa Weber no ano de 2012, ao apreciar pedido liminar no julgamento do HC 113749/DF.¹¹⁶

¹¹³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**, p. 415.

¹¹⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**, p. 415.

¹¹⁵ HELMHOLTZ, R. H. The privilege and the ius commune: The middle ages to the Seventeenth Century. In HELMHOLTZ, R. H. (org.) **The privilege against self-incrimination: Its origins and development**, Chicago & London: University of Chicago Press, 1997, p. 26.

¹¹⁶ “O texto de autoridade mais utilizado para justificar a regra era um extrato de um comentário sobre

A partir do século XIII, o juramento *ex officio* voltou a ser adotado nesses tribunais, inclusive na *Court of High Commission*, tribunal eclesiástico supremo criado durante a dinastia Tudor no século XVI.

Apesar de ser utilizado nas cortes eclesiásticas, a máxima do *Nemo tenetur se detegere* comportava temperamentos e não era vista como um direito substantivo dos acusados – na verdade, mais se prestava a assegurar que a ação do “investigador” estivesse também respaldada por alguma outra fonte de informação que não a palavra do acusado, como o conceito moderno de *probable cause*.¹¹⁷

E o *Nemo tenetur se detegere* só era aplicado quando o crime não fosse de “conhecimento público”, com o intuito de impedir que os juízes investigassem abstratamente a vida das pessoas. Se fosse, exigia-se o juramento.¹¹⁸

2.2.2 Idade Moderna Europeia

Com a Reforma protestante, as recusas ao juramento nas cortes eclesiásticas inglesas se tornaram mais comuns e as pessoas passaram a se socorrer às cortes da *common law*.

Nessas cortes, até o século XVI, considerava-se direito fundamental do acusado a oportunidade de falar no processo criminal, e não o silêncio – até porque

a carta de São Paulo aos hebreus pelo chefe de igreja do quarto século, São João Crisóstomo. O texto, inserido no Decretum de Gratian, estabelecia: 'Eu não digo que vocês devem trair-se a si mesmos em público ou acusar a si mesmos perante outros, mas que vocês devem obedecer o profeta quando disse: 'Revele seus atos perante Deus'. Comentaristas medievais leram essas palavras como estabelecendo um argumento jurídico: homens e mulheres devem confessar seus pecados a Deus, mas eles não devem ser compelidos a revelar seus crimes a mais ninguém. A técnica jurídica usual do *ius commune*, lendo textos a *contrario sensu*, levava a essa conclusão. Se os cristãos estavam sendo comandados a revelar seus pecados a Deus, como conclusão contrária eles estavam sendo comandados a não revelar seus pecados a outros homens. (HELMHOLTZ, R. H. **The privilege and the ius commune: The middle ages to the Seventeenth Century**. In HELMHOLTZ, R. H. (org.) *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*, Chicago & London: University of Chicago Press, 1997, p. 26) – Em HC 113749/DF - Relator(a): Min. ROSA WEBER - Julgamento: 29/05/2012. In BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 113749, Número Único: 9943291-60.2012.1.00.0000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4249772>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹¹⁷ TAYLOR, John B. **Right to Counsel and Privilege against Self-Incrimination: rights and liberties under the law**. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2004, p. 29.

¹¹⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**, pos. 437.

em regra não havia advogado de defesa presente. Somente com a consolidação do direito à defesa técnica – além da adoção do *standard* da dúvida razoável da prova (*beyond a reasonable doubt*), da presunção de inocência e regras de exclusão de provas ilícitas (*exclusionary rules*), especialmente no século XIX - é que se deu efetividade a tal garantia: antes disso, e sem o direito de arrolar testemunhas, era muito improvável que um acusado permanecesse em silêncio. E quando o fazia, era praticamente inevitável que os jurados o considerassem culpado.

Para Vânia Costa Ramos, o que realmente contribuiu para a implementação do *Nemo tenetur se detegere* foi a popularização dos advogados de defesa. A partir daí, o acusador passou a se confrontar com o advogado, e não mais com o arguido, o que fez com que se pudesse elaborar uma defesa na qual não tivesse o acusado que se tornar um meio de prova.¹¹⁹

Apesar de usualmente se referir ao Iluminismo como o período de mais acelerado desenvolvimento do princípio *Nemo tenetur se detegere* – e não sem razão -, deve ser registrado que nem todos os pensadores do período o prestigiavam de forma absoluta: Cesare Beccaria, principal expoente da reforma humanizadora, apesar da firme oposição à tortura na instrução do processo, ao juramento *ex officio*¹²⁰ e à crueldade das penas, defendia que fosse imposta penalidade “das mais graves” ao acusado que obstinadamente se recusasse a responder ao interrogatório, enquanto Jeremy Bentham, maior nome do utilitarismo – ao lado de John Stuart Mill -, sustentava ser tal princípio um produto irracional, cujo

¹¹⁹ A autora portuguesa complementa, afirmando que: “Este direito passou a ser garantido por lei em 1836 (*Act of enabling persons indicted of Felony to make their defence by Counsel or Attorney*), e abriu caminho ao verdadeiro direito ao direito ao silêncio do arguido, que podia calar porque outro falaria por ele. Finalmente, em 1848 (*Act to facilitate the Performance of the Duties of Justices of the Peace out of Sessions within England and Wales with respect to Persons charged with Indictable Offences*), foi criada a obrigação, para o juiz das liberdades, de informar o arguido do seu direito ao silêncio. Deste modo, com o estabelecimento do direito à assistência de um advogado e do direito ao silêncio, tornou-se possível separar a função do arguido como meio de prova da sua posição como parte no processo”. In RAMOS, Vânia Costa. **Corpus Juris 2000 - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare***, in Revista do Ministério Público (Portugal), n.º 108, Out/Dez de 2006, p. 138.

¹²⁰ De sua obra-prima, escrita em 1794: “Contradição entre as leis e o sentimento natural do homem nasce dos juramentos que se exigem do réu, para que seja verdadeiro, quando tem o máximo interesse em ser falso. Como se o homem pudesse jurar sinceramente quando contribui para a própria destruição. [...] Quanto são inúteis os juramentos, a experiência já o demonstrou, e qualquer juiz poderá ser testemunha que juramento algum jamais fez o réu dizer a verdade” In BECCARIA, Cesare: **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. São Paulo: RT, 1996.

efeito seria excluir a mais fidedigna prova da verdade, qual seja, a confissão.¹²¹

2.2.3 Estados Unidos da América

Durante o período colonial, os julgamentos criminais se assemelhavam aos da Inglaterra: os acusados eram pressionados a confessar antes do julgamento (*pretrial proceedings*) e tais confissões contra eles eram invariavelmente usadas em juízo, fazendo com que os acusados não pudessem se dar ao luxo de permanecer em silêncio.

A escassez de advogados na colônia agravava a situação, e os julgamentos muitas vezes tratavam-se de procedimentos sumários conduzidos por juízes de paz leigos, que impunham condenações com base em meras audiências informais.

O *Nemo tenetur se detegere* na *common law* significava que o acusado não poderia responder a perguntas incriminatórias sob juramento – caso contrário, ao acusado (supostamente culpado) restaria uma dura escolha entre uma punição temporal e uma condenação eterna.¹²²

Para além de não se exigir, sequer se permitia o interrogatório sob juramento, posto que os acusados tinham interesse próprio na causa (eram considerados *self-interested parties*).¹²³

No século XVIII o sistema legal norte-americano se aperfeiçoou, aproximando-se mais do *common law* inglês. Em meados do referido século, o foco da questão da não incriminação para os juízes passou a ser a limitação do uso de confissões obtidas antes do julgamento quando da suspeita de utilização de força ou

¹²¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**, pos. 372.

¹²² TAYLOR, John B. **Right to Counsel and Privilege against Self-Incrimination: rights and liberties under the law**. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2004, p. 33.

¹²³ O Justice Scalia, em voto divergente em MITCHELL V. UNITED STATES (97-7541) 526 U.S. 314 (1999), ressalta que, mais do que possível, era até esperado que os acusados falassem (sem juramento) “bastante”, tanto na fase pré-processual (para o juiz de paz) como durante o julgamento (diretamente aos jurados), já que o juiz de paz do *pretrial* era ouvido como testemunha no julgamento com base nas declarações do acusado na fase preliminar – e se ele tivesse se calado no *pretrial*, isso seria reportado aos jurados depois. In JUSTIA. **Us Supreme Court**. Mitchell v. United States, 526 U.S. 314 (1999). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/526/314/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

pressão excessiva na sua obtenção.¹²⁴

Na época da Revolução Americana, intensificou-se a luta dos habitantes da colônia por uma série de direitos garantidos na *common law* aos cidadãos ingleses, como o julgamento por um júri e outros a ele associados, dentre os quais o *Nemo tenetur se detegere*.

Após a independência, como proteção contra os abusos estatais – para isso pesou o recrudescimento do pacto colonial no período pré-revolução - os estados passaram a consagrar em suas constituições diversos direitos individuais. Na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, de influência iluminista, o texto redigido por George Mason pela primeira vez na América previu que ninguém pode ser “obrigado a fornecer prova contra si mesmo” (“[...] *nor can he be compelled to give evidence against himself*”).

Nas convenções estaduais, durante o processo de ratificação do texto constitucional proposto em 1787, foi grande a pressão, especialmente dos antifederalistas, pela adição ao documento de um *Bill of Rights* tal como vinha sendo feito por diversos estados – afinal, se se estava propondo um governo central mais forte, lógico seria prever também um rol de garantias aos cidadãos contra o Estado.

Já em 1789, o Congresso aprovou o texto das dez primeiras emendas (o *Bill of Rights*), baseadas nos doze artigos apresentados por James Madison, dispondo a 5ª Emenda que “ninguém poderá [...] ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo” (tradução nossa). Curioso é que o texto original de Madison não limitava a garantia a processos criminais, sendo desconhecida a razão pela qual a *House of Representatives* decidiu incluir tal restrição – uma sugestão do advogado federalista John Laurence, acatada sem o registro de qualquer discussão a respeito.¹²⁵

Pela primeira vez na História o chamado “privilege against self-incrimination” ganhou proteção numa Constituição nacional escrita – lembrando-se

¹²⁴ TAYLOR, John B. **Right to Counsel and Privilege against Self-Incrimination: rights and liberties under the law**. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2004, p. 33.

¹²⁵ LEVY, Leonard W. **Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination**. Chicago: Ivan R. Dee, 1999, p. 424-425.

que, originalmente, o *Bill of Rights* se aplicava ao governo federal, mas não aos estados, o que só começou a ocorrer a partir da 14ª Emenda (por meio da cláusula do *due process*) em 1868, e o gradual reconhecimento da *incorporation doctrine* pela Suprema Corte.

O texto, todavia, não deixava claro se a garantia se aplicava apenas ao julgamento propriamente dito ou a todas as etapas da persecução penal, porém na época não houve grandes discussões a esse respeito - tampouco se entendia estar revolucionando o processo penal, mas apenas se garantindo o que já havia sido atingido via *common law*, agora com *status* de proteção constitucional.

Até o final do século XVIII, entendia-se que o privilégio previsto na 5ª Emenda basicamente servia para proibir o interrogatório sob juramento, a tortura e outras formas de coerção, tais como ameaça de futuras punições ou promessas de leniência (verdadeiras ou falsas). A emenda não conferia ao acusado o direito de permanecer em silêncio sem disso sofrer consequências. O foco era a vedação da utilização de métodos impróprios para se obter informação de suspeitos¹²⁶ – entendia-se, à época, que uma pressão moderada no interrogatório pelos juízes em busca de uma confissão não era incompatível com o privilégio, desde que o acusado não estivesse sob juramento.

Como dito, na verdade os acusados sequer podiam prestar juramento, pois eram considerados partes interessadas e por isso “desqualificadas” para depor como testemunhas (sob juramento). Só quem prestava depoimento sob juramento corria o risco de cometer perjúrio e aí repousaria a compulsão vedada pela 5ª Emenda. Outras formas mais agressivas de compulsão, como tortura ou ameaças, já não eram admitidas pela *common law* antes mesmo da Constituição e do *Bill of Rights*.

A conclusão é de que, neste primeiro momento, a proteção da 5ª Emenda não teve qualquer utilidade prática para os acusados. Eles até poderiam se recusar a responder perguntas, mas inevitáveis seriam as inferências negativas extraídas

¹²⁶ ALSCHULER, A. H. A peculiar privilege in historical perspective. In HELMHOLTZ, R. H. (org.) **The privilege against self-incrimination: Its origins and development**, Chicago & London: University of Chicago Press, 1997, p. 192-193.

dessa atitude pelos jurados – lembrando-se, mais uma vez, que normalmente os acusados não estavam assistidos por defensor e, se não apresentassem sua versão para os fatos, ninguém poderia fazê-lo, e a condenação seria quase inevitável.

Somente a partir do momento em que os advogados de defesa se popularizam (podendo falar nos julgamentos em benefício de seus clientes) e se começa a admitir (inicialmente pelos estados e em 1878 pelo governo federal) que os acusados testemunhem (o que consiste no direito norte-americano em apresentar provas “sob juramento”), eles passam, de fato, a não ser obrigados a responder a perguntas que os incriminem nos julgamentos - ou mesmo a qualquer tipo de pergunta.¹²⁷ É assim que a concepção moderna do privilégio contra a autoincriminação começa a ser desenvolvida: com o intenso trabalho dos advogados de defesa (*defense counsel*).

O primeiro estado a permitir que os acusados testemunhassem sob juramento foi Maine, em 1864. Ao final do século XIX, apenas o estado da Geórgia proibia essa prática – o que só veio a mudar em 1962. Para muitos, passou a não fazer sentido que ainda se admitisse que os acusados falassem sem prestar juramento, já que tal depoimento seria considerado sem qualquer valor pelos jurados - tanto que nos dias atuais apenas o estado de Massachusetts admite que os acusados decidam se querem falar sob juramento ou não.

Curioso é que inicialmente houve oposição a essa aceitação do juramento, inclusive dizendo-se que seria uma ameaça ao privilégio, pois se argumentava que os jurados, ao virem um advogado orientar seu cliente a se calar, daí extrairiam a conclusão de que ele é culpado – e na prática os acusados seriam compelidos a testemunhar sob juramento (e risco de perjúrio), exatamente o que a 5ª Emenda buscou evitar.

Tal receio resultou em diversas inovações legislativas estaduais, e em 1878 uma lei federal, com a determinação de que o acusador não poderia tecer comentários acerca da opção do réu em se calar, e que nenhuma presunção dessa

¹²⁷ ALSCHULER, A. H. A peculiar privilege in historical perspective. In HELMHOLTZ, R. H. (org.) **The privilege against self-incrimination: Its origins and development**, Chicago & London: University of Chicago Press, 1997, p. 194-199.

atitude poderia ser extraída em seu prejuízo.¹²⁸ A Suprema Corte consagrou tal vedação em *Griffin v. California*¹²⁹ em 1965.

Outro aspecto do privilégio a ser desenvolvido e aplicado era a utilização de confissões extraídas dos acusados em procedimentos investigatórios anteriores ao julgamento (*pretrial examination*). No século XIX, os magistrados norte-americanos começaram a alertar os suspeitos de que eles não eram obrigados a falar, mas caso o fizessem suas respostas poderiam ser usadas contra eles no futuro julgamento.¹³⁰

O problema é que, com o estabelecimento e estruturação dos departamentos de polícia, cada vez menos os magistrados se envolveram nos interrogatórios de suspeitos na etapa pré-processual, tornando comum todo tipo de intimidação para se obter a tão valiosa confissão.¹³¹

Em 1892, em *Counselman v. Hitchcock*, num caso em que ainda na fase preliminar (*grand jury*) uma testemunha invocou a 5ª emenda para se recusar a responder perguntas com potencial incriminatório (e acabou multado e preso por *contempt*), a Suprema Corte decidiu que o privilégio se aplica ainda que quem o tenha invocado não figure como investigado, desde que tal pessoa tenha sido compelida a dar um testemunho que pudesse indicar tenha ela cometido um crime – não importando se o testemunho se daria perante uma comissão parlamentar ou um *grand jury* de natureza cível.¹³² E caso uma lei confira imunidade a essa testemunha para que seja compelida a falar, tal imunidade deve ser absoluta em relação ao possível crime a que a resposta se refira.

Desde a era colonial, como já afirmado, com base numa regra da

¹²⁸ ALSCHULER, A. H. A peculiar privilege in historical perspective. In HELMHOLTZ, R. H. (org.) **The privilege against self-incrimination: Its origins and development**, Chicago & London: University of Chicago Press, 1997, p. 199.

¹²⁹ JUSTIA. **Us Supreme Court**. *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/380/609/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹³⁰ No Reino Unido, o Sir John Jarvis's Act de 1848 estabeleceu expressamente a necessidade de tal advertência na fase investigatória.

¹³¹ TAYLOR, John B. **Right to Counsel and Privilege against Self-Incrimination: rights and liberties under the law**. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2004, p. 37.

¹³² JUSTIA. **Us Supreme Court**. *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/142/547/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

common law, as cortes norte-americanas já se recusavam a admitir confissões quando havia prova de que foram obtidas por tortura ou outros métodos extremos na fase investigativa, especialmente porque tais práticas retiravam qualquer credibilidade dessas confissões involuntárias – independentemente do advento da 5ª Emenda ou previsões similares nas Constituições estaduais, definia-se a admissibilidade da confissão com base em sua fidedignidade.

Mas só em 1897, no caso *Bram v. United States*, a Suprema Corte afirmou expressamente que a admissibilidade de uma confissão obtida antes do julgamento submetia-se à cláusula do privilégio contra a autoincriminação consagrada na 5ª Emenda, que teria “corporificado” o padrão de voluntariedade da *common law*¹³³, não se admitindo qualquer forma e grau de indução ou coerção que acarretassem esperança ou medo no investigado ou acusado.¹³⁴

Como a maioria dos casos criminais é de competência estadual e apenas em 1964 a Suprema Corte reconheceu a aplicação da 5ª Emenda aos estados, levou bastante tempo até que a jurisprudência se consolidasse em relação à extensão do privilégio contra a autoincriminação – e, ainda assim, diversas controvérsias a respeito remanescem até os dias atuais.

Já no século XX, o famoso caso *Miranda v. Arizona* redefiniu os padrões de privilégio contra a autoincriminação para os estados e o governo federal, especialmente no que se refere ao dever de informação pelas autoridades a seu respeito, o que será mais detalhadamente analisado no próximo capítulo deste trabalho.

2.2.4 Brasil

¹³³ TAYLOR, John B. **Right to Counsel and Privilege against Self-Incrimination: rights and liberties under the law**. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2004, p. 37-39.

¹³⁴ A Suprema Corte decidiu que todas as circunstâncias envolvendo a obtenção da confissão são relevantes para a análise da sua voluntariedade: *We come, then, to a consideration of the circumstances surrounding, and the facts established to exist, in reference to the confession, in order to determine whether it was shown to have been voluntarily made*. “Chegamos, então, a uma consideração das circunstâncias circundantes e dos fatos estabelecidos para existir, em referência à confissão, a fim de determinar se foi demonstrado que foi feito voluntariamente”. (tradução livre). *In Bram v. United States*, In: LII. **Legal Information Institute**. BRAM v. UNITED STATES. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/168/532>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

No período colonial, por razões óbvias, aplicava-se a legislação da metrópole, as chamadas “Ordenações do Reino”, com grande influência do Direito Canônico. Serão analisadas, a seguir, as três que tiveram vigência no Brasil.

2.2.4.1 Ordenações Afonsinas e Manuelinas

As Ordenações Afonsinas vigoraram a partir de 1446 e tratavam-se de uma compilação de leis realizada durante o reinado de D. Afonso V. Elas foram substituídas em 1521 pelas Ordenações Manuelinas, publicadas por D. Manuel I, e, assim como sua predecessora, estava impregnada de elementos de Direito Canônico e Direito Romano.

Surpreendentemente, artigos no Título XL do Livro III das Ordenações Manuelinas previam algumas situações nas quais o acusado não era obrigado a depor, mas ambas supervalorizavam a confissão e admitiam, na sua busca, o emprego da tortura (tormentos) – o que, na prática, tirava qualquer eficácia da mencionada proteção.

Diante da incipiência de sua colonização, essas ordenações foram muito pouco aplicadas no Brasil.¹³⁵

2.2.4.2 Ordenações Filipinas

Por sua vez, as disposições de direito processual penal das chamadas Ordenações Filipinas – fruto da união das Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes da época –, implementadas por Filipe I em 1603, foram amplamente aplicadas no Brasil até mesmo após sua independência, só deixando de vigorar com a publicação do Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832, que será analisado mais à frente.

As Ordenações Filipinas refletiram a influência da Santa Inquisição¹³⁶

¹³⁵ PEREIRA, Gisele Mendes. **O Direito ao silêncio no processo penal brasileiro**, 1. ed. Caxias do Sul: EducS, 2012, p. 87.

¹³⁶ Durante a Inquisição, o juramento ex officio e as torturas eram largamente utilizados, admitindo-se inclusive a utilização de falsas promessas pelo Juiz do Tribunal Eclesiástico para persuadir as supostas “bruxas” a confessar – a confissão era de suma importância, posto que “[...] a justiça comum exige que a bruxa não seja condenada à morte a menos que tenha sido declarada culpada por

católica em Portugal, e suas disposições de processo penal (Livro V, Título CXXXIII)¹³⁷ eram impregnadas de normas cruéis, validando a utilização de todo tipo de expediente (como ameaças e tortura) em busca da confissão.

Para se atribuir uma aparência de legitimidade às confissões obtidas por meio dos “tormentos”, elas precisavam ser confirmadas por qualquer outro tipo de prova.

Ao final do século XVIII, com o Iluminismo e as consequentes transformações pelas quais passava o mundo ocidental – como as revoluções francesa e americana –, aproximava-se o momento em que a sociedade não mais aceitaria esse tipo de prática.

Em Portugal chegou a ser elaborada uma reforma da legislação, mas não se logrou êxito na sua aprovação pela comissão de juristas formada para avaliá-

própria confissão”. In KRAMER, Heinrich e SPRENGER, James. **O Martelo das Feiticeiras**. Trad. Paulo Fróes. 12 ed. Rio de Janeiro: Ed. Rosa dos Tempos, 1997, p. 428-433.

¹³⁷ “DOS TORMENTOS. Não se pôde dar certa fôrma quando e em que casos o preso deve ser mettido a tormento, porque pôde ser contra elle hum só indicio, que será tão grande e tão evidente, que baste para isso, convem a saber, se elle tiver confessado fóra do Juizo, que fez o maleficio, porque he accusado, ou houver contra elle huma testemunha, que diga que lho vio fazer, ou fama publica, que proceda de pessoas de auctoridade e dignas de fé, ou se o preso se absentou da terra polo dito maleficio, antes que delle fosse querelado, com outro algum pequeno indicio. E poderão ser contra elle muitos indicios tão leves e tão fracos, que todos juntos não bastarão para ser mettido a tormento; por tanto ficará no arbítrio do Julgador, o qual verá bem, e examinará toda a inquirição dada contra o preso. E se achar tanta prova contra elle, que o môva a crer, que elle fez o delicto, de que he accusado, mandal-o-ha metter a tormento, o de outra maneira não (2). 1. Quando o accusado fôr mettido a tormento, e em todo negar a culpa, que lhe he posta, ser-lhe-ha repetido em trez casos: o primeiro, se quando primeiramente foi posto a tormento, havia contra elle muitos e grandes indicios, em tanto que, ainda que elle no tormento negue o maleficio, não deixa o Julgador de crer, que elle o fez: o segundo caso he, se depois de huma vez foi mettido a tormento, sobrevierão contra elle outros novos indicios: o terceiro caso he, se confessou no tormento o maleficio, e depois quando foi requerido para ratificar a confissão em Juizo, negou o que no tormento tinha confessado. E em cada hum destes casos pôde, e deve ser repetido o tormento ao accusado, e ser-lhe-ha feita a repetição, assi e como ao Julgador parecer justo; o qual será avisado, que nunca condene algum, que tenha confessado no tormento, sem que ratifique sua confissão em Juizo, a qual se fará fóra da caza, onde lhe foi dado o tormento. E ainda se deve fazer a ratificação depois do tormento per alguns dias, de maneira que já o accusado não tenha dôr do tormento; porque de outra maneira presume-se per Direito, que com dôr e medo do tormento, que houve, a qual ainda nelle dura, receando a repetição, ratificará a confissão, ainda que verdadeira não seja. 2. E quando se derem tormentos a alguns culpados, o Julgador, que os mandar dar, não consentirá, que pessoa alguma esteja presente, mais que elle, o Scrivão, e o Ministro; os quaes tormentos se darão da maneira que convem para se saber a verdade, que he o fim, para que se mandão dar.” In: UNIVERSIDADE DE COIMBA. **Livro V das Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l5p1308.htm>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

la.¹³⁸

Só com a Constituição Portuguesa de 1821 foram asseguradas garantias como a Proporcionalidade das penas e a abolição da tortura e outras práticas desumanas, ainda vigorando as Ordenações Filipinas no que não contrariassem a novel carta constitucional.

2.2.4.3 Constituição Política do Império do Brasil de 1824

Agora uma nação independente, em 1824 o Brasil ganhou sua primeira constituição pelas mãos de D. Pedro I, supostamente liberal, mas manchada por ter sido outorgada, bem como pela previsão de um quarto poder, o chamado Poder Moderador.

Apesar das justas críticas, a Constituição de 1824 teve o mérito de consagrar direitos individuais, inclusive no que se refere ao direito penal e processual penal.¹³⁹

¹³⁸ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. v.1. Campinas: Bookseller, 1997, p. 98-99. *Apud* PEREIRA, Gisele Mendes. **O Direito ao silêncio no processo penal brasileiro**, 1. ed. Caxias do Sul: EducS, 2012, p. 91.

¹³⁹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundaçãõ; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na

A partir de então (de acordo com o previsto no Art. 179, inciso XIX) a tortura estava definitivamente abolida do ordenamento jurídico pátrio, ainda que – como já acontecia desde 1821 – as Ordenações Filipinas continuassem em vigor no que em harmonia com a Constituição Imperial.

2.2.4.4 Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832

O Código de Processo Criminal de Primeira Instância foi inspirado nos ideais iluministas, assim como o Código Criminal de 1830, e pela primeira vez tratou o interrogatório como ato de defesa, ao estabelecer em seu artigo 98 uma relação com as perguntas que o magistrado deveria formular – perguntas que tendiam a solicitar ao réu provas da sua inocência, mas sem previsão expressa de que ele poderia se manter em silêncio.¹⁴⁰

A doutrina, todavia, já entendia que os acusados não estavam mais obrigados a responder às perguntas da autoridade.¹⁴¹

fórmula por ella prescripta.

[...]

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.

XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes.

In BRASIL. Câmara dos Deputados. **Constituição Política do Império do Brasil**, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁴⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**, pos. 2346-2353.

¹⁴¹ José Antonio Pimenta Bueno, citado por João Claudio Couceiro, afirmava: “Nosso Código não estabelece expressamente regras para o caso de contumácia, isto é, de não querer o acusado responder às perguntas do juiz ou responder sem conexão [...]. Temos, contudo, disposições aplicáveis tanto na prática antiga como por induções de outras do nosso Código. Se ele não quizer responder ou o fizer sem conexão com as perguntas, o juiz, depois de adverti-lo e aconselhá-lo a que não persista em sua obstinação, que lhe rouba um meio de defesa, e que pode gerar no espírito do júri prevenções contra sua causa, se nada puder conseguir, deverá continuar nos termos do processo à sua revelia quanto a esse ato. [...] O silêncio não deve ser tido como confissão; ele pode nascer do estado de ânimo do acusado, do temor de envolver parentes ou amigos na acusação, de motivos de honra ou de paixões. Se no civil não se julga o réu confesso, porque é contumaz, quando se trata de propriedade, como julgá-lo convicto quando do crime se trata de sua liberdade ou vida? A negativa lacônica não vale o mesmo que o silêncio? Demais, a lei não fixa regras que devam escravizar a consciência do júri quanto à prova, como praticava a respeito dos magistrados singulares; assim, consultarão os jurados suas convicções, atendendo ao fato, e decidindo-se pelos sinceros impulsos delas”. *In* PIMENTA BUENO, José Antonio. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**.

O Tribunal do Júri passou a ser competente para os crimes com penas cominadas acima de seis meses – ou seja, a maior parte deles –, o que revela o espírito liberal e democratizante que inspirou o diploma.

No entanto, diversas revoltas populares, como a Cabanada em Pernambuco e Alagoas (1832-1835), Revolta do Ano da Fumaça e de Carrancas em Minas Gerais (1833), a Cabanagem no Pará (1835-1840), a Revolta dos Malês e a Sabinada na Bahia (1835-1838), a Revolução Farroupilha no Rio Grande do Sul (1835-1845) e a Balaiada no Maranhão (1838-1841), dentre outras, serviram como pretexto para que os conservadores pressionassem pelo endurecimento do novo código.

Assim, a Lei n. 261 de 1841, regulamentada pelo Decreto n. 120 de 1842, promoveu diversas alterações no Código de 1832, endurecendo o regime: boa parte das funções antes exercidas pelos magistrados foram transmitidas à polícia, cujos chefes, delegados e subdelegados – assim como os juízes municipais e promotores de justiça –, eram nomeados pelo Imperador ou pelo chefe da província, e por eles podiam ser suspensos.¹⁴²

O interrogatório, que segundo o Código de 1832 ocorria em até quatro oportunidades (artigos 132, 142, 245 e 259), nas duas primeiras (flagrante delito e fase de formação da culpa) passou a ficar a cargo da polícia, resultando num incentivo à tortura com intuito de se obter uma confissão.

Tal recrudescimento da legislação acabou tendo o efeito contrário: ao amputar os avanços liberais do Código Criminal de 1830 e do Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832, a reforma acabou contribuindo para o desencadeamento das revoltas liberais de 1842, em São Paulo e Minas Gerais.

Apenas em 1871, com a publicação da Lei n. 2.033, foram amenizados os retrocessos promovidos três décadas antes, separando-se a função de investigar

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p.424-5. *Apud* COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 106-7, nota de rodapé n. 163.

¹⁴² PEREIRA, Gisele Mendes. **O Direito ao silêncio no processo penal brasileiro**, 1. ed. Caxias do Sul: Educs, 2012, p. 103-104.

das de processar e julgar – ao menos para os crimes comuns, já que o processamento das contravenções e pequenos delitos (pena de multa até cem mil réis ou prisão até seis meses) continuou a cargo da polícia (art. 11 do Decreto n. 4.824/1871, combinado com art. 12, §7º, da Lei n. 232/1832).

Tal lei criou a figura do inquérito policial no Direito pátrio que, em linhas gerais, preservou suas principais características até os dias atuais.

2.2.4.5 Constituição Republicana de 1891

A nova carta constitucional buscou uma maior descentralização política, inspirada no bem-sucedido modelo norte-americano, e concedeu aos estados a competência legislativa em relação ao direito processual – enquanto alguns a exerceram, outros continuaram utilizando o Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

A Constituição de 1891 assegurou diversos direitos individuais, inclusive a ampla defesa e o *habeas corpus*.¹⁴³

Apesar desse extraordinário avanço, não houve menção expressa ao direito contra a autoincriminação. Já o Decreto n. 848 de 1890, que organizou a recém-criada Justiça Federal, além de limitar de forma expressa as perguntas que poderiam ser formuladas pelo magistrado no interrogatório, assegurou ao acusado o direito de responder laconicamente (sim ou não) quando perguntado se era culpado.¹⁴⁴⁻¹⁴⁵ E a exposição de motivos do referido decreto pelo Ministro Campos

¹⁴³ Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas. [...]

§ 22 - Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. *In* BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁴⁴ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95.

¹⁴⁵ Art. 58. O réo será interrogado pela forma seguinte:

a) qual o seu nome, naturalidade e residência?
b) si tem motivo particular a que attribua a queixa ou denuncia?

Salles reforçou a tendência de se considerar o interrogatório um meio de defesa, fazendo inclusive expressa menção à inspiração anglo-saxônica da norma.¹⁴⁶⁻¹⁴⁷

Por outro lado, alguns códigos estaduais, como os do Distrito Federal, Rio Grande do Sul e Paraná, dispuseram expressamente que o silêncio do acusado poderia ser interpretado em seu desfavor.¹⁴⁸

2.2.4.6 Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967

As Cartas Constitucionais de 1934, 1937, 1946 e 1967 não alteraram de forma significativa o regime da proteção (ou de sua falta) contra a autoincriminação no Brasil.

Evidentemente, de acordo com a conjuntura política de cada período – especialmente tendo-se em conta os regimes ditatoriais, como o Estado Novo e o governo militar a partir de 1964, pelos quais o país passou –, houve momentos de maior ou menor garantia das liberdades individuais.

Com a Constituição de 1934, a competência para legislar sobre processo penal voltou a ser exclusiva da União, mas enquanto não foi promulgado um novo código, de alcance nacional, continuaram vigorando as legislações estaduais ou o Código de Processo Penal de Primeira Instância de 1832.

2.2.4.7 Código de Processo Penal de 1941

Em 3 de outubro de 1941, Getúlio Vargas promulgou o Decreto-Lei Nº

c) si é ou não culpado?

Paragrapho unico. Não é permittido ao juiz accrescentar outras ás perguntas acima taxadas; ao réo, entretanto, será licito allegar quanto lhe for conveniente, devendo ser escriptas todas as suas declarações. *In* BRASIL. **Decreto nº 848**, de 11 de Outubro de 1890 Disponível e: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁴⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**, pos. 2357.

¹⁴⁷ “No systema adoptado para os processos criminaes, quer se trate da formação da culpa, quer se trate do julgamento, o accusado tem o direito de responder laconicamente - sim ou não - e o juiz tem o dever de respeitar o seu laconismo. E' a installação definitiva do regimen estabelecido pelas praticas dos tribunaes inglezes e americanos; ahi está consagrado na sua maior pureza o principio da inviolabilidade do direito de defesa.” *In* Revista Jurídica. **Memória da Justiça Federal**. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/18/20>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁴⁸ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95.

3.689, o novo Código de Processo Penal, que vigora desde o dia 1º de janeiro de 1942 até os dias atuais, com diversas alterações em seu texto.

Já em sua redação original, o Código de Processo Penal pela primeira vez no direito pátrio garantiu expressamente que o réu poderia se manter em silêncio – entretanto, esse silêncio podia ser interpretado em seu desfavor.¹⁴⁹

Percebe-se que o legislador quis proteger a liberdade moral do acusado, no sentido de não o obrigar a exteriorizar o que não quer, uma liberdade de declaração em sua dimensão negativa.¹⁵⁰

Em outros momentos, o Código não foi tão liberal, ao determinar a condução do acusado que não comparecer ao interrogatório (art. 260 do CPP, sobre o qual versaram as ADPFs 395 e 444, analisadas à frente) e dispor que o juiz poderá mandar que a pessoa escreva o que lhe for ditado (art. 174, IV, sobre o qual versou o HC 77135-8/SP, também abordado adiante, que reputou inconstitucional interpretação segundo a qual o investigado/acusado poderia ser compelido a fornecer padrões gráficos).¹⁵¹

2.2.4.8 Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pela primeira vez¹⁵², consagrou de forma expressa no seu art. 5º, LXIII, o Direito ao Silêncio, ao dispor que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, com nítida influência da norma contida na 5ª Emenda à Constituição estadunidense.

¹⁴⁹ Art. 186. 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. *In* BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁵⁰ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 127.

¹⁵¹ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 96.

¹⁵² Não se olvida que o Princípio da Não Autoincriminação já estava previsto em instrumentos internacionais celebrados ainda na década de 1960, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos da ONU de 1966 e a Convenção Americana de Direitos Humanos da OEA de 1969 (Pacto de San Jose da Costa Rica), mas deve ser registrado que esses instrumentos só ingressaram em nossa ordem jurídica após a Constituição de 1988.

Percebe-se que o texto refere-se exclusivamente ao preso, e é específico em tratar de seu direito de permanecer em silêncio.

A doutrina e a jurisprudência, entretanto, vêm interpretando tal norma em conjunto com diversos outros enunciados constitucionais, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), devido processo legal (art. 5º, LIV), ampla defesa (art. 5º, LV) e presunção de inocência (art. 5º, LVII) – o que será visto adiante -, resultando na consagração de um amplo Princípio da Não Autoincriminação, aplicável a qualquer investigado ou acusado e abarcando qualquer forma de contribuição para o processo que possa prejudicar o investigado ou acusado.

Na mesma toada seguiu o legislador infraconstitucional, ao reformar o Código de Processo Penal em 2003, suprimindo do art. 186 a possibilidade de inferências negativas a partir do silêncio do réu¹⁵³ e acrescentando-lhe um parágrafo com a vedação expressa a tal prática.¹⁵⁴

Curiosamente, permaneceu intacto o art. 198 do Código de Processo Penal, que dispõe no sentido de que “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”, abrindo a possibilidade de que parte minoritária da doutrina sustente ser viável a tese pela qual em nosso ordenamento, assim como na Alemanha¹⁵⁵, poderiam ser extraídas conclusões prejudiciais ao acusado de seu silêncio parcial, mas não de seu silêncio completo.¹⁵⁶

De toda sorte, ensina Bobbio que, com o surgimento de uma nova ordem constitucional, as normas anteriores com ela incompatíveis não são recepcionadas.¹⁵⁷ É exatamente o que ocorreu com o art. 186 e o art. 198 do CPP,

¹⁵³ “[...] embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. In BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁵⁴ “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”. In BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁵⁵ Assunto também abordado à frente, no item 3.2 do Capítulo 3.

¹⁵⁶ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005, p. 71-73.

¹⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Tradução de Maria Celeste C. L.

ou seja, mesmo antes do advento da Lei n. 10.792/2003, ambos já estavam excluídos do nosso ordenamento. E, ainda que assim não se entendesse, por ser a nova redação do art. 186 do CPP posterior, de mesma hierarquia e incompatível com o art. 198 do CPP, restaria este revogado tacitamente, nos termos do art. 2º, §1º, da LINDB.¹⁵⁸

2.3 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Já definido no Capítulo anterior o que seriam os Direitos Fundamentais, tanto formal quanto materialmente, passa-se à sua caracterização como direito fundamental.

O *Nemo tenetur se detegere* é considerado um princípio de direito fundamental no ordenamento jurídico pátrio de forma unânime pela doutrina e jurisprudência. A ausência de um enunciado específico na Constituição, como já afirmado, não é empecilho para o reconhecimento da existência de um princípio amplo da não autoincriminação.

Isso porque, além da expressa proteção do Direito ao Silêncio – apenas uma das expressões do *Nemo tenetur se detegere*, com natureza até mais próxima a das regras -, prevista no enunciado do artigo 5º, inciso LXIII, da Carta Magna, o Princípio da Não Autoincriminação é o resultado de um amálgama desse e outros dispositivos constitucionais, que doravante serão abordados.

Dentre os Direitos Fundamentais, o *Nemo tenetur se detegere* está inserido nos de primeira dimensão, os chamados direitos de liberdade¹⁵⁹ (de

Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 177.

¹⁵⁸ Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Portal da Legislação, Brasília, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 23 abr. 2020.

¹⁵⁹ Deve-se ressaltar que, apesar disso, há interesse público primário em sua proteção, posto que diretamente ligado ao princípio do devido processo legal, legitimador do próprio exercício da jurisdição.

resistência contra o Estado¹⁶⁰) – na classificação de Alexy, mais especificamente uma liberdade negativa¹⁶¹, no sentido de que a pessoa tem o direito de colaborar ou não com o Estado na obtenção de provas.

Como direito fundamental que é, eventuais restrições, por legislação infraconstitucional – desde que respaldada em norma constitucional - ou colisão direta de princípios, têm caráter excepcional e devem se proceder na forma detalhada no capítulo anterior, item 1.5.

Necessário analisar-se, agora, os princípios constitucionais que, aliados ao Direito ao Silêncio, compõem e dão substância ao Princípio da Não Autoincriminação em nossa carta constitucional, quais sejam, dignidade da pessoa humana, devido processo legal, ampla defesa e presunção de inocência.¹⁶²

2.3.1 A Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é consagrado em diversas constituições, tratados e declarações internacionais.

Immanuel Kant é um dos mais lembrados autores quando se estuda a dignidade. Para o filósofo prussiano, reconhecer a dignidade humana significa que ao homem não se pode atribuir um preço, um valor, justamente na medida em que ele deve ser considerado um fim em si mesmo, em função da sua autonomia enquanto ser racional. Não se pode, por isso, “objetificar” o ser humano.

Portanto, ao se tratar alguém como mero destinatário de regras criadas

¹⁶⁰ J. J. Gomes Canotilho afirma que a função de defesa ou de liberdade dos direitos fundamentais tem dupla dimensão: "(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implica, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)" *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 408. As liberdades se inserem no contexto dos direitos de defesa.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 222 e p. 351.

¹⁶² Como já mencionado no item 1.2.4.7 deste capítulo, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no RE 971.959/RS, afirmou que o *nemo tenetur se detegere* resulta de diversos princípios constitucionais (e não apenas do inciso LXIII do artigo 5º da CRFB), e menciona exatamente a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), devido processo legal (art. 5º, LIV), ampla defesa (art. 5º, LV) e presunção de inocência (art. 5º, LVII).

em exclusivo benefício de outras pessoas, configurada estará a sua desconsideração como membro da sociedade – restando violada, assim, a sua dignidade.

Percebe-se que há uma direta relação desse princípio com a atuação estatal na instrução criminal: o acusado não pode ser mero objeto do processo, mas sim verdadeiro sujeito de direitos¹⁶³, merecedor de proteção contra eventual excessiva intervenção estatal.

Por isso, o princípio contra a autoincriminação - cuja origem, como visto, teve como objetivo primário impedir torturas e outras formas de coerção para se obter confissões, e ainda hoje protege a autonomia dos cidadãos eventualmente suspeitos ou acusados da prática de ilícitos penais – é também verdadeira expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da nossa República (artigo 1º, inciso III, da CRFB).

2.3.2 Devido Processo Legal

¹⁶³ Ressalva Claus Roxin que: *El imputado no es únicamente sujeto del proceso, esto es, interviniente en el procedimiento con derechos procesales autónomos (fundamentalmente sobre esto SZC-ROGALL, comentario previo al § 133, núms. margs. 59 y ss.), sino, también, medio de prueba. En ello hay que diferenciar: 1. Las declaraciones del imputado y su comportamiento en el juicio oral juegan, sin lugar a dudas, un importante papel para la formación de la sentencia del tribunal. Por supuesto, es posible que una sentencia se base exclusivamente en la declaración del imputado, p. ej., en su confesión. Apesar de ello, el imputado no es medio de prueba en sentido técnico, como lo es el testigo; el imputado "no puede ser obligado a declarar como testigo contra sí mismo o a declararse culpable" (art. 14, III, g, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que la RFA ratificó el 17/12/1973, BGB1. II, 1973, 1533); 2. El imputado únicamente es medio de prueba en sentido técnico (objeto de la inspección ocular) siempre que sea examinado en relación a su estado psíquico o corporal, cuando se toma radiografías o huellas digitales de él, etc. (§§ 81, 81a y 81b), así como cuando se lo confronta con un testigo. Así, una confrontación coactiva tampoco infringe el § 136a, que se refiere exclusivamente a la declaración (cf. KG NJW 79, 1668). "O acusado não é apenas o sujeito do processo, isto é, intervindo no procedimento com direitos processuais autônomos (principalmente sobre este SZC-ROGALL, comentário anterior ao § 133, n.os Margs. 59 e segs.), Mas também um meio de teste. Nisto, devemos diferenciar: 1. As declarações do acusado e seu comportamento no julgamento oral, sem dúvida, desempenham um papel importante na definição do julgamento do tribunal. Obviamente, é possível que uma sentença seja baseada exclusivamente na declaração do acusado, p. por exemplo, em sua confissão. Apesar disso, o acusado não é um meio de prova no sentido técnico, como é a testemunha; o acusado "não pode ser obrigado a testemunhar contra si mesmo nem a declarar-se culpado" (art. 14, III, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que a RFA ratificou em 17/12/1973, BGB1. II, 1973, 1533); 2. O réu é apenas um meio de prova em um sentido técnico (objeto da inspeção ocular), desde que seja examinado em relação ao seu estado mental ou corporal, quando lhe forem tirados raios-X ou impressões digitais, etc. (§§ 81, 81a e 81b), bem como quando confrontados com uma testemunha. Assim, um confronto coercitivo também não viola o § 136a, que se refere exclusivamente à declaração". (tradução livre). In ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 208-209.*

O princípio do devido processo legal, consagrado expressamente no artigo 5º, inciso LIV, da nossa Constituição, possui origem no direito anglo-saxão. Desde o seu surgimento esse princípio buscou garantir às partes um processo justo (*fair trial*), limitando o arbítrio estatal.

O devido processo legal representa um conjunto de garantias constitucionais indispensáveis ao exercício da jurisdição, assegurando às partes o exercício de seus poderes e faculdades processuais. Ele contempla tanto o direito do cidadão em ter à sua disposição armas para o convencimento do julgador, quanto o próprio interesse público no correto exercício da jurisdição.

O devido processo legal serve como fundamento para diversos princípios constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a motivação das decisões judiciais, a duração razoável do processo, a presunção de inocência, a assistência da família e de advogado, e, além de outros mais, também o Direito ao Silêncio, expressão mais lembrada do *Nemo tenetur se detegere*.

No direito processual penal, o devido processo legal não se limita a propiciar as condições para o desfecho da ação penal: ele deve assegurar a existência de mecanismos capazes de atenuar o desequilíbrio inerente à relação “Estado x acusado”. E para isso é fundamental o reconhecimento do Princípio da Não Autoincriminação.

2.3.3 Ampla Defesa

O direito à ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB), é corolário do devido processo legal, tratando-se também de um princípio que confere legitimidade à função jurisdicional. Ele engloba a autodefesa e a defesa técnica. A primeira desdobra-se em dois direitos: o de presença e o de audiência. O direito de presença significa a faculdade de o acusado participar de todos os atos da instrução penal, podendo se manifestar quanto às provas produzidas e fatos a ele imputados.¹⁶⁴ Já o

¹⁶⁴ Registre-se que, como qualquer direito fundamental, o direito de presença não é absoluto. Nesse sentido: “O direito de presença do réu é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo pacífico nos

direito de audiência consiste no interrogatório do réu, isto é, o direito de ser ouvido, apresentando sua versão dos fatos se assim desejar – registre-se que, como visto no item 2.2.3 deste capítulo, no direito anglo-saxônico o acusado sequer tinha o direito de falar sob juramento até meados do Século XIX, posto que era considerado “parte interessada”.

A defesa técnica¹⁶⁵ é exercida por profissional habilitado, devendo ser efetiva, sob pena de possível nulidade. Dispõe a Súmula n. 523 do STF que “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.¹⁶⁶

O Princípio da Não Autoincriminação apresenta-se imprescindível para o exercício da ampla defesa, na medida em que permite ao acusado que decida se quer ou não colaborar com a persecução penal, assim viabilizando a autodefesa.

2.3.4 Presunção de Inocência

Também derivado do devido processo legal, o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da CRFB) reafirma o princípio da dignidade da pessoa humana. De acordo com tal princípio, o acusado deve ser tido como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Disso resultam diversas consequências quanto ao tratamento do acusado, tanto na fase investigatória quanto durante o processo penal - inclusive no que se refere à matéria probatória.

A demonstração mais explícita da presunção de inocência em matéria de prova é que o seu ônus recai exclusivamente sobre a acusação – e, restando

Tribunais Superiores que a presença do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa e arguição em momento oportuno [...] (STJ, RHC 39.287/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1º/2/2017).

¹⁶⁵ Tal direito também está previsto também no Código de Processo Penal, ao dispor seu art. 261 que “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. *In* BRASIL. **Código De Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁶⁶ Registre-se que, ao contrário do direito de audiência, a defesa técnica é um direito indisponível.

alguma dúvida ao final da instrução, ela se resolve em favor do réu.¹⁶⁷ Portanto, não se pode obrigar o acusado a colaborar com a investigação de fatos a ele imputados.¹⁶⁸

¹⁶⁷ O famoso brocardo *in dubio pro reo* (ou favor rei) é diretamente derivado da presunção de inocência.

¹⁶⁸ Aqui se percebe nitidamente a correlação entre todos esses princípios: o réu não pode ser tratado como culpado, então o procedimento correto a ser observado exige que a prova de sua culpa seja produzida pela acusação, sem que para isso o acusado seja convertido em mero objeto.

CAPÍTULO 3

O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

3.1. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA¹⁶⁹

Desnecessário retornar às origens do instituto nos Estados Unidos – o que já foi feito no segundo capítulo deste estudo, mas inevitáveis serão algumas referências históricas e jurisprudenciais diante da riqueza das discussões que ensejaram o desenvolvimento do privilégio contra a autoincriminação em terras estadunidenses.

Há infinitos debates sobre a precisa extensão de diversos conceitos contidos na singela redação da famosa 5ª Emenda, tais como “person”, “compelled”, “any criminal case”, “witness”, mas o limitado espaço de que este estudo dispõe impõe a sua concentração nos contornos básicos do *Nemo tenetur se detegere* e nas questões relacionadas especificamente à obtenção de evidências físicas, em especial a submissão a perícias como o teste de alcoolemia.

Inicialmente, vale a pena buscar a *ratio* da 5ª Emenda à Constituição norte-americana.

Como no sistema anglo-saxônico os acusados são ouvidos como testemunhas, sob juramento, muitos autores citam a crueldade do consequente “trilema: confissão, perjúrio ou *contempt*” – como afirmado em *Murphy v. Waterfront*

¹⁶⁹ Sendo inviável a análise do panorama jurisprudencial do Princípio da Não Autoincriminação em todos os ordenamentos jurídicos do planeta, optou-se pela análise dos casos de: Estados Unidos da América, pelo pioneirismo no tratamento constitucional do tema, grande número de precedentes que o abordam, bem como diante da experiência proporcionada pelo período cursado na Widener Delaware Law School no âmbito do mestrado com Dupla Titulação; Alemanha, por tratar-se do berço da Teoria dos Princípios, aqui adotada para a solução de colisões entre princípios e restrições de direitos fundamentais, além do seu elevado grau de evolução da ciência jurídica; Espanha e Portugal, por também terem atingido grande desenvolvimento jurídico, além da facilidade na busca de precedentes de suas cortes constitucionais proporcionada pelos seus idiomas; Sistema Europeu de Direitos Humanos, pela abrangência da jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos por quase todo o continente; e, por fim, a jurisprudência do STF, evidentemente fundamental para o desenvolvimento do presente estudo.

*Comm'n*¹⁷⁰, de 1964 – já que, sem a possibilidade de permanecer calado, restaria ao acusado confessar a prática do crime, cometer perjúrio (ao mentir) ou se recusar a falar e responder criminalmente por *contempt* – com a observação de que o acusado convicto de sua inocência não estaria sujeito a tal “trilema”, pois poderia revelar sua versão para os fatos sem risco, ao menos em tese, de incorrer em perjúrio.

Também a confiabilidade das confissões é lembrada, afinal não se pode afirmar que uma confissão obtida mediante tortura ou pressão excessiva seja verdadeira.

E, como não poderia deixar de ser, a consagração de princípios como a dignidade da pessoa humana e a privacidade, além da opção por um sistema acusatório no lugar de um sistema inquisitório, também são mencionadas como inspiradoras da norma contida na 5ª Emenda.¹⁷¹

Em relação às consequências da escolha pelo acusado em se calar, como afirmado no segundo capítulo, desde o século XIX há legislação federal

¹⁷⁰ JUSTIA. **Us Supreme Court**. *Murphy v. Waterfront Comm'n*, 378 U.S. 52 (1964). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/52/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁷¹ Aqui, o Justice Earl Warren ressalta os valores inspiradores do *privilege: The privilege against self-incrimination* ‘registers an important advance in the development of our liberty -- one of the great landmarks in man's struggle to make himself civilized.’ [...] *It reflects many of our fundamental values and most noble aspirations: our unwillingness to subject those suspected of crime to the cruel trilemma of self-accusation, perjury or contempt; our preference for an accusatorial, rather than an inquisitorial, system of criminal justice; our fear that self-incriminating statements will be elicited by inhumane treatment and abuses; our sense of fair play which dictates ‘a fair state-individual balance by requiring the government to leave the individual alone until good cause is shown for disturbing him and by requiring the government in its contest with the individual to shoulder the entire load,’ [...]; our respect for the inviolability of the human personality and of the right of each individual ‘to a private enclave where he may lead a private life,’ [...]; our distrust of self-deprecatory statements; and our realization that the privilege, while sometimes ‘a shelter to the guilty,’ is often ‘a protection to the innocent’.* “O privilégio contra a auto-incriminação ‘registra um avanço importante no desenvolvimento de nossa liberdade - um dos grandes marcos na luta do homem para se tornar civilizado’. [...] Reflete muitos de nossos valores fundamentais e aspirações mais nobres: nossa falta de vontade de sujeitar os suspeitos de crime ao trilema cruel de auto-acusação, perjúrio ou desprezo; nossa preferência por um sistema acusatório, e não inquisitorial, de justiça criminal; nosso medo de que declarações auto-incriminadoras sejam provocadas por tratamentos e abusos desumanos; nosso senso de fair play que determina ‘um equilíbrio justo estado-indivíduo, exigindo que o governo deixe o indivíduo em paz até que uma boa causa seja mostrada para perturbá-lo e exigindo que o governo em sua disputa com o indivíduo suporte toda a carga’ [...]; nosso respeito pela inviolabilidade da personalidade humana e do direito de cada indivíduo ‘a um enclave particular onde ele possa levar uma vida privada’ [...]; nossa desconfiança de declarações autodepreciativas; e nossa percepção de que o privilégio, embora às vezes seja “um abrigo para os culpados”, geralmente seja “uma proteção para os inocentes”. (tradução livre). JUSTIA. **Us Supreme Court**. *Murphy v. Waterfront Comm'n*, 378 U.S. 52 (1964). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/52/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

proibindo que o acusador comente acerca da opção do réu em silenciar para os jurados, e nenhuma inferência dessa atitude pode ser extraída em seu prejuízo. A Suprema Corte confirmou tal vedação, aplicável também aos estados, em 1965, no caso *Griffin v. California*¹⁷² – registre-se o voto divergente do *Justice* Scalia em *Mitchell v. United States*¹⁷³ (1999), criticando a decisão em Griffin e defendendo a possibilidade de o juiz sentenciante levar em consideração negativamente o silêncio do réu em algumas situações para a aplicação da pena (mas não durante a formação da culpa).

Outra característica é que o privilégio não alcança amigos ou familiares do acusado – uma mãe pode ser forçada, sob pena de responder criminalmente por *contempt of court*, a testemunhar contra seu filho numa ação penal -, assim como também não pode ser invocado na esfera cível, como visto no item 2.2.3.

3.1.1 Declarações ou Evidências Físicas

Uma das mais acaloradas discussões ao longo dos dois últimos séculos se refere à abrangência da norma prevista na 5ª Emenda: ao se referir a ser compelida “to be a witness against herself”, a proteção se refere apenas a declarações ou comunicações (*testimonial or communicative nature*, puro Direito ao Silêncio) ou também à obtenção de evidências físicas (*real or physical evidence*)?

O consagrado professor Akhil Reed Amar, da *Yale Law School*, sustenta que alguns dos principais autores do *Bill of Rights* pensavam a cláusula do privilégio contra a autoincriminação basicamente como uma proteção contra a tortura, que poderia levar a confissões não confiáveis¹⁷⁴ - ou seja, teria sido formulada para garantir a autenticidade de declarações verbais.

De qualquer forma, Leonard W. Levy ressalta a pequena quantidade de registros sobre as discussões na época sobre o *privilege*, afirmando não haverem

¹⁷² JUSTIA. **Us Supreme Court**. *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/380/609/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁷³ JUSTIA. **Us Supreme Court**. *Mitchell v. United States*, 526 U.S. 314 (1999). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/526/314/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁷⁴ AMAR, Akhil Reed. **The Constitution and Criminal Procedure: first principles**. New York: Basic Books, 2012, p. 51.

sido localizados no período entre 1776 e 1791 procedimentos legislativos, cartas, jornais, folhetos, pareceres ou livros jurídicos que expliquem razoavelmente as razões para a redação de tal cláusula. O premiado autor afirma que inegavelmente a proibição de tortura (e uma segurança para os acusados) era historicamente a mais importante de suas funções, mas essa não seria a totalidade de suas funções. Ele completa afirmando que, apesar disso, “[...] nada pode ser encontrado de natureza teórica que expresse uma justificativa ou política subjacente para o direito em questão ou seu alcance” (nossa tradução).¹⁷⁵

Há quem afirme possuir historicamente a cláusula alcance mais amplo, tendo a expressão “to be a witness against himself” significado equivalente a “to give evidence against himself”.

No caso *United States v. Hubbell*¹⁷⁶, o Justice Thomas, com a adesão do Justice Scalia, afirma em seu voto que o significado original do princípio consagrado na 5ª Emenda tem maior amplitude do que o conferido pela Suprema Corte (natureza comunicativa ou testemunhal), citando inclusive que a *common law* no século XVIII já protegia contra a exibição forçada de evidências físicas incriminatórias, como papéis e documentos – e menciona diversos precedentes da era colonial.

E mais: assim o privilégio foi consagrado na Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) da Virgínia de 1776: “no one may be compelled to give evidence against himself” (“ninguém pode ser obrigado a fornecer prova contra si mesmo”, em nossa tradução), como visto no Capítulo 2. Outros sete estados utilizaram essa linguagem (*give* ou *furnish evidence*): Delaware, Pensilvânia, Maryland, North Carolina, Vermont, Massachusetts e New Hampshire.

Quando James Madison escreveu a 5ª Emenda utilizando a expressão “to

¹⁷⁵ Do original: [...] *nothing can be found of a theoretical nature expressing a rationale or underlying policy for the right in question or its reach*. “[...] nada pode ser encontrado de natureza teórica que expresse uma justificativa ou política subjacente para o direito em questão ou seu alcance”. (tradução livre) In LEVY, Leonard W. **Origins of the Fifth Amendment: the right against self-incrimination**. Chicago: Ivan R. Dee, 1999, p. 430.

¹⁷⁶ JUSTIA. **Us Supreme Court**. *United States v. Hubbell*, 530 U.S. 27 (2000). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/27/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

be a witness”, afirma o *Justice* Thomas que o sentido desejado era o mesmo de “to give evidence”, tanto que a alteração não chamou a atenção. A mesma linguagem foi utilizada na 6ª Emenda (“in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor”), e hoje não há dúvidas de que o acusado pode utilizá-la para obter documentos em sua defesa – pouco tempo após a adoção do Bill of Rights, a Suprema Corte já reconheceu tal direito ao acusado em *United States v. Burr* (1807).¹⁷⁷

De fato, esse foi o entendimento da Suprema Corte em *Boyd v. United States*¹⁷⁸ em 1886, quando se decidiu que apreender ou determinar a apresentação de um documento particular do acusado para ser utilizado como prova contra ele é o equivalente a obrigá-lo a testemunhar contra si mesmo. Akhil Reed Amar critica tal decisão – uma “inapropriada fusão da 4ª com a 5ª emenda” -, dizendo que ela só seria plausível num contexto em que os documentos fossem de cunho pessoal, como um diário. Segundo ele, um diário “testemunha”, na medida em que “fala” nas próprias palavras do acusado¹⁷⁹ - e com isso traz os problemas de confiabilidade que uma confissão forçada traria, posto que o autor do diário pode utilizá-lo para registrar suas “fantasias”.

Ainda que mais especificamente ligado ao dever de cientificação do investigado a respeito do direito de permanecer calado do que propriamente ao conteúdo ou extensão desse direito, por sua importância histórica, brevemente deve ser lembrado o famoso caso *Miranda v. Arizona*¹⁸⁰, de 1966.

Após a Suprema Corte definir em *Escobedo v. Illinois*¹⁸¹ que o direito de ser assistido por um advogado também se aplicava ao interrogatório durante

¹⁷⁷ CASELAW ACESS PROJECT. **Harvard Law School**. United States Circuit Court for the District of Virginia Copy URL Copy cite Search CAP UNITED STATES v. BURR 25 F. Cas. 49, Coombs’ Trial of Aaron Burr, 127 Aug. 11, 1807. Disponível em: <<https://cite.case.law/f-cas/25/49/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁷⁸ JUSTIA. **Us Supreme Court**. *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁷⁹ AMAR, Akhil Reed. **The Constitution and Criminal Procedure: first principles**. New York: Basic Books, 2012, p. 62.

¹⁸⁰ JUSTIA. **Us Supreme Court**. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) . <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁸¹ JUSTIA. **Us Supreme Court**. *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/478/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

investigação policial, as bases para o julgamento de *Miranda v. Arizona* estavam construídas.

Ernesto Arturo Miranda foi condenado a 30 anos de prisão por estupro após ter confessado o crime em uma sala de interrogatório no departamento de polícia. Inicialmente, mesmo após ser reconhecido pela vítima, Ernesto Miranda afirmou ser inocente. No entanto, algumas horas depois acabou assinando um termo de confissão afirmando ser o autor daquele estupro e de mais outros dois. Essa foi a única prova, além do reconhecimento, utilizada em seu julgamento.

Ouvidos no Tribunal, os policiais confirmaram que em momento algum informaram ao suspeito que ele teria o direito de se consultar com um advogado antes do interrogatório, bem como de tê-lo acompanhando o ato.

O caso chegou à Suprema Corte, e sua decisão foi tomada por uma apertada maioria de 5 a 4. Nela, restou estabelecido que, diante da natureza coercitiva inerente a um interrogatório policial, nenhuma confissão seria admissível em razão do privilégio contra a autoincriminação, salvo se o investigado fosse previamente informado de seu direito de ser assistido por um advogado – afinal, quando o suspeito se encontra sob custódia policial para ser interrogado, surge naturalmente uma situação de intimidação para que ele colabore, de forma que nenhuma declaração obtida nessas circunstâncias deve ser admitida.

Para evitar tal tipo de situação, a Corte criou as chamadas *Miranda Warnings* (“advertências de Miranda”) para que eventual confissão na fase policial não viole o privilégio. Tal regra implica na obrigação de que os policiais avisem o investigado de que: ele tem o direito de permanecer calado; tudo aquilo que disser poderá ser usado contra ele em um processo criminal; ele tem o direito de se consultar com um advogado antes de ser interrogado e de tê-lo presente durante o ato; e se ele não puder pagar um advogado, terá direito a um defensor custeado pelo Estado.

De volta ao âmbito de proteção do privilégio propriamente dito, a Suprema Corte, aos poucos, foi mudando o entendimento de *Boyd* no que se refere à sua

extensão, e passou a decidir que o privilégio não se aplica em casos envolvendo reconhecimento forçado de suspeitos, fornecimento de padrões gráficos ou de voz, assim como no caso de extração de amostras de sangue ou outros tecidos. O critério passou a ser o “conteúdo testemunhal” da prova.

O caso que marcou essa virada na corte foi *Schmerber v. California* (1966)¹⁸², envolvendo embriaguez ao volante. Depois de ingerir bebidas alcoólicas em um bar, Armando Schmerber estava voltando para casa nos arredores de Los Angeles, Califórnia, e acabou perdendo o controle do automóvel e colidindo contra uma árvore. Schmerber foi levado a um hospital e internado em razão de seus ferimentos. Já no hospital, policiais solicitaram uma amostra de sangue, mas Schmerber recusou. Mesmo sem um mandado judicial, os policiais determinaram que os médicos coletassem uma amostra de sangue, o que confirmou a embriaguez e levou à prisão e posterior condenação de Schmerber. Ele recorreu até a Suprema Corte.

Em Schmerber, decisão publicada uma semana após o famoso caso *Miranda v. Arizona*, a Suprema Corte definiu claramente que o termo *witness* da 5ª Emenda refere-se a palavras (*testimonial*) e não a evidências físicas. Com isso, a questão da tensão entre a privacidade e integridade corporal do acusado em contraponto ao interesse do Estado de obter a prova (combater o crime e realizar a justiça) deve ser resolvida diante dos termos da 4ª Emenda, que trata da busca e apreensão, e não da 5ª Emenda.¹⁸³

¹⁸² JUSTIA. **Us Supreme Court**. Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁸³ Decidiu a Suprema Corte: *The values protected by the Fourth Amendment thus substantially overlap those the Fifth Amendment helps to protect. History and precedent have required that we today reject the claim that the Self-Incrimination Clause of the Fifth Amendment requires the human body in all circumstances to be held inviolate against state expeditions seeking evidence of crime. But if compulsory administration of a blood test does not implicate the Fifth Amendment, it plainly involves the broadly conceived reach of a search and seizure under the Fourth Amendment.* “Os valores protegidos pela Quarta Emenda, portanto, se sobrepõem substancialmente aos que a Quinta Emenda ajuda a proteger. A história e os precedentes exigiram que hoje rejeitemos a alegação de que a Cláusula de Autoincriminação da 5ª Emenda exige que o corpo humano, em todas as circunstâncias, seja mantido inviolável contra expedições estatais em busca de evidências de crimes. Mas se a administração obrigatória de um exame de sangue não implica relação com a 5ª Emenda, envolve claramente o amplamente compreendido alcance de uma busca e apreensão sob a 4ª Emenda.” (tradução livre). In JUSTIA. **Us Supreme Court**. Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

A crítica que se faz ao critério apresentado em *Schmerber* é que nem sempre seria fácil definir o quanto de testemunhal (*testimonial component*) tem cada tipo de prova – um caso que exemplifica isso foi *California v. Byers*¹⁸⁴, de 1971, no qual a Suprema Corte decidiu ser constitucional uma lei californiana que exige que os motoristas são obrigados a parar e se identificar no local de acidentes em que se tenham envolvido.

Posteriormente, outros casos confirmaram a diferenciação entre provas de caráter comunicativo (*testimonial or communicative nature*) e de caráter físico (*real or physical evidence*), como *Fisher v. United States*¹⁸⁵, de 1976, pelo qual a Suprema Corte decidiu que obrigar um acusado a apresentar documentos pré-existentes não representa violação ao privilégio – e, no corpo do acórdão, critica *Boyd* e cita outros casos em que se decidiu pela admissibilidade da requisição de apresentação em juízo de documentos.¹⁸⁶

Além da questão acerca do que significa *witness* para o fim de proteção pelo privilégio, *Schmerber* também tratou da razoabilidade (*due process* em sentido material)¹⁸⁷ da intervenção corporal pelo Estado, decidindo-se que não houve violação ao direito do acusado, com fulcro na 4ª e na 14ª Emendas, de se ver livre de buscas e apreensões abusivas (que violem sua privacidade ou dignidade), uma vez que o tipo de exame aplicado foi razoável e a extração da amostra de sangue se deu por um médico, num ambiente hospitalar, retirando uma ínfima quantidade de sangue, portanto sem riscos, trauma ou dor para o acusado.

A Suprema Corte ressalva que se uma “busca envolvendo uso de técnica

¹⁸⁴ JUSTIA. **Us Supreme Court**. *California v. Byers*, 402 U.S. 424 (1971). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/402/424/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁸⁵ JUSTIA. **Us Supreme Court**. *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391 (1976). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/391/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁸⁶ Em *People v. Hager*, de 1987, a Suprema Corte de Nova York seguiu a mesma linha e definiu que “testimonial” ou “communicative evidence” são indicativos de “conhecimento subjetivo” ou de “processos de pensamento” da pessoa (“subjective knowledge or thought processes”). In *CASETEX. People v. Hager*. Disponível em: <<https://casetext.com/case/people-v-hager-3>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁸⁷ Como se vê no trecho: [...] *the questions we must decide in this case are whether the police were justified in requiring petitioner to submit to the blood test, and whether the means and procedures employed in taking his blood respected relevant Fourth Amendment standards of reasonableness*. “[...] as perguntas que devemos decidir neste caso são se a polícia tinha justificativa para exigir que o requerente se submetesse ao exame de sangue e se os meios e procedimentos empregados para tirar seu sangue respeitavam os padrões relevantes de razoabilidade da 4ª Emenda”. (tradução livre).

médica”, ainda que da mais rudimentar, fosse feita por outra pessoa que não um médico num adequado ambiente hospitalar, como por um policial numa delegacia, a conclusão seria diferente, uma vez que da situação decorreria uma injustificada situação de risco de infecção ou dor ao investigado.

É importante ressaltar que toda a discussão em Schmerber acerca da violação (ou não) da Constituição se deu porque a extração de sangue, como já afirmado, foi determinada diretamente por um policial, e não por ordem judicial¹⁸⁸ – boa parte da argumentação se deu acerca de haver (ou não) urgência na coleta do sangue, a ponto de que eventual contato com o magistrado de plantão pudesse fazer surgir o risco de que a prova se perdesse diante da dissipação do álcool na corrente sanguínea do motorista.

Em relação a esse risco, ficou estabelecido que deve ser avaliado caso a caso, não se criando uma presunção absoluta de que em casos de embriaguez policiais necessariamente possam determinar a extração de sangue sem o respaldo de um mandado judicial.

3.1.2 A Embriaguez ao Volante e a Teoria do Consentimento Implícito

Todos os cinquenta estados norte-americanos¹⁸⁹ possuem leis

¹⁸⁸ Com ordem judicial, não há discussão nos Estados Unidos quanto à possibilidade de tal medida restritiva de direitos fundamentais.

¹⁸⁹ ALA. CODE §32-5-192 (2012); ALASKA STAT. §28.35.035; ARIZ. REV. STAT. ANN. § 28-1321 (West 2012); ARK. CODE ANN. §5-65-204(E) (West 2012); CAL VEH. CODE §13353 (West 2012); COLO. REV. STAT. ANN. § 42-4-1301.1 (West 2012); CONN. GEN. STAT. § 14-227B; DEL. CODE ANN. tit. 21, § 2742 (West 2012); FLA. STAT. ANN. § 316.1932 (West 2012); GA. CODE ANN. § 40-5-67.1 (West 2012); HAW. REV. STAT. § 291E-11 (2011); IDAHO CODE ANN. § 18-8002(3) (West 2012); 625 ILL. COMP. STAT. 5/11-501.1 (2012); IND. CODE ANN. § 9-30-6-2 (West 2012); IOWA CODE ANN. 321J.6 (West 2012); KANS. STAT. ANN. §8-1001 (West 2012); KY. REV. STAT. ANN. 189A.105 (West 2012); LA. REV. STAT. ANN. ch. § 32:661 (2012); ME. REV. STAT. ANN. tit. 29-A, § 2521 (2012); MD. CODE ANN., TRANSP. § 16-205.2 (West 2012); MASS. GEN. LAW ANN. 90 § 24 (West 2012); MICH. COMP. LAWS ANN. § 257.625A (West 2012); MINN. STAT. ANN. § 169A.51 (West 2012); MISS. CODE. ANN. § 63-11-5 (West 2012); MO. ANN. STAT. § 577.041 (West 2012); MONT. CODE ANN. §61-8-401(3) (2012); NEB. REV. STAT. § 60-6,197 (2012); NEV. REV. STAT. ANN. § 484C.160 (West 2012); N.H. REV. STAT. ANN. § 265-A:8 (2012); N.J. STAT. ANN. § 39:4-50.2 (West 2012); N.M. STAT. ANN. § 66-8-108 (West 2012); N.Y. VEH. AND TRAF. LAW §1194(2)(F) (McKinney 2012); N.C. GEN. STAT. ANN. § 20-16.2 (West 2012); N.D. CENT. CODE ANN. § 39-20-01 (West 2012); OHIO REV. CODE ANN. § 4511.191 (West 2012); OKLA. STAT. ANN. tit. 47, § 751 (West 2012); OR. REV. STAT. ANN. §813.100 (West 2012); 75 PA. CONS. STAT. ANN. § 1547 (West 2012); R.I. GEN. LAWS ANN. § 31-27-2.1 (West 2012); S.C. CODE ANN. § 56-5-2950 (2012); S.D. CODIFIED LAWS § 32-23-10 (2012); TENN. CODE ANN. § 55-10-406 (West 2012); TEX. TRANSP. CODE ANN. § 724.015 (West 2012); UTAH CODE ANN. § 41-6A- 520 (West 2012); VT. STAT. ANN. tit. 23, §

consagrando a chamada “teoria do consentimento implícito”, segundo a qual, ao obter a licença para dirigir veículos automotores em vias públicas, o cidadão implicitamente concorda em se submeter a testes de alcoolemia. A consequência para eventual recusa varia de estado para estado, mas em geral importa em multa administrativa e suspensão (ou perda) da licença. Com o passar do tempo, em diversos estados foram editadas leis tratando a recusa como infração penal autônoma, enquanto em outros ela pode ser considerada prova em prejuízo do acusado – como uma indicação de que ele acreditava que sua embriaguez seria detectada pelo teste.

Alguns estados ainda preveem expressamente em suas leis a possibilidade de que, em caso de recusa, o motorista seja submetido coercitivamente ao teste de alcoolemia.

Essas leis já foram inúmeras vezes analisadas pela Suprema Corte, que nunca julgou inconstitucionais as *implied consent laws*, mas estabeleceu alguns critérios para as intervenções corporais forçadas, complementando o que foi decidido em *Schmerber*.

O caso *South Dakota v. Neville*¹⁹⁰, de 1983, é o mais lembrado. Nele a Suprema Corte julgou constitucional uma lei estadual que permite a recusa pelo motorista ao teste de alcoolemia (exame de sangue), mas autoriza a perda da habilitação e a utilização da recusa como prova em prejuízo do acusado no seu futuro julgamento.

No corpo do acórdão, fica claro que Suprema Corte faz um exercício de ponderação. Um trecho de *Schmerber* em que se reconhece que “ao privilégio nunca foi dado o completo escopo sugerido pelos valores que ele ajuda a proteger” (tradução nossa)¹⁹¹ é lembrado, enquanto também fica evidente a preocupação com

1202 (West 2012); VA. CODE ANN. § 18.2–268.3 (West 2012); WASH. REV. CODE ANN. § 46.20.308 (West 2012); W. VA. CODE ANN. § 17C– 5–4 (West 2012); WIS. STAT. ANN. § 343.305(4) (West 2012); WYO. STAT. ANN. § 31–6–102 (West 2012)

¹⁹⁰ JUSTIA. **Us Supreme Court**. *South Dakota v. Neville*, 459 U.S. 553 (1983). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/459/553/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁹¹ No original: “[...] *the privilege has never been given the full scope suggested by the values it helps to protect*.” “[...] o privilégio nunca recebeu todo o escopo sugerido pelos valores que ajuda a proteger”. (tradução livre).

o “compulsório interesse na segurança viária”. O que tal contraposição leva a crer é que a corte entende que um princípio de direito fundamental pode ser restringido por outros igualmente caros à Constituição, tal como o interesse público na segurança viária.

Em *Missouri v. McNeely*¹⁹² (2013), a Suprema Corte reafirmou a validade das *implied consent laws*, mas, numa situação em que o policial diretamente determinou um exame de sangue contra a vontade do motorista – que já havia se recusado a soprar o etilômetro –, decidiu que não se encontravam presentes condições que pudessem excepcionar (*exigent circumstances exception*) a norma constitucional que exige um mandado judicial para a busca e apreensão, uma vez que nenhuma circunstância – fora a natural dissipação do álcool - sugeria que o policial se encontrava numa situação emergencial.

A decisão confirma o critério definido em *Schmerber*, de que o termo *witness* se refere apenas a declarações ou comunicações (*testimonial or communicative nature*), tanto é que nela não há uma referência sequer ao privilégio contra a autoincriminação – a conduta do policial é analisada exclusivamente à luz da sua conformidade com a 4ª Emenda, ou seja, se havia razoáveis motivos para se excepcionar a regra geral de que a busca e apreensão deve ser autorizada por ordem judicial.

E isso se repete no recente caso *Birchfield v. North Dakota*¹⁹³, de 2016, (que reuniu outros dois casos para decisão conjunta), em que a Suprema Corte mais uma vez retorna a *Schmerber* e decide sobre testes forçados de alcoolemia exclusivamente à luz da 4ª Emenda, autorizados por leis estaduais de “consentimento implícito”.

Em *Birchfield*, a Suprema Corte reafirma que exames de sangue ou etilômetro são considerados “busca” para os fins da 4ª Emenda. No entanto, de forma geral essas buscas podem ser isentas do requisito do mandado quando se

¹⁹² JUSTIA. **Us Supreme Court**. *Missouri v. McNeely*, 569 U.S. 141 (2013). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/141/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁹³ JUSTIA. **Us Supreme Court**. *Birchfield v. North Dakota*, 579 U.S. (2016). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/14-1468/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

enquadrarem na exceção para buscas (desde que pessoal e na área sob domínio do conduzido, como o carro ou quarto em que ele se encontrava quando da prisão) realizadas de forma incidente a uma prisão legal - tal exceção se aplica categoricamente, e não caso a caso.

Segundo a Suprema Corte, essa exceção faz com que um policial possa exigir a realização do etilômetro – sob ameaça das consequências legais em caso de recusa – sem a necessidade de um mandado. Impor o contato com um magistrado plantonista para a realização de cada teste do etilômetro inundaria desnecessariamente o judiciário de pedidos e prejudicaria o trabalho da polícia, seja no local do acidente ou mesmo na prevenção de outros crimes, com claro prejuízo para a sociedade.

Esse procedimento é possível porque, em exercício de ponderação, a Suprema Corte afirma que o impacto do etilômetro na privacidade de um motorista é insignificante (a corte compara o procedimento à coleta de DNA ao se passar um cotonete por dentro da bochecha do preso, o que foi admitido em *Maryland v. King*¹⁹⁴, de 2013 – ali se entendeu que tal coleta, sem mandado, equivale a fotografar ou colher a impressão digital do preso), enquanto a necessidade de se averiguar o nível de embriaguez de motoristas é relevante – chega-se a afirmar que o interesse dos governos estaduais e federal de preservar a segurança nas rodovias é “primordial”, em referência a *Mackey v. Montrym*¹⁹⁵, de 1979, além do interesse em desestimular a direção sob o efeito de álcool.

Por outro lado, o mesmo não pode ser afirmado de exames de sangue, significativamente mais invasivos do que soprar um tubo, além do fato de que a autoridade policial em tese pode armazenar a amostra de sangue, da qual se podem extrair mais informações sobre o investigado, o que lhe gera maior “receio e ansiedade”.

Em síntese, como a realização do teste do etilômetro é considerada uma

¹⁹⁴ JUSTIA. **Us Supreme Court**. *Maryland v. King*, 569 U.S. 435 (2013) Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/435/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

¹⁹⁵ JUSTIA. **Us Supreme Court**. *Mackey v. Montrym*, 443 U.S. 1 (1979). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/1/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

“busca pessoal”, incidente a uma detenção, e por isso pode ser feita sem a necessidade de um mandado, a lei pode caracterizar como crime autônomo a recusa do motorista – assim como a oposição ao cumprimento de um mandado judicial caracteriza um crime -, mas não pode fazer o mesmo em relação a exames de sangue, desproporcionalmente mais invasivos.

Caso necessário realizar exames de sangue – como, por exemplo, quando houver suspeita de intoxicação por outras substâncias ou o motorista estiver inconsciente, sem condições de assoprar o etilômetro – nada impede que o policial busque um mandado judicial ou, caso presentes os elementos da “exceção das circunstâncias exigentes”, determine diretamente a coleta do sangue – ou seja, fica preservado o precedente de *Schmerber*.

E foi essa última hipótese que voltou ao escrutínio da Suprema Corte em *Mitchell v. Wisconsin*¹⁹⁶, em 2019. Nesse caso, o motorista admitiu ter ingerido bebida e aceitou, ainda no local da abordagem, soprar o etilômetro (com um aparelho sem o grau de precisão exigido no Estados Unidos para servir como prova), que constatou a embriaguez. Ao chegar no posto policial, o motorista perdeu a consciência em razão da embriaguez – por isso o novo teste do etilômetro restou inviável - e foi levado a um hospital, onde uma amostra de seu sangue foi solicitada pelos policiais e extraída por um médico, com o motorista ainda inconsciente.

O peticionante Gerald Mitchell contestou a coleta de sangue sem sua autorização diante da norma prevista na 4ª Emenda, que exigiria um mandado judicial de busca para tal procedimento.

A Corte reafirmou o decidido em *Birchfield*, afirmando que no caso se mostraram presentes os elementos da “exceção das circunstâncias exigentes”, permitindo-se que o policial concluísse que o tempo exigido para a obtenção de um mandado poderia resultar na destruição da prova pela dissipação do álcool no sangue, além de gerar prejuízo à sociedade por todo o esforço mobilizado em detrimento de outros trabalhos relevantes a serem desenvolvidos pela polícia.

¹⁹⁶ JUSTIA. **Us Supreme Court**. *Mitchell v. Wisconsin*, 588 U.S. (2019). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/588/18-6210/>> Acesso em 26 de abr. 2020.

Os *Justices* ressaltaram que não é uma autorização categórica (*per se rule*), válida para todos os casos em que o motorista está inconsciente, devendo cada caso ser analisado de acordo com suas circunstâncias – com exceção do voto divergente do *Justice Thomas*, favorável à autorização em todos os casos de embriaguez, pois a natural dissipação do álcool criaria a “exigência” (que autorizaria a busca sem mandado judicial) desde que o policial perceba sinais de que o motorista está embriagado.

3.2 ALEMANHA

O princípio contra a autoincriminação é uma das mais importantes proteções aos acusados na Alemanha, e em alguns aspectos mais amplo do que nos Estados Unidos.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz*) não faz qualquer referência ao *Nemo tenetur se detegere*, mas o Direito ao Silêncio está consagrado nas seções 114b (2) n. 2, 115 (3), 136 (1) e 243 (5) do StPO¹⁹⁷, o código de processo penal alemão. Assim como no Brasil e nos Estados Unidos, não há referência ao (amplo) princípio contra a autoincriminação, mas apenas ao direito de

¹⁹⁷ Section 114b (2)

2. has the right to reply to the accusation or to remain silent;

Section 115 (3) During the examination, the incriminating circumstances shall be pointed out to the accused and he shall be informed of his right to reply to the accusation or to remain silent. He shall be given the opportunity to remove grounds for suspicion and arrest and to present those facts which speak in his favour.

Section 136 (1) At the commencement of the first examination, the accused shall be informed of the offence with which he is charged and of the applicable criminal law provisions. He shall be advised that the law grants him the right to respond to the charges or not to make any statement on the charges and the right, at any stage, even prior to his examination [...];

Section 243 (5) The defendant shall then be informed that he may choose to respond to the charges or not to make any statement on the charges [...].

“A seção 114b (2)

2. tem o direito de responder à acusação ou permanecer calada;

Artigo 115 (3) Durante o exame, as circunstâncias incriminatórias devem ser apontadas ao acusado e ele será informado de seu direito de responder à acusação ou de permanecer calado. Ele terá a oportunidade de remover motivos de suspeita e prisão e de apresentar os fatos que falam a seu favor.

Artigo 136 (1) No início do primeiro exame, o acusado será informado do crime pelo qual foi acusado e das disposições de direito penal aplicáveis. Ele deve ser avisado de que a lei lhe concede o direito de responder às acusações ou não fazer nenhuma declaração sobre as acusações e o direito, em qualquer estágio, mesmo antes de seu exame [...];

Artigo 243 (5) O réu será então informado de que pode optar por responder às acusações ou não fazer nenhuma declaração sobre as acusações”. (tradução livre) *In* BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **German Code of Criminal Procedure**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html>. Acesso em 26 de abr. 2020.

permanecer calado.

Registre-se que o ordenamento alemão também protege contra a incriminação os familiares do acusado, e exige aviso sobre o privilégio sempre que houver um risco real de incriminação, mesmo que o acusado não esteja “sob custódia”.

Assim como no Brasil, os acusados não prestam juramento. Roxin ensina que na Alemanha majoritariamente se entende que o acusado não pode mentir sobre seus dados pessoais, mas sobre o fato investigado em si não há obrigação de dizer a verdade. Roxin ressalva que, na prática, a jurisprudência acaba suprimindo esse direito ao valorar a negativa persistente como “indício de obstinação e de falta de capacidade de compreensão”, por isso aumentando a pena aplicada.¹⁹⁸

Na Alemanha, o entendimento majoritário é de que o critério delimitador do *Nemo tenetur se detegere* deve ser a “qualidade da conduta” (*Handlungsqualität*) esperada do arguido, distinguindo-se os meros “deveres de tolerância passiva” (permitidos) das “obrigações de colaboração ativa” (vedadas).¹⁹⁹

Por isso se entende, por exemplo, que o acusado que decide permanecer calado pode ser coercitivamente submetido a um reconhecimento, com fulcro na seção § 136a (cf. KG NJW 1979, 1668).²⁰⁰

No caso da embriaguez e submissão do motorista a exames de alcoolemia, não há margem para muita discussão: a própria lei processual penal

¹⁹⁸ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 25 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 211.

¹⁹⁹ OLIVEIRA E SILVA, Sandra. **A liberdade contra a autoincriminação no processo penal**: breves considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Porto Alegre: Revista do MPRS, 2016, p. 125.

²⁰⁰ 1. *Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers nach StPO § 168c betrifft nur die Vernehmung des Beschuldigten, die fehlende Anwesenheit des Verteidigers beeinträchtigt daher nicht die Verwertbarkeit von Zeugenaussagen.* 2. *Eine zwangsweise Gegenüberstellung von Beschuldigten und Zeugen ist auch dann zulässig, wenn der Beschuldigte von seinem Schweigerecht Gebrauch macht.* “Decisão (A usabilidade dos depoimentos) 1. O direito do advogado de defesa de estar presente sob a Seção 168c do StPO afeta apenas o questionamento do acusado, portanto, a falta do advogado de defesa não afeta a usabilidade do depoimento. Também é permitida uma comparação obrigatória do acusado e das testemunhas se o acusado exercer seu direito de permanecer calado. (tradução livre). In JURIS DAS RECHTSPORTAL. **Dokument information**. Beschluss (Zur Verwertbarkeit von Zeugenaussagen). Datum: 04.05.1979 Beschreibung: KG Berlin 1. Strafsenat | (1) 1 StE 2/77, (1) 1 StE 130/77. Disponível em: <<https://www.juris.de/jportal/prev/BORE041787922>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

prevê a determinação da extração involuntária de amostras de sangue do acusado pelo magistrado e, em casos urgentes, diretamente pelo membro do Ministério Público.²⁰¹

Em síntese, o motorista até pode se recusar a soprar o etilômetro (colaboração ativa), mas certamente será determinado por um magistrado de plantão – ou mesmo membro do Ministério Público – que ele seja conduzido coercitivamente a um hospital para extração de uma amostra de sangue (tolerância passiva).

Ao se pesquisar na jurisprudência alemã, percebe-se que a constitucionalidade do dispositivo que autoriza a extração de sangue determinada por juiz (ou membro do Ministério Público, nos casos urgentes) é largamente aceita – cf. *BGH 2 StE 21 / 16-5 StB 2/18*, decisão de 5 de abril de 2018 (*OLG Stuttgart*)²⁰² –, mas o que surpreende é o grande número de casos em que a coleta involuntária é questionada por ter sido determinada diretamente por policiais – *BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 28. Juni 2014*²⁰³ e *BVerfG 2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10 (OLG Dresden/OLG Düsseldorf)*.²⁰⁴ Curiosamente, como

²⁰¹ “Seção 81a

[Exame físico; Teste de sangue]

(1) Um exame físico do acusado pode ser ordenado para fins de apuração de fatos que são importantes para o processo. Para esse fim, a coleta de amostras de sangue e outras invasões corporais efetuadas por um médico de acordo com as regras da ciência médica para fins de exame serão admissíveis sem o consentimento do acusado, desde que não prejudique sua saúde.

(2) A autoridade para dar tal ordem será investida no juiz e, se um atraso comprometer o êxito do exame, também no Ministério Público, incluindo os funcionários que o assistem (seção 152 da Lei de Constituição dos Tribunais).

(3) Amostras de sangue ou outras células do corpo retiradas do acusado podem ser usadas apenas para os propósitos do processo criminal para o qual foram levados ou em outros processos criminais pendentes; serão destruídos sem demora assim que não forem mais necessários para tais fins”. (tradução livre) In BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **German Code of Criminal Procedure**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁰² HRR-STRAFRECHT. **Rechtsprechung**. BGH 2 StE 21/16-5 StB 2/18 - Beschluss vom 5. April 2018 (OLG Stuttgart). Disponível em: <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/18/stb-2-18.php>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁰³ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. **In dem Verfahren über die Verfassungsbeschwerde**. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2014/06/rk20140628_1bvr183712.pdf?__blob=publicationFile&v=1>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁰⁴ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. **In den Verfahren über die Verfassungsbeschwerden**. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/02/rk20110224_2bvr159610.html>. Acesso em 26 de abr. 2020.

regra se entende que tal violação à Seção 81a não deve ensejar a inadmissibilidade da prova obtida.

Na mesma linha, Roxin defende o aproveitamento de prova consistente em amostra de sangue extraída sem consentimento do investigado e obtida irregularmente, por ordem emanada diretamente de um policial, sob o argumento de que a referida Seção 81a não autoriza a exclusão da prova, tampouco assegura a sua qualidade.²⁰⁵

Outra questão interessante no ordenamento alemão é a do silêncio total ou parcial.

A doutrina alemã classifica o silêncio parcial (*Teilschweigen*) em *vertikales Teilschweigen* e *horizontales Teilschweigen*. O *vertikales Teilschweigen* ocorre quando o acusado se cala apenas em relação a algumas perguntas específicas (“aspecto individual do crime imputado”). Já no *horizontales Teilschweigen* o acusado se cala completamente, mas não em todos os estágios do processo – como se, no direito processual brasileiro, o acusado se calasse na primeira etapa do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, mas falasse na sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri.

O *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça – BGH) entende que do *horizontales Teilschweigen* (assim como do silêncio completo, *vollumfängliches Schweigen*) não se admite sejam extraídas conclusões prejudiciais ao acusado,

²⁰⁵ *Aquí tiene gran significado práctico, ante todo, el caso en el que una extracción de sangre conforme al § 81a o el resultado de un examen semejante son obtenidos de modo ilícito, bien que la orden sea dada por una persona incompetente (p. ej., por un simple policía) o que la injerencia sea efectuada por una persona que no es médico (esto es, en la práctica, sobre todo: por un asistente en medicina). Sin embargo, hasta ahora, ante este tipo de violación, la opinión absolutamente preponderante ha declarado valorable al medio probatorio obtenido ilegítimamente. La opinión dominante debe ser aprobada pues el § 81a (a diferencia de los §§ 52, 55 y 136) no da derecho a excluir del proceso al medio probatorio y tampoco pretende asegurar su calidad.* “Aqui, ele tem grande significado prático, em primeiro lugar, o caso em que um sangue é coletado de acordo com o § 81a ou o resultado de um exame semelhante é obtido ilegalmente, mesmo que a ordem seja dada por uma pessoa incompetente (por exemplo, , por um simples policial) ou que a interferência seja realizada por uma pessoa que não é médica (ou seja, na prática, principalmente: por um assistente médico). No entanto, até agora, diante desse tipo de violação, a opinião absolutamente predominante declarou a medida probatória obtida ilegalmente como valiosa. A opinião dominante deve ser aprovada, pois o § 81a (ao contrário dos §§ 52, 55 e 136) não dá o direito de excluir o comprovativo do processo e também não garante sua qualidade”. (tradução livre). *In* ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 201.

enquanto com o *vertikales Teilschweigen* inferências podem ser extraídas em prejuízo da defesa.²⁰⁶

3.3 PORTUGAL

Assim como na Alemanha, a Constituição portuguesa não trata expressamente do princípio contra a autoincriminação ou mesmo do Direito ao Silêncio. Isso confere maior importância ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU²⁰⁷ (ratificado em Portugal pela Lei n. 29/1978), que prevê o Direito ao Silêncio em seu art. 14, n. 3, alínea “g”. Por sua natureza de direito fundamental, boa parte da doutrina defende que tal norma deve ter o mesmo *status* dos Direitos Fundamentais enumerados na Constituição portuguesa, afinal seu art. 16, I, diz que “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”.²⁰⁸

O Código de Processo Penal português, por sua vez, prevê no art. 343, item 1, que o acusado não é obrigado a falar e seu silêncio não pode desfavorecê-lo.²⁰⁹

Já o seu art. 172, ao tratar da “sujeição a exame” dispõe que quem tentar se eximir ou frustrar qualquer exame poderá ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente, com a ressalva de que tais exames devem respeitar a dignidade das pessoas e, “na medida do possível”, o pudor de quem a eles se submeter.²¹⁰

A constitucionalidade desse artigo foi questionada perante o Tribunal

²⁰⁶ HADDAD, Carlos Henrique Borlido Haddad. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005, p. 70-71.

²⁰⁷ COMISSÃO NACIONAL DE ELEIÇÕES. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁰⁸ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁰⁹ DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÔNICO. **Código de Processo Penal Português**. Decreto-Lei n.º 78/87. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/124532379/202004181529/73759894/diploma/indice>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²¹⁰ DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÔNICO. **Código de Processo Penal Português**. Decreto-Lei n.º 78/87. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/124532379/202004181529/73759894/diploma/indice>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

Constitucional em um caso em que, na fase investigatória, o Ministério Público determinou a coleta de material genético de um suspeito de crimes de homicídio. O suspeito não consentiu, mas ao ser advertido de que a diligência seria realizada de qualquer forma, ainda que necessário o uso de força, acabou não mais resistindo à sua execução.

O Acórdão n. 155/2007 é uma verdadeira lição do que se entende em Portugal a respeito de intervenções corporais forçadas no processo penal, autoincriminação e ponderação de interesses. Vejamos.

Inicialmente, o Tribunal começa revisitando sua jurisprudência sobre o âmbito da integridade pessoal (física ou moral) protegida pelo artigo 25.º da Constituição portuguesa. E concluiu que um exame de sangue ou mesmo saliva compulsório é uma violação ao direito à integridade física, assim como ao direito à reserva da intimidade e da vida privada.

A questão passa a ser se tal violação, levada em consideração a sua intensidade e a finalidade a que se destina, é constitucionalmente adequada.

A corte cita parecer de Canotilho, juntado aos autos:

A recolha de material biológico para análise do DNA, embora possa ser entendida como uma restrição do direito à integridade pessoal, não colide com nenhuma das suas dimensões essenciais, podendo justificar-se de acordo com critérios de proporcionalidade, desde em ordem à prossecução de uma finalidade constitucionalmente legítima.²¹¹

O Tribunal afirma ser indiscutível a consagração constitucional do privilégio contra a autoincriminação (são citados os Acórdãos n.ºs 695/95, 542/97, 304/2004 e 181/2005), diretamente relacionado com o princípio da presunção de inocência. A questão é sua compreensão e alcance.

É citado o caso *Saunders v. Reino Unido* – que será oportunamente analisado – em que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) concluiu que o citado direito à não autoincriminação se refere ao respeito pela vontade do

²¹¹ DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÓNICO. **Jurisprudência Acórdão n.º 155/2007**. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/20688880/details/maximized>> > Acesso em 26 de abr. 2020.

arguido em não prestar declarações (Direito ao Silêncio), e acrescenta que esse direito se não estende ao uso, em processo penal, de elementos preexistentes (que existam independentemente da vontade do sujeito) obtidos do arguido por meio de poderes coercivos, e como exemplo cita as colheitas, por expiração, de sangue, de urina, assim como de tecidos corporais para análises de DNA.

O Tribunal Constitucional português também recorre ao direito comparado para citar decisões do Tribunal Constitucional espanhol (STC 103/1985, à frente analisada) no mesmo sentido, qual seja, de que a obtenção de evidências físicas não se encontra no âmbito de proteção do *Nemo tenetur se detegere*, sendo tais intervenções analisadas ante a violação a outros princípios constitucionais.²¹²⁻²¹³

E Canotilho, no acima referido parecer, conclui que a presunção de inocência “[...] abrange apenas o direito a permanecer calado e a beneficiar da existência de uma dúvida razoável, não impedindo a recolha de material biológico para efeitos de recolha de DNA” (conclusão 10).²¹⁴

A Corte Constitucional, levando todos esses argumentos em consideração, afirma que a extração de material biológico não constitui declaração, portanto não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado. Afirma que, pelo contrário, tal coleta trata-se de “[...] base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto-incriminação” e então conclui categoricamente que “não se pode sustentar, ao contrário do que pretende o recorrente, que as normas questionadas contendam

²¹² “[...] garantias face à auto-incriminação só se referem às contribuições do arguido de conteúdo directamente incriminatório, não tendo o alcance de integrar no direito à presunção da inocência a faculdade de se poder subtrair a diligências de prevenção, indagação ou de prova. A configuração genérica de um tal direito a não suportar nenhuma diligência deste tipo deixaria desarmados os poderes públicos no desempenho das suas legítimas funções de protecção da liberdade e convivência, lesaria o valor da justiça e as garantias de uma tutela judicial efectiva [...]”. In DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÓNICO. **Jurisprudência Acórdão n.º 155/2007**. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/2068880/details/maximized>> > Acesso em 26 de abr. 2020.

²¹³ Na mesma linha, Frederico de Lacerda da Costa Pinto afirma que “[...] o direito ao silêncio abrange apenas e só o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados e não abrange o direito a recusar a entrega de elementos que estejam em seu poder.” In DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 95.

²¹⁴ DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÓNICO. **Jurisprudência Acórdão n.º 155/2007**. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/2068880/details/maximized>> > Acesso em 26 de abr. 2020.

com o privilégio contra a auto-incriminação”²¹⁵, – ou seja, não estão incluídas no suporte fático do princípio. E deixa claro, ao dispor que mesmo não se tratando um comportamento exclusivamente passivo, a coleta forçada não está no âmbito de proteção do *Nemo tenetur se detegere*, pois o critério decisivo para sua incidência é mesmo a natureza declaratória, como nos Estados Unidos da América, e não a atividade ou passividade da conduta, como na Alemanha.

Após fazer profunda análise da restrição dos demais Direitos Fundamentais pela citada norma processual penal, conclui que ela é constitucionalmente legítima, mas acaba por julgá-la inconstitucional apenas “quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita”.²¹⁶

Portanto, somente é inconstitucional a interpretação de que na fase investigatória o membro do Ministério Público poderia determinar diretamente a submissão coercitiva à coleta do material genético, pois atos de investigação ou de coleta de provas que importem ofensa ou restrição de Direitos Fundamentais só podem ser autorizados pelo juiz (arts. 268 e 269 do CPP português), e a Constituição portuguesa diz em seu art. 32, n. 4, que a instrução criminal “é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos atos instrutórios que se não prendam diretamente com os direitos fundamentais”.²¹⁷

3.3.1 Da Recusa ao Etilômetro no Direito Português

O Código da Estrada (Decreto-Lei n.º 114/94, alterado pela Lei n.º 72/2013) dispõe que é obrigatória a submissão aos exames de alcoolemia a

²¹⁵ DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÓNICO. **Jurisprudência Acórdão n.º 155/2007**. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/2068880/details/maximized>> > Acesso em 26 de abr. 2020.

²¹⁶ DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÓNICO. **Jurisprudência Acórdão n.º 155/2007**. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/2068880/details/maximized>> > Acesso em 26 de abr. 2020.

²¹⁷ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa – Parlamento**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

condutores e pedestres envolvidos em acidentes de trânsito, punindo a eventual recusa por crime de desobediência²¹⁸, previsto no art. 348 do Código Penal.²¹⁹

Antes disso, o Tribunal Constitucional já havia enfrentado a questão da obrigatoriedade dos testes de alcoolemia, ainda sob a égide do Decreto-Lei n.º 124/90, cujo art. 12 do Decreto-Lei n.º 124/90 já tipificava a conduta da recusa ao “exame de pesquisa de álcool”, cominando-lhe pena de prisão de até um ano ou multa – no Acórdão n. 226/1999, a corte constitucional portuguesa julgou tal norma constitucional.²²⁰

No corpo do Acórdão n. 319/1995, o Tribunal Constitucional afirma que a submissão do condutor ao teste de alcoolemia “[...] não viola o dever de respeito pela dignidade da pessoa do condutor, nem o seu direito ao bom nome e à reputação, nem o direito que ele tem à reserva da intimidade da vida privada”.²²¹

A constitucionalidade do artigo 152, n. 1, alínea “a”, e n. 3 do Código da Estrada (punição por crime de desobediência dos condutores que recusem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção do estado de influenciado

²¹⁸ Artigo 152.º Princípios gerais

1 - Devem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção dos estados de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas:

Os condutores;

Os peões, sempre que sejam intervenientes em acidentes de trânsito;

As pessoas que se propuserem iniciar a condução.

2 - Quem praticar atos suscetíveis de falsear os resultados dos exames a que seja sujeito não pode prevalecer-se daqueles para efeitos de prova.

3 - As pessoas referidas nas alíneas a) e b) do n.º 1 que recusem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas são punidas por crime de desobediência.

4 - As pessoas referidas na c) do n.º 1 que recusem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas são impedidas de iniciar a condução.

5 - O médico ou paramédico que, sem justa causa, se recusar a proceder às diligências previstas na lei para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas é punido por crime de desobediência. *In* DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÓNICO. **Decreto-Lei n.º 114/94. Código da Estrada**. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/250659/details/maximized>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²¹⁹ DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÓNICO. **Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal Português**. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230400/73474301/diploma/indice>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²²⁰ PORTUGAL. **Tribunal Constitucional. Jurisprudência**. ACÓRDÃO Nº 226/99. Processo n.º 559/96. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990226.html>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²²¹ PORTUGAL. **Tribunal Constitucional. Jurisprudência**. ACÓRDÃO Nº 319/95. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950319.html>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas) foi chancelada pela corte maior lusitana no Acórdão n. 34/2012, no qual se contrapôs a liberdade de recusa ao exame de um condutor ao direito de toda a coletividade usar as estradas com segurança.²²²

No Acórdão 479/2010²²³, o Tribunal Constitucional refutou a alegada inconstitucionalidade orgânica (por vício formal) do art. 152, n. 3, acima citado, e art. 156, n. 2, na parte em que se tipifica como crime de desobediência a recusa da pessoa interveniente em acidente a ser submetida a recolha de sangue para detecção do estado de influenciado pelo álcool.

Em 2013, instado a se manifestar sobre o art. 156, n. 3, do Código da Estrada²²⁴, o Tribunal Constitucional novamente analisou a extração de amostra de

²²² “O direito de o arguido, no exercício da atividade, criadora de perigo, da condução de veículos na via pública sem ser incomodado com a realização de um simples teste ao ar expirado, para a detecção de álcool no sangue, tem como contrapartida a submissão de todos os outros utentes da via a respeitar esse seu conceito de liberdade. Sendo incontornável que, em qualquer sociedade, a liberdade de cada um dos seus membros acaba onde começa a de outro. Tendo todos que se sujeitar às limitações inerentes à necessidade de partilha de espaços comuns bem como à limitação necessária, proporcional e adequada dos seus direitos que contendam com o exercício da condução. O direito de alguém implica sempre uma obrigação para outrem, designadamente para os restantes membros da sociedade, sujeitos passivos universais que têm respeitar e assumir as consequências dos direitos reconhecidos a cada um dos seus elementos. Somente na ilha de Robinson Crosue, antes da chegada de Sexta-feira, podiam os direitos daquele ser exercidos sem limitações dos direitos de outrem. O reconhecimento de direitos, na multiplicidade infinita de conflitos de interesses inerentes ao convívio em sociedade, sobretudo nas sociedades modernas, complexas, expostas a uma vasta área de atividades cujo exercício implica assunção de riscos permitidos, tarefa do legislador, num aturada ponderação e hierarquização daqueles interesse que, em cada situação concreta, abstratamente representada, deve prevalecer. E o regime legal em vigor procede a uma criteriosa ponderação de interesses. Com efeito, como se viu, o regime legal vigente confere ao cidadão a liberdade de não se submeter ao exame de pesquisa de álcool - tal como sucedeu no caso dos autos. No entanto - como tudo na vida - essa liberdade individual tem o seu custo. Implicando, a recusa a submeter-se a exame, a punição por crime de desobediência, nos termos do artigo 152.º n.º 3 do C.E. Tal resulta das evidentes razões de prevenção que estão na origem da fixação do regime da proibição de condução sob influência de álcool, de as estradas servirem toda a comunidade e não este ou aquele individualmente, obrigando a que a atividade da condução no espaço de utilização comunitária, esteja sujeita a regras que permitam a fruição/utilização comunitária, em padrões mínimos de segurança, obrigando aqueles que utilizem a via pública a aceitar, também, as consequências mínima exigíveis ao seu funcionamento, num patamar mínimo de assunção dos riscos razoáveis daí decorrentes.” *In* PORTUGAL. **Tribunal Constitucional. Jurisprudência.** ACÓRDÃO N.º 34/2012. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120034.html>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²²³ PORTUGAL. **Tribunal Constitucional. Jurisprudência.** ACÓRDÃO N.º 479/2010. Disponível em : <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100479.html>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²²⁴ Art. 156, n. 3 - Se o exame de pesquisa de álcool no sangue não puder ser feito ou o examinando se recusar a ser submetido a colheita de sangue para análise, deve proceder-se a exame médico para diagnosticar o estado de influência pelo álcool e ou por substâncias psicotrópicas. *In* DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÔNICO. Decreto-Lei n.º 114/94. Código da Estrada. Disponível em:

sangue, ponderando o direito à integridade pessoal e o direito à reserva da vida privada com “outros direitos fundamentais valiosos – a vida, a integridade física, a propriedade privada – abarcados pela proteção da segurança da circulação rodoviária”, concluindo não haver qualquer inconstitucionalidade.²²⁵

Portanto, em Portugal não há que se falar em violação do princípio contra a autoincriminação na obrigatoriedade de submissão a exames de alcoolemia, repousando a análise da constitucionalidade dos dispositivos apenas sobre a possibilidade (ou não) de restrição de Direitos Fundamentais outros, como a intimidade e integridade pessoal. Como visto, o entendimento é tranquilo em terras lusitanas no sentido de que, diante da ponderação entre tais direitos e a administração da justiça penal, a proteção ao bem jurídico segurança viária – e outros abarcados por este de forma mediata, como a vida, integridade física, propriedade privada –, é possível a restrição, desde que de maneira proporcional.

3.4 ESPANHA

Na Espanha, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos da América e em Portugal, entende-se que o *Nemo tenetur se detegere* refere-se exclusivamente às declarações do acusado.

A Constituição espanhola assegura expressamente o Direito ao Silêncio

<<https://dre.pt/home/-/dre/250659/details/maximized>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²²⁵ Extrai-se do referido Acórdão n. 418/2013: “Na verdade, como acabámos de recensear, a jurisprudência deste Tribunal tem vindo a considerar que a Constituição autoriza, atendendo às finalidades em causa, e respeitadas as demais exigências constitucionais, a restrição dos direitos fundamentais à integridade pessoal, à reserva da vida privada ou à autodeterminação informativa (v.g., Acórdãos n.º 254/99 e n.º 155/2007, citados). E a recolha de amostra de sangue, nas específicas circunstâncias em análise no presente recurso, apesar de contender com o direito à integridade pessoal e o direito à reserva da vida privada do examinando, igualmente não comporta um juízo de desconformidade constitucional. A intervenção nos referidos direitos fundamentais dirige-se à salvaguarda da eficácia da pretensão punitiva do Estado, relativamente a normas sancionatórias criadas como garantia de efetiva tutela material de outros direitos fundamentais valiosos - a vida, a integridade física, a propriedade privada - abarcados pela proteção da segurança da circulação rodoviária. Ora, como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à integridade pessoal não impede o “estabelecimento de deveres públicos dos cidadãos que se traduzam em (ou impliquem) intervenções no corpo das pessoas (v. g., vacinação, colheita de sangue para testes alcoolémicos, etc.)”, desde que a obrigação não comporte a sua execução forçada, sem prejuízo da punição em caso de recusa”. (in “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, p. 456). In PORTUGAL. **Tribunal Constitucional. Jurisprudência**. ACÓRDÃO N.º 418/2013 Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130418.html>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

na sua seção que trata dos Direitos Fundamentais e liberdades públicas, artigos 17, n. 3, e 24, n. 2.²²⁶

Assim como nas Constituições brasileira e norte-americana, a espanhola não prevê expressamente um amplo princípio contra a autoincriminação, mas apenas sua vertente do Direito ao Silêncio.

No que se refere à obrigatoriedade do exame de alcoolemia, já em 1985 o Tribunal Constitucional espanhol foi chamado a analisar a constitucionalidade da norma contida no art. 52 do antigo *Código de la Circulación*, com a redação dada pelo Real Decreto 1.467/1981²²⁷, e decidiu que o dever de se submeter ao controle

²²⁶ *Artículo 17*

Derecho a la libertad personal

[...]

3. *Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca*

Artículo 24

Protección judicial de los derechos

1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*

“Artigo 17

Direito à liberdade pessoal

[...]

3. Todas as pessoas detidas devem ser informadas imediatamente, e de uma maneira que seja compreensível para eles, de seus direitos e das razões de sua detenção, e que não possam ser forçadas a testemunhar. A assistência de um advogado é garantida ao detido em processos policiais e judiciais, nos termos estabelecidos por lei.

Artigo 24

Proteção judicial de direitos

1. Todas as pessoas têm o direito de obter a proteção efetiva dos juízes e dos tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem, em nenhum caso, desamparo.

2. Da mesma forma, todos têm direito ao Juiz comum predeterminado por lei, à defesa e à assistência de um advogado, a ser informado da acusação contra ele, a um processo público, sem demora injustificada e com todas as garantias, de usar os meios relevantes de evidência para sua defesa, para não testemunhar contra si mesmos, não confessar culpa e presunção de inocência. A lei regulamentará os casos em que, devido a parentesco ou sigilo profissional, alguém não será obrigado a testemunhar sobre atos supostamente criminosos”. (tradução livre). In SENADO DE ESPAÑA.

Constitución

Española.

Disponível

em:

<www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²²⁷ *I. Sin perjuicio de, en cumplimiento del artículo 276, estar a lo dispuesto en el código penal y de lo que pueda resolver la autoridad judicial, se prohíbe, en todo caso, conducir con una tasa de alcohol*

de alcoolemia não viola o Direito ao Silêncio e o “direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado”, posto que não obriga à emissão de uma declaração – tratar-se-ia de mera modalidade de perícia.²²⁸

en sangre superior a 0,8 gramos por mil centímetros cubicos y aun inferior a la misma cuando así este previsto para determinados conductores en las normas que específicamente les sean de aplicación

II. Podrán ser requeridos a someterse a las pruebas que indiquen la autoridad o sus agentes para comprobar el grado de impregnación alcohólica:

A) cualquier usuario de la vía implicado directamente en un accidente de tráfico

B) todo conductor en el que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. Presente síntomas evidentes de estar bajo la influencia de bebidas alcohólicas

2. Ser denunciado por la comisión de alguna de las infracciones a que se alude en el apartado i del artículo 289

3. Haber sido requerido al efecto dentro del marco de controles preventivos ordenados por el ministerio del interior, que podrá delegar tal facultad en el director general de tráfico

lii. Las pruebas obligatorias de detección alcohólica se realizarán mediante la utilización de alcohómetros que correspondan a modelos oficialmente autorizados

lv. Cuando el conductor, en los casos en que este obligado a ello, se niegue a someterse a las pruebas de detección alcohólica, o se hubiera obtenido en las mismas una tasa de alcohol en sangre superior a 0,8 gramos por mil centímetros cubicos o inferior si existen síntomas evidentes de intoxicación alcohólica o cuando así esta previsto para determinados conductores en las normas que específicamente les sean de aplicación, se estará a lo dispuesto en el artículo 292, apartado I, inciso I).

“I. Sem prejuízo de, em conformidade com o artigo 276, estar em conformidade com o código penal e com o que a autoridade judicial resolver, é proibido, em qualquer caso, conduzir com uma taxa de álcool no sangue superior a 0,8 gramas por mil centímetros cúbicos e menos ainda quando previsto para certos condutores nos regulamentos que se aplicam especificamente a eles

II Pode ser exigido que sejam submetidos a testes indicados pela autoridade ou por seus agentes para verificar o grau de impregnação alcoólica:

A) qualquer usuário da estrada diretamente envolvido em um acidente de trânsito

B) qualquer driver em que ocorra uma das seguintes circunstâncias:

1. Apresentar sintomas óbvios de estar sob a influência de bebidas alcoólicas

2. A denunciar pela comissão por qualquer uma das infrações a que se refere a seção i do artigo 289.

3. Ser exigido para esse fim no âmbito dos controles preventivos ordenados pelo Ministério do Interior, que poderá delegar tal autoridade ao diretor geral de trânsito.

lii. Os testes obrigatórios de detecção de álcool serão realizados usando medidores de álcool que correspondem a modelos oficialmente autorizados

lv. Quando o motorista, nos casos em que é obrigado a fazê-lo, se recusa a se submeter aos testes de detecção alcoólica, ou uma taxa de álcool no sangue superior a 0,8 gramas por mil centímetros cúbicos ou menos foi obtida nas mesmas. Se houver sintomas evidentes de intoxicação alcoólica ou quando for previsto para certos condutores nos regulamentos que se aplicam especificamente a eles, serão seguidas as disposições do artigo 292, seção I, subseção I)”. (tradução livre) In Código de la Circulación, com a redação dada pelo Real Decreto 1.467/1981. In GOBIERNO DE ESPAÑA.

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-16292>>. Acesso em 29 de abr. 2020.

²²⁸ *Pero es que además el deber de someterse al control de alcoolemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución” (Sentencia n. 103/1985).* “Mas, além disso, o dever de submeter-se a um bafômetro não pode ser considerado contrário ao direito de não declarar, nem de declarar contra si mesmo e de não confessar culpa, uma vez que a pessoa detectada não é

E no mesmo ano o Tribunal Constitucional voltou a afirmar essa tese, desta vez fazendo referência a precedente da Comissão Europeia de Direitos Humanos.²²⁹

Em 1997, mais uma vez o Tribunal Constitucional debruçou-se sobre a questão da obrigatoriedade de submissão ao etilômetro e, após reafirmar que tal tipo de procedimento não constitui uma declaração ou testemunho – e por isso não viola o privilégio contra a autoincriminação –, chega a uma conclusão que se assemelha à teoria do consentimento implícito estadunidense, afirmando que da ótica do cidadão e como “contrapartida” da própria permissão da atividade de risco consistente em conduzir veículos automotores, há um dever do cidadão de suportar as situações de fiscalização e controle de alcoolemia, respeitadas as garantias procedimentais essenciais.²³⁰

obrigada a emitir uma declaração que expresse conteúdo, admitindo culpa, mas tolerar ser submetido a uma forma especial de especialização, exigindo uma colaboração não comparável à declaração incluída no escopo dos direitos proclamados nos arts. 17.3 e 24.2 da Constituição”. (tradução livre). In ESPANHA. **Tribunal Constitucional de España**. Sentencia 103/1985, de 4 de octubre. Disponível em: <hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/483>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²²⁹ *Por lo demás, la prueba de alcoholemia no atenta contra los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, porque, realizándola, no se obliga al conductor a emitir una declaración que exteriorice un contenido de voluntad o conocimiento, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una modalidad especial de pericia. En este sentido es relevante lo manifestado por la Comisión Europea de Derecho Humanos, para quien la prueba de alcoholemia es un medio de prueba que tanto puede ser favorable como desfavorable al imputado (decisión de 4 de diciembre de 1978, 8239/1978). No puede, pues, sostenerse la incorrección constitucional de la prueba de alcoholemia [...] (Sentencia n. 107/1985).* “Além disso, o teste do bafômetro não viola o direito de não testemunhar contra si mesmo e não confessar culpa, porque, ao executá-lo, o motorista não é obrigado a emitir uma declaração que contenha conteúdo de vontade ou conhecimento, admitindo culpa, mas para tolerar ser objeto de uma forma especial de especialização. Nesse sentido, é relevante o que é afirmado pela Comissão Europeia de Direitos Humanos, para quem o teste do bafômetro é um meio de prova que pode ser favorável e desfavorável ao acusado (decisão de 4 de dezembro de 1978, "Pedido" 8239/1978) Portanto, a incorreção constitucional do teste de álcool não pode ser sustentada [...] ”(Sentença nº 107/1985). (tradução livre). In ESPANHA. **Tribunal Constitucional de España**. Sentencia 107/1985, de 7 de octubre. Disponível em: <hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/487>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²³⁰ *Desde la óptica del ciudadano y como contrapartida de la propia permisión del riesgo circulatorio, ésta se traduce en un correlativo deber de soportar estas actuaciones de indagación y control, y de colaborar con su práctica, dentro naturalmente del espacio ya reseñado que demarcan sus garantías procedimentales esenciales. En efecto, la conducción de vehículos a motor es una actividad que puede poner en grave peligro la vida y la integridad física de muchas personas, hasta llegar a convertirse en la actualidad en la primera causa de mortalidad en un segmento de edad de la población española; de ahí que, como sucede con otras muchas actividades potencialmente peligrosas, resulte plenamente justificable que los poderes públicos, que deben velar en primerísimo lugar por la vida de los ciudadanos, supediten el ejercicio de esta actividad al cumplimiento de severos requisitos, sometan a quienes quieran desarrollarla a controles preventivos llevados a cabo por parte de las Administraciones Públicas y se anude a su incumplimiento sanciones acordes con la*

A norma em vigor que regula o trânsito, o *Reglamento General de Circulación* (Real Decreto 1.428/2003), confirmou a obrigatoriedade do exame de alcoolemia a condutores de qualquer tipo de veículo, ciclistas e usuários da via envolvidos em acidentes.²³¹

gravedad de los bienes que se pretende proteger. La obligación de someterse a las pruebas de detección de alcohol u otras sustancias estupefacientes, a pesar de las dudas que pudiera suscitar el tenor literal del art. 380 C.P., tiene como objetivo, pues, el de comprobar si los conductores cumplen las normas de policía establecidas para garantizar la seguridad del tráfico. Dicho sometimiento no sólo no supone una autoincriminación en relación con un delito contra la seguridad en el tráfico, por lo ya expuesto, sino que constituye hoy en el nuevo Código Penal el mandato típico de un delito específico de desobediencia, respecto del cual, a su vez, frente a lo que sugiere el Fiscal, carece de sentido plantear la negativa al sometimiento a las pruebas no como delito per se, sino como acto de autoincriminación.” (Sentencia n. 161/1997). “Do ponto de vista do cidadão e como contrapartida ao subsídio de risco à circulação, isso se traduz em um dever correlato de apoiar essas ações de investigação e controle e de colaborar com sua prática, naturalmente dentro do espaço já delineado que demarca suas garantias processuais. essencial. De fato, dirigir veículos automotores é uma atividade que pode comprometer seriamente a vida e a integridade física de muitas pessoas, até que se torne hoje a principal causa de morte em um segmento etário da população espanhola. ; portanto, como em muitas outras atividades potencialmente perigosas, é perfeitamente justificável que os poderes públicos, que devem zelar pela vida dos cidadãos, em primeiro lugar, sujeitem o exercício dessa atividade ao cumprimento de exigências severas, sujeitando aqueles que desejam desenvolvê-lo para controles preventivos realizados pelas administrações públicas e as sanções, de acordo com a gravidade dos bens a serem protegidos, estejam vinculadas ao seu não cumprimento. A obrigação de se submeter a testes de álcool ou outras drogas entorpecentes, apesar das dúvidas que o teor literal do art. 380 C.P. tem o objetivo, então, de verificar se os motoristas cumprem os regulamentos policiais estabelecidos para garantir a segurança no trânsito. Essa submissão não apenas implica auto-incriminação em relação a um crime contra a segurança no trânsito, pelo que já foi exposto, mas constitui hoje no novo Código Penal o mandato típico de um crime específico de desobediência, com relação ao qual, a seu critério, Uma vez, ao contrário do que o Promotor sugere, não faz sentido declarar a recusa submetendo as evidências não como um crime per se, mas como um ato de auto-incriminação. (Sentença 161/1997)”. (tradução livre). In ESPANHA. **Tribunal Constitucional de España.** Sentencia n. 161/1997. Disponível em: <hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3426>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²³¹ *Artículo 21. Investigación de la alcoholemia. Personas obligadas.*

Todos los conductores de vehículos y de bicicletas quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación (artículo 12.2, párrafo primero, del texto articulado).

Los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico podrán someter a dichas pruebas:

a) A cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación.

b) A quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

c) A los conductores que sean denunciados por la comisión de alguna de las infracciones a las normas contenidas en este reglamento.

d) A los que, con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos al efecto por la autoridad o sus agentes dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia ordenados por dicha autoridad.

“Artigo 21. Investigação de bafômetro. Pessoas obrigadas.

Todos os condutores de veículos e bicicletas são obrigados a realizar os testes estabelecidos para a detecção de possíveis intoxicações por álcool. Os demais usuários da estrada também são obrigados quando estão envolvidos em um acidente de trânsito (artigo 12.2, primeiro parágrafo, do texto

Acerca de intervenções corporais em busca de provas em investigações criminais, o entendimento do Tribunal Constitucional espanhol é no sentido de que, apesar de tais intervenções evidentemente constituírem violações do direito à intimidade e integridade corporal – portanto, uma restrição de Direitos Fundamentais –, a questão é saber se determinada violação é legítima: se ela for proporcional (ponderação entre o sacrifício ao direito do acusado com a gravidade do fato e outros princípios que justifiquem o interesse estatal na investigação), determinada pela autoridade judicial de forma motivada, em investigação penal, respeitando-se a dignidade do investigado (não seja degradante e não importe em sofrimento ou risco à saúde), não há violação ilegítima a direito fundamental.²³²

articulado).

Os oficiais da autoridade encarregada da vigilância do tráfego podem submeter a esses testes:

- a) Qualquer usuário do motorista de estrada ou veículo diretamente envolvido como uma possível pessoa responsável por um acidente de trânsito.
- b) Aqueles que dirigem qualquer veículo com sintomas óbvios, manifestações que denotam ou fatos que razoavelmente presumem que o fazem sob a influência de bebidas alcoólicas.
- c) Aos motoristas denunciados por cometerem alguma das infrações às regras contidas neste regulamento.
- d) Aqueles que, ao dirigir um veículo, são obrigados a fazê-lo pela autoridade ou por seus agentes nos programas preventivos de controle de álcool solicitados por essa autoridade”. (tradução livre). *In* GOBIERNO DE ESPAÑA. **Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado**. Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rd/2003/11/21/1428>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²³² *El derecho fundamental aquí comprometido no ampara, ciertamente, la pretensión de intimidad del imputado o procesado frente a la resolución judicial que, en el caso de una investigación penal, disponga la obtención o identificación, sobre el propio cuerpo, de huellas del posible delito, ello sin perjuicio -según antes dijimos- del necesario respeto a la dignidad de la persona y de su intimidad frente a todo trato que, atendidas las circunstancias del caso, pudiera considerarse degradante (arts. 10.1 y 15 de la Constitución). Ni la intimidad puede, en supuestos tales, afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no pueda ser obtenida de otro modo, ni cabe desconocer, junto a ello, las facultades legales que, corresponden al Instructor, y que el Ministerio Fiscal recuerda, para ordenar, en el curso del sumario, la realización de exámenes periciales que, entre otros extremos, pueden versar sobre la «descripción de la persona (...), que sea objeto del mismo (del informe pericial), en el estado o del modo en que se halle (arts. 399 y 478 de la L.E.Crim.), habilitaciones legislativas éstas que no darían base legítima, por su carácter genérico e indeterminado a una actuación policial, pero que sí pueden prestar fundamento a la resolución judicial, aquí exigible, que disponga la afectación, cuando ello sea imprescindible, del ámbito de intimidad corporal del imputado o procesado. (Sentencia n. 37/1989).* O direito fundamental aqui cometido certamente não protege a reivindicação de privacidade do acusado ou processado antes da resolução judicial que, no caso de uma investigação criminal, preveja a obtenção ou identificação, no próprio corpo, de vestígios do possível crime, isso sem prejuízo - como dissemos antes - do respeito necessário à dignidade da pessoa e à sua privacidade diante de qualquer tratamento que, dadas as circunstâncias do caso, possa ser considerado degradante (artigos 10.1 e 15 da Constituição). Nem a intimidade pode, em tais casos, ser afirmada como um obstáculo intransponível diante da busca da verdade material que não pode ser obtida de nenhuma outra maneira, nem pode ser ignorado, juntamente com ela, os poderes legais que correspondem ao instrutor e que o O Ministério Público recorda, para ordenar, no decorrer do sumário, a realização de exames periciais que, entre outros extremos, possam ser sobre a "descrição da pessoa (...)" que é objeto da mesma (do relatório do

No aspecto penal, atualmente a embriaguez ao volante está prevista no artigo 379 do Código Penal espanhol, enquanto a desobediência decorrente da recusa em se submeter ao etilômetro é tipificada no artigo 383 do mesmo diploma.²³³

Curiosamente, a desobediência pela recusa é apenada de forma mais

perito), no estado ou na maneira em que é encontrado (arts. 399 e 478 do LECrim.), essas qualificações legislativas que não dariam uma base legítima, por seu caráter genérico e indeterminado, a uma ação policial, mas que podem basear-se em a resolução judicial, aqui exigida, que fornece a afetação, quando essencial, da área de privacidade corporal do acusado ou processado. (Sentença n. 37/1989). (tradução livre). In ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 37/1989, de 15 de febrero. Disponível em: <hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1243>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²³³ *Artículo 379*

1. *El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.*

2. *Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.*

[...]

Artículo 383

El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

“Artigo 379

1. Quem dirige um veículo motorizado ou ciclomotor a uma velocidade superior a sessenta quilômetros por hora em estradas urbanas ou oitenta quilômetros por hora em estradas interurbanas às permitidas por regulamento, deve ser punido com uma pena de prisão de três a seis meses ou com multa de seis a doze meses ou com trabalho em benefício da comunidade de trinta e um a noventa dias e, em qualquer caso, com a privação do direito de dirigir veículos motorizados e ciclomotores por mais de um e até quatro anos. 2. As mesmas penalidades serão impostas a uma pessoa que dirige um veículo motorizado ou ciclomotor sob a influência de drogas tóxicas, estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou bebidas alcoólicas. De qualquer forma, aqueles que dirigem com uma taxa de álcool no ar expirado maior que 0,60 miligramas por litro ou com uma taxa de álcool no sangue maior que 1,2 gramas por litro serão condenados com tais penalidades.

[...]

Artigo 383

O motorista que, exigido por um agente da autoridade, se recusar a submeter-se aos testes legalmente estabelecidos para verificar os níveis de álcool no sangue e a presença de drogas tóxicas, estupefacientes e substâncias psicotrópicas a que se refere os artigos anteriores, serão punidos com penas de prisão de seis meses a um ano e privação do direito de dirigir veículos motorizados e ciclomotores por um período superior a um e até quatro anos.” (tradução livre). In GOBIERNO DE ESPAÑA. **Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado**. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em 26 de abr. 2020.

grave que a própria embriaguez ao volante, o que não é novidade no ordenamento espanhol - quando assim ainda previa o artigo 380 do antigo Código Penal, o Tribunal Constitucional afirmou que tal fato não configurava violação ao princípio da Proporcionalidade.²³⁴

3.5 SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS²³⁵

Embora uma jurisprudência sobre o Direito ao Silêncio e o privilégio contra a autoincriminação venha sendo produzida na Europa por décadas, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)²³⁶ não contém disposições expressas sobre o *Nemo tenetur se detegere*.

O artigo 6º da Convenção protege de forma mais ampla o “direito a um julgamento equitativo”, e estipula alguns padrões mínimos de proteção, como o direito a um advogado de livre escolha, o direito de ser informado da acusação, disponibilidade de tempo e meios necessários para a preparação da sua defesa etc. A partir daí a Corte vem interpretando que o Direito ao Silêncio (diante de questionamentos policiais) e o Princípio da Não Autoincriminação “[...] são geralmente reconhecidos padrões internacionais que residem no centro da noção de um procedimento justo nos termos do artigo 6º” e que “[...] essas imunidades contribuem para evitar erros da justiça e para garantir os objetivos do artigo 6º”.²³⁷

²³⁴ [...] hemos de reiterar que la relación final que guarde la magnitud de los beneficios obtenidos por la norma penal y la magnitud de la pena es el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que sólo al legislador corresponde y que, por ende, en ningún caso se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado.” (Sentencia n. 161/1997). “[...] devemos reiterar que a relação final entre a magnitude dos benefícios obtidos pela norma penal e a magnitude da pena é fruto de uma complexa análise político-criminal e técnica à qual apenas o legislador corresponde e que, portanto, em nenhum caso é reduzido a uma proporção exata entre a desvalorização da sanção e a desvalorização do comportamento proibido, de acordo com uma escala hipotética precisa e predeterminada. (Sentença 161/1997)”. (tradução livre). In ESPANHA. **Tribunal Constitucional de España**. Sentencia 161/1997, de 2 de octubre. Disponível em: <hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3426>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²³⁵ Alguns trechos deste item foram retirados do *paper* intitulado “The European Court of Human Rights and the Privilege Against Self-Incrimination”, apresentado para a conclusão da disciplina “Teoria Jurídica e Transnacionalidade” no segundo semestre de 2018.

²³⁶ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Council of Europe. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²³⁷ HUDOC. **European Court of Human Rights**. JOHN MURRAY vs. REINO UNIDO, § 45 (tradução livre). Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57980%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57980%22]}>)>. Acesso

Funke vs. França²³⁸ foi um caso emblemático, especialmente por ter sido a primeira vez que em que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) reconheceu estar o privilégio contra a autoincriminação contido na Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Jean-Gustave Funke, um alemão que vivia na França com sua esposa francesa, foi visitado em 1980 por policiais franceses em uma investigação de sonegação fiscal iniciada na cidade de Metz. Depois de interrogar o Sr. Funke, eles efetuaram para uma busca – sem mandado judicial – na casa, e apreenderam documentos e outros objetos.

Embora os documentos apreendidos não resultassem em uma acusação criminal direta, os funcionários exigiram do Sr. Franke a apresentação de outros documentos relativos a contas no exterior, o que ele se recusou a fazer, e como resultado foi processado e multado no tribunal policial de Estrasburgo.

Depois de alguns anos questionando essa decisão nos tribunais franceses sem êxito, o Sr. Funke recorreu à Comissão Europeia de Direitos Humanos em fevereiro de 1984, levantando várias queixas por violações à Convenção - direito a um julgamento justo (artigo 6º, n. 1), princípio da presunção de inocência (artigo 6º, n. 2); prazo razoável (artigo 6º, n. 1), e a busca e apreensão efetuada havia infringido seu direito de respeito à vida privada e familiar, sua casa e sua correspondência (artigo 8º).

A Comissão só avaliou sua petição em outubro de 1988 - quando o Sr. Franke já estava morto -, mas todas as suas queixas foram julgadas improcedentes.

Apenas em 1992 o TEDH aceitou analisar o caso e, por fim, considerou que, embora a legislação francesa autorize a exigência de apresentação de documentos e a imposição de penalidades em caso de descumprimento, esses dispositivos poderiam justificar penalidades administrativas, mas não ações penais. Além disso, O TEDH afirmou que os documentos poderiam ter sido buscados pelo

em 26 de abr. 2020.

²³⁸ HUDOC. **European Court of Human Rights**. FUNKE vs. FRANÇA. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22%3A%22001-57809%22%7D%3E>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

Estado sem a necessária cooperação do investigado.

Diante disso, o TEDH declarou a ação penal nula por violação da garantia de vedação de autoincriminação.²³⁹

O caso John Murray vs. Reino Unido também enfrentou a questão sobre o Direito ao Silêncio, mas com especial preocupação com a possibilidade de se permitir inferências adversas do silêncio de um réu.

John Murray foi preso em 1990 na Irlanda do Norte, suspeito de envolvimento com atividades terroristas, e se recusou a responder perguntas sobre isso, mesmo depois de ser avisado, de acordo com o artigo 3º da Ordem de Provas Criminais de 1988 da Irlanda do Norte²⁴⁰, que tinha o direito de ficar calado, mas a perda desta oportunidade de mencionar qualquer fato que posteriormente venha a ser alegado em sua defesa pode ser considerada em seu prejuízo num eventual futuro julgamento.

Após atrasar o direito do Sr. Murray de se aconselhar com um advogado com base na “Lei de Provisões Emergenciais de 1987” (“Ato de 1987”)²⁴¹ – na verdade, apenas dois dias depois ele pôde conversar com seu advogado –, ele foi solicitado a dar uma explicação para sua presença na casa onde foi preso – na qual terroristas torturavam um traidor (informante da polícia) no momento da abordagem pelos policiais. Mesmo com a advertência de que a falta de uma explicação poderia fazer com que o juiz (ou júri) pudesse extrair inferências em seu desfavor, ele se recusou a responder qualquer pergunta.

No julgamento de 1991 perante o Lorde-Chefe de Justiça da Irlanda do Norte, novamente o Sr. Murray optou por não falar. Como parte da decisão, foram

²³⁹ Kai Ambos lembra caso parecido, no qual o TEDH diferenciou material probatório, que existe previamente e pode ser obtido independentemente do acusado (o TEDH, no § 68 do julgado, se refere e confirma o decidido em Saunders – analisado à frente –, que exemplifica tais materiais como urina, sangue etc.), daquele material que só se pode conseguir mediante coerção e em afronta à vontade da pessoa investigada. In AMBOS, Kai. **Principios del proceso penal europeo: Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos**. Trad. Ana Beltrán Montoliu e Guillermo Orce. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 35-36.

²⁴⁰ LEGISLATION. **The Criminal Evidence** (Northern Ireland) Order 1988. Disponível em: <www.legislation.gov.uk/nisi/1988/1987/made>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁴¹ LEGISLATION. **The Northern Ireland** (Emergency Provisions). Disponível em: <www.legislation.gov.uk/ukxi/1988/426/made>. Acesso em 26 de abr. 2020.

feitas inferências adversas contra o réu nos termos dos artigos 4º e 6º da Ordem de Provas Criminais. Murray foi considerado culpado como cúmplice do cárcere privado do informante e condenado a oito anos de prisão.

Depois de apelar ao Tribunal de Apelação na Irlanda do Norte e ter seu caso arquivado em 1992, o Sr. Murray peticionou à Comissão Europeia de Direitos Humanos em 1991.

O Sr. Murray alegou que foi privado do Direito ao Silêncio (artigo 6º, n.ºs. 1 e 2 da CEDH) e do direito à assistência por um advogado durante sua detenção (artigo 6º, n. 3 da CEDH).

A Comissão declarou o pedido admissível e, em seu relatório, apresentou o parecer de que não houve violação do artigo 6º, n.ºs. 1 e 2, e de que houve violação do artigo 6º, n. 1 em conjunto com o artigo 6º, n. 3.

Em seguida, o governo britânico recorreu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos alegando não ter ocorrido qualquer violação da Convenção.

Em relação às inferências extraídas de seu silêncio, a Corte deixou claro que o Direito ao Silêncio e o privilégio contra a autoincriminação são protegidos pelo artigo 6º da Convenção, como já mencionado em *Funke vs. França*. No entanto, o que estava em jogo era se tais imunidades eram absolutas ou não.

A partir desse ponto, foi estabelecido que uma condenação baseada exclusivamente no silêncio do acusado ou sua recusa em produzir provas é inadmissível. Por outro lado, a Corte considerou que tais imunidades não podem impedir que o silêncio do acusado, em situações que claramente requerem uma explicação, seja levado em conta na avaliação das provas apresentadas pela acusação. E acrescentou que não há "[...] qualquer proibição internacionalmente aceita sobre a extração de inferências de senso comum a partir do silêncio de um acusado, seja em julgamento ou pré-julgamento"²⁴², embora a presença implícita do Direito ao Silêncio e o privilégio contra a autoincriminação no artigo 6º da Convenção

²⁴² HUDOC. **European Court of Human Rights**. JOHN MURRAY vs. Reino Unido, § 43 (tradução livre). Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57980%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57980%22]})>. Acesso em 26 de abr. 2020.

seja indiscutível.

O TEDH afirmou que se as inferências extraídas do silêncio do réu violam (ou não) o artigo 6º isso deve ser determinado diante de todas as circunstâncias do caso, levando-se em conta nas situações em que as inferências podem ser “desenhadas” particularmente “[...] o peso dado a elas pelos tribunais nacionais em sua avaliação das provas e o grau de compulsão inerente à situação”.²⁴³

Para distinguir o caso de *Funke vs. França*, o Tribunal esclareceu que quando o acusado é avisado de que as inferências podem ser extraídas de sua falta de explicação para a polícia sobre sua presença na cena de um crime, dado o peso do caso apresentado ao Sr. Murray, apenas um pequeno grau de compulsão indireta estava envolvido, ao contrário de *Funke vs. França*, quando foi exigido diretamente que o acusado fornecesse evidências que poderiam ser usadas contra ele, sendo depois processado e condenado por se recusar a cooperar.

Na decisão é feita a ressalva de que somente se as provas contra o acusado “demandarem” uma explicação que o acusado deveria estar “em posição de dar” é que seu silêncio ou a falha em dar qualquer explicação razoável “[...] pode, por uma questão de bom senso, permitir a formulação de uma inferência de que não há explicação e de que o acusado é culpado”.²⁴⁴

Neste contexto, o Tribunal mencionou que as salvaguardas exigidas pela Ordem de Provas Criminais de 1988 da Irlanda do Norte foram respeitadas, e a formulação de inferências do silêncio do investigado e a falta de explicação para sua presença na casa onde foi preso era “uma questão de bom senso”, e nesse caso não deve ser considerada injusta ou irracional.

Além de confirmar mais uma vez a presença do direito de permanecer em silêncio e o privilégio contra a autoincriminação no sistema europeu de direitos

²⁴³ HUDOC. **European Court of Human Rights**. JOHN MURRAY vs. Reino Unido, § 43 (tradução livre). Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57980%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57980%22]})>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁴⁴ HUDOC. **European Court of Human Rights**. JOHN MURRAY vs. Reino Unido, § 43 (tradução livre). Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57980%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57980%22]})>. Acesso em 26 de abr. 2020.

humanos, em John Murray vs. Reino Unido, o TEDH esclareceu que eles não são absolutos.

O caso de Saunders vs. Reino Unido aprofundou-se na análise do uso de declarações extrajudiciais obtidas coercitivamente no processo penal.

Ernest Saunders foi investigado pelo Departamento de Comércio e Indústria ("DTI") por crimes societários em 1986. De acordo com a "Lei das Empresas" britânica de 1985, seções 435 e 436, um investigado que se recusa a responder perguntas pode ser considerado culpado de desacato ao tribunal (*contempt of court*) e ser punido com uma multa ou prisão por um período não superior a dois anos.

Assim, o Sr. Saunders foi interrogado pelos inspetores do DTI em nove ocasiões. Embora suas declarações não constituíssem uma confissão direta da prática de crimes, elas foram exaustivamente usadas pelos promotores para demonstrar inconsistências em seu depoimento judicial, especialmente mostrando que ele realmente tinha conhecimento de informações que "tendiam a incriminá-lo", minando sua credibilidade perante os jurados.

O Governo britânico argumentou que se o suspeito não tivesse confessado a prática de qualquer crime, então nada dito por ele seria autoincriminador – por isso, não houve violação do privilégio contra a autoincriminação. Sobre esse argumento, o Tribunal decidiu que o direito de não se incriminar não pode se limitar a declarações de admissão de irregularidades ou a comentários diretamente incriminadores. Afirmou-se, ainda, que testemunho aparentemente não incriminador obtido mediante compulsão – como comentários exculpatórios ou meras informações sobre questões de fato – pode mais tarde ser utilizado em processos criminais em apoio à tese da acusação, por exemplo, "[...] para contradizer ou lançar dúvidas sobre outras declarações do acusado ou provas apresentadas por ele durante o julgamento ou para minar sua credibilidade". E especialmente quando a credibilidade de um acusado deve ser avaliada por um júri – e não por um juiz togado –, o uso de tal testemunho pode ser especialmente prejudicial. Conclui o TEDH que essencial neste contexto é qual o uso dado para as

provas obtidas por compulsão no curso do julgamento criminal.²⁴⁵

Também ficou decidido que a complexidade da fraude perpetrada pelo requerente e o interesse público em sua investigação (e punição) não pode "justificar um afastamento tão marcante como o que ocorreu no presente caso de um dos princípios básicos de um procedimento justo".²⁴⁶

Como afirma Mark Berger, neste caso, o TEDH explicitou que o reconhecimento do Direito ao Silêncio "[...] fornece suporte para a presunção de inocência, forçando o Estado a produzir prova independentemente da culpa do réu, sem ser tentado a coagir o acusado a se autoincriminar".²⁴⁷

Apesar disso, em trecho sempre citado quando se refere ao seu entendimento sobre o alcance do *nemo tenetur*, o TEDH afirmou que o direito de não se incriminar refere-se principalmente ao respeito à vontade de uma pessoa acusada de permanecer em silêncio. Esse direito – a decisão refere ser este o entendimento das Partes Contratantes da Convenção “e de outros lugares” – não se estende ao uso em processos criminais de material “[...] que tenha uma existência independente da vontade do suspeito, tais como, entre outros, documentos obtidos mediante um mandado, respiração, amostras de sangue e urina e tecido corporal para fins de teste de DNA”.²⁴⁸

Posteriormente esse critério de diferenciação entre documentos obtidos por coerção contra o investigado daqueles previamente existentes, aos quais não se aplicaria o *nemo tenetur*, foi reafirmado em outros casos, dos quais se pode citar

²⁴⁵ HUDOC. **European Court of Human Rights**. SAUNDERS V. REINO UNIDO, § 71 (tradução livre). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58009&filename=001-58009.pdf>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁴⁶ HUDOC. **European Court of Human Rights**. SAUNDERS V. REINO UNIDO, § 71 (tradução livre). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58009&filename=001-58009.pdf>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁴⁷ BERGER, Mark, **Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of the Right to Silence** (September 29, 2009), p. 517. *European Human Rights Law Review*, p. 514, 2007. (tradução livre) Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1480161>> . Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁴⁸ HUDOC. **European Court of Human Rights**. SAUNDERS V. REINO UNIDO, § 71 (tradução livre). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58009&filename=001-58009.pdf>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

como exemplo *J.B. vs. Suíça*²⁴⁹, julgado em maio de 2001.

Por fim, a Diretiva UE 2016/343 de 9 de março de 2016 do Parlamento Europeu, que busca o “o reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal”, segue a linha do TEDH ao dispor que o exercício do direito de não se autoincriminar não deverá impedir as autoridades de coletar elementos de prova que existam independentemente da vontade do investigado ou acusado e exemplifica com “[...] os elementos recolhidos por força de um mandado, [...] as amostras de hálito, sangue e urina, bem como de tecido humano para efeitos de testes de DNA”.²⁵⁰

O fato de o privilégio não estar expressamente consagrado no texto da Convenção, se por um lado é lamentado por doutrinadores, por outro conferiu maior flexibilidade para a Corte estabelecer padrões para sua aplicação, não o limitando à redação de um artigo com maior densidade normativa.

3.6 BRASIL

Após a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal confrontou-se diversas vezes com casos envolvendo o Princípio da Não Autoincriminação.

Desde então, como se verá adiante, nossa Corte Suprema vem

²⁴⁹ § 68. *The Court notes that in its judgment of 7 July 1995 the Federal Court referred to various provisions in criminal law obliging a person to act in a particular way so as to enable the authorities to obtain his conviction, for instance the obligation to install a tachograph in lorries, or to submit to a blood or a urine test. In the Court's opinion, however, the present case does not involve material of this nature which, like that considered in Saunders, has an existence independent of the person concerned and is not, therefore, obtained by means of coercion and in defiance of the will of that person (see Saunders, cited above, pp. 2064-65, § 69).* “§ 68. A Corte observa que, em seu julgamento de 7 de julho de 1995, a Corte Federal se referiu a várias disposições de direito penal que obrigam uma pessoa a agir de maneira particular, a fim de permitir que as autoridades obtenham sua condenação, por exemplo, a obrigação de instalar um tacógrafo em caminhões, ou para submeter a um exame de sangue ou de urina. No entanto, na opinião do Tribunal, o presente caso não envolve material dessa natureza que, como o considerado em Saunders, tenha uma existência independente da pessoa em questão e, portanto, não seja obtido por meio de coerção e desafio à vontade. dessa pessoa (ver Saunders, citado acima, pp. 2064-65, § 69)”. (tradução livre). *In HUDOC. European Court of Human Rights*. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-59449%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59449%22]}>)>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁵⁰ Disponível em português *In JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2016*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0343&from=PT>> . Acesso em 26 de abr. 2020.

conferindo largo alcance ao *Nemo tenetur se detegere*, sem distinção entre declarações verbais ou evidências físicas, ou mesmo entre comportamentos passivos ou ativos – todas as posições jurídicas restringidas vêm sendo compreendidas como incluídas no âmbito de proteção do Princípio da Não Autoincriminação. Mais que isso, algumas vezes sequer se iniciou a análise da restrição levando-se em conta sua Proporcionalidade e a Teoria dos Princípios: qualquer limitação ao *Nemo tenetur se detegere* de pronto era repelida por violar a não autoincriminação, inclusive no que se refere ao crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e às formas de se comprovar a embriaguez.

Nos anos mais recentes essa tendência vem perdendo força, notando-se certa aproximação em alguns aspectos com as decisões das principais nações europeias e da Suprema Corte norte-americana.

3.6.1 Participação na Reconstituição do Crime

No HC 69.026/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 10/12/1991, o paciente foi notificado a comparecer à reprodução simulada do fato delituoso (art. 7º do CPP) e de fato compareceu, mas se recusou a dela participar. Seu advogado não foi intimado para o ato.

Em seu voto, que foi condutor, o ministro relator Celso de Mello afirmou que deve ser voluntária a participação do imputado em tal ato de produção de prova, e decidiu-se que a imposição de prisão cautelar por tal recusa caracteriza injusto constrangimento por violar o privilégio contra a autoincriminação.²⁵¹

²⁵¹ Da ementa do Acórdão: “O magistério doutrinário, atento ao princípio que concede a qualquer indiciado ou réu o privilégio contra a auto-incriminação, ressalta a circunstância de que é essencialmente voluntária a participação do imputado no ato provido de indiscutível eficácia probatória - concretizador da reprodução simulada do fato delituoso. [...] A análise das peças processuais evidencia que, na espécie, o réu, ora paciente, foi notificado a comparecer – como de fato compareceu – ao ato de reconstituição da cena delituosa. Embora presente, recusou-se a participar da reprodução simulada dos fatos, em comportamento plenamente compatível com as exigências do *due process of law*. Ao assim proceder, recusando-se a dar sua versão para os fatos (fls. 26), nada mais fez o paciente do que exercer, legitimamente, um direito inderrogável inerente à sua própria condição de imputado penal. É tão intenso o grau de proteção jurídica dispensada pelo ordenamento positivo brasileiro ao indiciado ou ao réu, no que concerne à sua facultativa participação no ato de reconstituição da cena delituosa, que o próprio Supremo Tribunal Federal, atento à cláusula institutiva do privilégio contra a auto-incriminação, reputou caracterizador do estado de injusto constrangimento a decretação da prisão preventiva do réu que se recusa a participar daquele

Assim sendo, o STF entendeu que compelir o acusado a participar do ato de reconstituição do crime caracterizaria constrangimento ilegal, por força do princípio contra a autoincriminação.

3.6.2 Fornecimento de Padrões para Exame Grafotécnico

No HC 77.135/SP²⁵², Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 8/9/1998, alegou-se constrangimento ilegal por o Tribunal de Justiça de São Paulo tê-lo recebido – em grau de recurso – denúncia por crime de desobediência (art. 330 do Código Penal) em decorrência da recusa do paciente em fornecer à autoridade policial padrões gráficos do próprio punho para realização de exame grafotécnico em Inquérito Policial que apurava suposto crime de falsificação de documento.

Segundo o entendimento da Corte, o investigado ou acusado não pode ser obrigado a fornecer padrões gráficos para a perícia, pois ela tem evidente caráter probatório e o ônus de produzir provas incriminadoras deve recair exclusivamente sobre a acusação por força do Princípio da Não Autoincriminação.

A *ratio* dessa decisão do STF é que, se um princípio constitucional garante aos investigados o direito de não produzir prova contra si, a lei processual penal infraconstitucional não pode ser interpretada de forma que à recusa de

procedimento probatório (RTJ 127/461)". BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 69.026/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 10/12/1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71409>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁵² O acórdão está assim ementado: "HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio nemo tenetur se detegere, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inc. IV do art. 174. Habeas corpus concedido". In BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 77.135-8 São Paulo. Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77123>. Acesso em 26 de abr. 2020.

fornecer padrões gráficos corresponda a prática de crime de desobediência.

3.6.3 Coleta de Material Biológico para Exame de DNA – Caso “Glória Trevi”

Trata-se de caso que atraiu a atenção da mídia internacional à época. No ano de 2002, a cantora mexicana Glória de Los Ángeles Treviño Ruiz, conhecida em seu país natal como “Glória Trevi”, encontrava-se detida na carceragem da Polícia Federal em Brasília aguardando o desfecho de seu processo de extradição perante o STF quando engravidou, o que afirmou ser o resultado de uma série de estupros por policiais federais brasileiros da qual teria sido vítima.

Ao dar à luz, ela recusou-se a dizer o nome do pai, assim como a fornecer material para exame de DNA.

A Justiça Federal determinou a coleta compulsória de material da placenta para exame de DNA, e os advogados da cantora levaram o caso ao STF por meio da Reclamação n. 2040/2002, relatada pelo Ministro Néri da Silveira.

Ao examiná-la, o STF julgou procedente a reclamação, posto que a reclamante encontrava-se à sua disposição no processo de extradição e, por maioria, avocou a matéria de fundo para autorizar a utilização da placenta da cantora para a realização de exame de DNA.

Em que pese não se tratar de caso diretamente ligado ao Princípio da Não Autoincriminação – posto que *in casu* quem se opôs a contribuir com a investigação foi a suposta vítima, que, diga-se, nunca representou por tal crime -, interessante se torna a análise dos fundamentos da decisão, na qual nossa Corte maior utilizou a técnica da ponderação de interesses.

Contrastado o direito fundamental à intimidade, à honra e à vida privada da cantora com o direito fundamental à honra dos policiais (e da própria instituição Polícia Federal) sobre os quais recaíam as suspeitas de estupro, bem como com bens jurídicos constitucionais como a “moralidade administrativa”, a “persecução penal” e a “segurança pública”, chamados pelo Ministro Relator de “bens da

comunidade”, em referência a Canotilho²⁵³, a Corte entendeu que os Direitos Fundamentais invocados pela reclamante poderiam ser restringidos, preponderando os demais.

Do voto do relator se extrai importante lição a respeito da ponderação de princípios, notando-se a expressa adoção da Teoria dos Princípios de Alexy, assim como o reconhecimento de que o bem jurídico segurança pública pode ser ponderado com Direitos Fundamentais.²⁵⁴

3.6.4 Fornecimento de Padrões de Voz

No HC 83.096-0/RJ²⁵⁵, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 18/11/2003, analisou-se a possibilidade de se obrigar o acusado a fornecer padrões vocais para perícia de confronto com voz capturada em interceptação telefônica legalmente autorizada. No caso, o paciente foi quem requereu a perícia, mas depois desistiu e questionou a decisão que determinou fosse ele submetido a exame.

A lógica da decisão foi a mesma do caso de fornecimento de padrões para exame grafotécnico: diante *do Nemo tenetur se detegere*, não há como se

²⁵³ Vide Capítulo 1, item 1.5.3 supra.

²⁵⁴ Sendo inviável neste caso concreto a contemporização do direito fundamental da intimidade com os bens jurídicos constitucionais em conflito, mediante a aplicação do princípio da concordância prática, que veda o sacrifício de um direito em detrimento do outro, urge que faça, como metódica de solução de conflitos, a ponderação, mediante um juízo de razoabilidade, entre os valores constitucionais conflitantes, fazendo um balanceamento, de modo a precisar, diante deste problema, qual dos princípios terá o maior peso para uma norma de decisão justa para o presente caso concreto. Para isso, teremos que imperativamente que restringir o âmbito de proteção de pelo menos um dos direitos colidentes, de maneira a concretizar de forma ótima estes bens constitucionais, que por terem natureza principal, são considerados, nas palavras de Alexy, verdadeiros ‘mandados de otimização’. [...] passemos a fazer a imperativa ponderação entre o direito fundamental de intimidade de Glória De Los Angeles Treviño Ruiz em não ver divulgada a identidade do pai de seu futuro filho e o interesse do Estado em prosseguir nas investigações, tutelando os bens constitucionais da moralidade administrativa, da segurança pública e da persecução penal. [...] sopesando o direitos à intimidade de Glória de Los Angeles Treviño Ruiz, que caprichosamente, recusa-se a identificar o pai do menor, com os bens jurídicos constitucionais em conflito, deverão prevalecer estes bens em detrimento daquele direito, que não é absoluto, pois numa hierarquia axiológica móvel, nas circunstâncias do caso concreto, a tutela dos interesses da comunidade em restringir o âmbito de proteção do seu direito à intimidade não importará em qualquer sacrifício à inviolabilidade corporal da genitora ou do menor.” (STF, RCL. 2040/2020). In BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação n. 2.040-1. Min. Néri da Silveira. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁵⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 83.069-0 Rio de Janeiro, Min. Ellen Grace. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79246>. Acesso em 26 de abr. 2020.

obrigar o investigado a fornecer padrões para perícia que ele entende possa lhe ser desfavorável.

3.6.5 Inferências Desfavoráveis por Recusa ao Exame de Dosagem Alcoólica

No HC 93.916-3/PA²⁵⁶, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10/6/2008, decidiu-se que da recusa do suspeito ou acusado em se submeter ao exame de dosagem alcoólica não se pode presumir sua embriaguez, posto que a Constituição da República impede que se extraiam conclusões desfavoráveis àquele que regularmente exerce seu direito de não produzir prova contra si mesmo (*Nemo tenetur se detegere*).

No caso, ainda assim a ordem acabou sendo denegada, pois havia outras provas que indicavam a embriaguez.

Registre-se que este caso por vezes é citado como um exemplo de que o STF já decidiu ser inconstitucional a obrigatoriedade de submissão ao etilômetro – como referido pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto vencido no RE 971.959/RS –, mas aqui se decidiu apenas ser inconstitucional a extração de inferências prejudiciais ao réu por sua recusa ao exame.

3.6.6 Interceptações Telefônicas

No HC 103.236/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/6/2010, os impetrantes questionaram a validade de provas obtidas por meio de interceptação telefônica devidamente autorizada judicialmente, sustentando sua ilegalidade por ofensa a diversos princípios constitucionais, dentre eles o Direito ao Silêncio.

O Relator, Min. Gilmar Mendes, defendeu em seu voto – que contou com a unânime concordância dos demais Ministros – que os Direitos Fundamentais postos como paradigma não possuem a amplitude que os impetrantes lhes tentaram emprestar. Ele cita Robert Alexy para afirmar que os Direitos Fundamentais atribuídos por normas constitucionais ligam-se aos fatos que regulam por uma

²⁵⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 93.916-3 Pará. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535925>. Acesso em 26 de abr. 2020.

relação de precisão (imediata) ou de referência (mediata) - e nem por uma, nem por outra, o princípio contra a autoincriminação ou o Direito ao Silêncio se relacionam com os pressupostos fáticos arguidos no *habeas corpus*.

Em resumo: tratar-se-ia de caso de não incidência, de carência da extensão pretendida, podendo-se afirmar que “[...] a possibilidade de não ver utilizada contra si prova produzida por escuta telefônica legalmente autorizada não decorre da norma de direito fundamental que atribui a todo cidadão o Direito ao Silêncio e o direito a não produzir provas contra si.”

Mais importante do que isso, ao menos para este estudo, é que, segundo o Relator Min. Gilmar Mendes, ainda que se entendesse tratar-se de incidência da norma do Direito ao Silêncio à hipótese, “[...] seria também o caso de se observar a clara restrição a este direito fundamental decorrente da colisão com o dever fundamental do Estado de investigar e de garantir a segurança pública”. Afinal, em nosso sistema não há direitos ou garantias com caráter absoluto.

E no caso em questão, a colisão entre princípios se resolve mais facilmente porque o próprio legislador constituinte previu no art. 5º, XII, a possibilidade de o sigilo das comunicações telefônicas ser restringido na “forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (cláusula de reserva qualificada), assim fornecendo o “[...] substrato constitucional para a ponderação levada a efeito pela Lei 9.296/96”.²⁵⁷

É lembrado que o próprio STF diversas vezes decidiu que princípios em colisão se restringem mutuamente, e tal ponderação pode ser resolvida por norma infraconstitucional, desde que respeitado o núcleo essencial dos direitos em choque. E é citado trecho da ementa do MS 23.452/RJ, de 1999, relatado pelo Min. Celso de Mello, no qual se afirma não haver no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias absolutos, até porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de “convivência das liberdades” possibilitam a excepcional adoção “[...] de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde

²⁵⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 103.236. Espírito Santo. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613901>. Acesso em 26 de abr. 2020.

que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.” Tais limitações se destinam, por um lado, a proteger a integridade do interesse social e, por outro, a garantir a coexistência harmoniosa das liberdades, pois “[...] nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros”.²⁵⁸

Verifica-se que no HC 103.236/ES a Corte adentra com mais profundidade do que o habitual a questão da colisão e ponderação entre Direitos Fundamentais. De se destacar a expressa menção pelo Ministro Relator ao “dever fundamental do Estado de investigar e de garantir a segurança pública”.

3.6.7 Atribuição de Falsa Identidade Perante a Autoridade Policial

No RE 640.139/DF²⁵⁹, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22/9/2011, foi discutido se a conduta do agente que se atribui falsa identidade perante a autoridade policial para ocultar maus antecedentes é típica (crime de falsa identidade, previsto no art. 307 do Código Penal) ou se está amparada pelo princípio da autodefesa.

Ao caso a Corte reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada, depois decidindo que o princípio constitucional da autodefesa, referido na decisão como constante do art. 5º, inciso LXIII, da CRFB (Direito ao Silêncio), não alcança a atribuição de falsa identidade perante autoridade policial (com o intento de ocultar maus antecedentes).

A fundamentação para a referência ao *Nemo tenetur se detegere* foi singela, limitando-se o acórdão a registrar que o direito de autodefesa estaria consagrado no art. 5º, LXIII, da CRFB, não comportando interpretação extensiva à conduta de atribuir-se falsa identidade - fez-se ainda menção a diversos precedentes da Corte nos quais assim também se decidiu.

²⁵⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança n. 23.452-1 Rio de Janeiro. Min. Celso de Mello. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁵⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Rpercussão Geral no Recurso xtraordinário 640.139, Distrito Federal. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628675>. Acesso em 26 de abr. 2020.

3.6.8 Conduções Coercitivas para Interrogatório

No julgamento conjunto das ADPFs 395 e 444²⁶⁰, relatadas pelo Min. Gilmar Mendes (j. 14/6/2018), a Corte decidiu pela não recepção da expressão “para o interrogatório” constante do art. 260 do CPP, e declarou a incompatibilidade com a Constituição da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório”.

Em síntese, entendeu a Corte, por maioria, que a condução coercitiva de investigados para interrogatório viola indevidamente diversos princípios constitucionais, na medida em que sua finalidade - acelerar as investigações - pode ser substituída por medidas menos gravosas. Mais que isso, sequer seria necessário avançar no sopesamento dos interesses conflitantes, uma vez que o “direito de ausência” – decorrente do Princípio da Não Autoincriminação – afasta por si só a possibilidade de condução coercitiva. Afinal, para que a condução coercitiva fosse legítima “[...] ela deveria destinar-se à prática de um ato ao qual a pessoa tem o dever de comparecer, ou ao menos que possa ser legitimamente obrigada a comparecer” - e são citados os artigos 367 e 457 do CPP, que consagram um direito subjetivo de não comparecer ao interrogatório. Exceções seriam as hipóteses em que a presença do acusado é imposta pela lei, como no caso do reconhecimento de pessoas, ou “quando houver dúvida sobre a identidade civil” do investigado, situação que autorizaria até sua prisão preventiva.

3.6.9 Crime de Fuga do Local do Acidente (Artigo 305 do CTB)

No julgamento do RE n. 971.959/RS²⁶¹ (com repercussão geral reconhecida), ocorrido em novembro de 2018 e relatado pelo Min. Luiz Fux, a Corte analisou a constitucionalidade do artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro

²⁶⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444 - Distrito Federal. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁶¹ Apesar de até a presente data o acórdão ainda não ter sido publicado, pelo informativo STF n. 923, e pelo vídeo com a íntegra da sessão de julgamento (disponível em no canal do STF no sítio eletrônico <https://www.youtube.com/watch?v=9zMMIlt4qk>) é possível se obter muitas informações relevantes acerca da visão da atual composição do STF sobre o *Nemo tenetur se detegere*.

(CTB).²⁶²

Inicialmente, verifica-se consolidada a tendência da nossa Corte maior em analisar o alcance do Princípio da Não Autoincriminação com base na Teoria dos Princípios de Alexy – expressamente citado pelo Ministro Relator. Ele argumenta, ainda, que a persecução penal, pela sua natureza, admite a relativização dos direitos (dever do poder público de promover uma repressão eficaz às condutas puníveis contraposto às esferas de liberdade e/ou intimidade de quem se encontra na posição de suspeito ou acusado).

O Ministro Relator afirmou em seu voto que a jurisprudência do STF historicamente adotava uma postura restrita quanto à admissibilidade de intervenções corporais, e faz referência a uma tendência de mudança da Corte, alinhada ao que se visualiza no cenário internacional – como exemplo, cita a Reclamação n. 2040/DF, do Min. Néri da Silveira, analisada no item 3.6.3 supra -, desde que se restrinja à cooperação passiva do sujeito investigado ou acusado – aparentemente acenando com a adoção do critério alemão - e não ofenda a dignidade humana.

De fato, tem razão o Ministro Luiz Fux quando afirma que o STF vem progressivamente mudando seu entendimento no que se refere às intervenções corporais, mas não procede a informação de que o critério delimitador do alcance do *Nemo tenetur se detegere* nos Estados Unidos da América e Espanha seria a cooperação passiva, como também faz crer seu voto – já se viu nos itens 3.1 e 3.4 deste capítulo que o critério adotado por esses países é o conteúdo declaratório (este abrangido pela proteção constitucional) ou físico da evidência.

Já o Min. Barroso, em seu voto, demonstrou visão distinta, ao afirmar que o núcleo essencial do Princípio da Não Autoincriminação seria o direito de permanecer em silêncio, revelando assim alguma aproximação com a jurisprudência anglo-saxônica.

²⁶² Art. 305. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa. *In* BRASIL. **Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro**. Portal da Legislação, Brasília, 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

Ressalte-se que, em aparte ao voto do Min. Barroso, o Min. Gilmar Mendes afirmou que o problema não seria o Estado intervir quando alguém foge do local do crime, a questão fundamental em análise seria se a resposta penal é necessária. E ele dá a entender que uma resposta administrativa seria admissível, mas não uma penal, devido ao caráter de *ultima ratio* do Direito Penal (violação da Proporcionalidade pela proibição de excesso) – isso sim esvaziaria inaceitavelmente o Princípio da Não Autoincriminação.

O Min. Gilmar Mendes demonstrou especial preocupação também com a possibilidade de o tipo em análise, se constitucional, estar restaurando a possibilidade de uma prisão civil por dívida, posto que penaliza aquele condutor que se afasta do local do acidente para fugir a eventual responsabilização (também) civil que lhe possa ser atribuída.

Em outra passagem do voto vencedor, mais uma vez foi abordada a temática da necessária ponderação de interesses, quando o Min. Relator afirmou que no exercício da ponderação ao caso, com a flexibilização *do Nemo tenetur se detegere*, possibilita-se a efetivação em maior medida de outros princípios fundamentais com os quais colide no plano concreto, sem acarretar violação à dignidade da pessoa humana. Ele sustentou que o princípio da Proporcionalidade, implicitamente consagrado no texto constitucional, propugna pela proteção dos Direitos Fundamentais não apenas contra os excessos estatais, mas igualmente contra uma proteção jurídica insuficiente da sociedade, de acordo com a teoria da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais.

O Min. Luiz Fux sustentou que eventual declaração de inconstitucionalidade da conduta tipificada no art. 305 do CTB em nome da observância “absoluta e irrestrita” do Princípio da Não Autoincriminação caracterizaria evidente afronta ao princípio constitucional da Proporcionalidade, na sua vertente da vedação de proteção deficiente, na medida em que a fragilização da tutela penal do Estado mediante a visualização de óbices à responsabilização penal pela conduta de fugir do local do acidente deixaria desprotegido o bem jurídico de tutela da administração da justiça, assim como indiretamente Direitos Fundamentais, principalmente a vida que se busca proteger por meio de proteção da segurança

viária. Ele afirma, ainda, que julgar inconstitucional o referido artigo significaria negar a vontade da casa do povo, o parlamento, que criminalizou tal conduta porque a Constituição promete, em nome do povo, uma sociedade justa e solidária.

Por fim, o Min. Fux afirmou que o direito do investigado de não realizar condutas ativas também comporta níveis de flexibilização, muito embora a regra geral seja a sua vedação. Isso contradiz passagens anteriores de seu voto – além do referido aceno ao critério alemão de que condutas passivas não se incluem no âmbito de proteção do *Nemo tenetur se detegere*, em outra passagem ele afirma que o núcleo irreduzível da garantia enquanto direito fundamental seria jamais obrigar o investigado ou acusado a agir ativamente na produção de prova contra si próprio.

O Min. Gilmar Mendes lembrou que o Princípio da Não Autoincriminação tem fundamento mais amplo do que o previsto no art. 5º, inciso LXIII, da CRFB (silêncio). Ele deriva de uma união de diversos enunciados constitucionais: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), devido processo legal (art. 5º, LIV), ampla defesa (art. 5º, LV) e presunção de inocência (art. 5º, LVII).

Afirmou o Min. Gilmar Mendes, ainda, que o fato de o condutor que permanece no local do acidente não ser obrigado a falar ou confessar não impede a caracterização da violação ao *Nemo tenetur se detegere*, e cita o exemplo das conduções coercitivas para interrogatório, em que também o conduzido pode permanecer calado, mas nem por isso deixou de ser reconhecida a indevida violação ao Princípio da Não Autoincriminação.

CAPÍTULO 4

A CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 165-A DA LEI N. 9.503/97 A PARTIR DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

4.1 A LEI N. 9.503/97 (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO)

O trânsito é conceituado por Arnaldo Rizzardo como a movimentação ou deslocamento de pessoas, animais e veículos de um local para outro²⁶³, enquanto a legislação brasileira o define como “a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga”.²⁶⁴

Anualmente, segundo a OMS, cerca de 1,35 milhão de pessoas perdem suas vidas em acidentes de trânsito, em sua maioria nos chamados países em desenvolvimento²⁶⁵ - mesmo com frotas de veículos muito inferiores às dos países mais ricos. Hoje a própria OMS reconhece que a meta de redução pela metade das mortes e lesões no trânsito até 2020, estipulada pela ONU nos seus “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável” (ODS), não será atingida.

Diante desse cenário, em 23 de setembro de 1997, a Lei n. 9.503 instituiu o Código de Trânsito Brasileiro (CTB)²⁶⁶, que entrou em vigor no ano seguinte, atribuindo normas de conduta, infrações e penalidades para os condutores. Em 1988, a Constituição já determinava competir privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte.

A doutrina esclarece que, ante a importância assumida pelo trânsito

²⁶³ RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 31.

²⁶⁴ Artigo 1º, § 1º. BRASIL. **Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Portal da Legislação, Brasília, 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁶⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global status report on road safety 2018**. Disponível em: <<https://www.who.int/publications-detail/global-status-report-on-road-safety-2018>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁶⁶ A primeira legislação que tratou da embriaguez ao volante no Brasil foi o decreto nº 18.323/1928. O texto determinava que os motoristas flagrados em estado de embriaguez na condução de veículos seriam multados em cem mil réis. Em 1941 surgiu o primeiro código de trânsito, seguido dos códigos de 1976 e 1997.

hodiernamente, emergiu um novo direito fundamental, qual seja, o direito ao trânsito seguro²⁶⁷, decorrência de outros princípios de Direitos Fundamentais, como os direitos à segurança, à vida, à saúde, à liberdade e à cidadania.²⁶⁸ Em contrapartida, surge para o Estado o dever de oferecer condições de segurança aos motoristas²⁶⁹ - assim como, nas palavras de Alexy, um “direito à vida” inclui o direito a que o Estado intervenha para proteger a vida, o “direito à segurança viária” exige que o Estado aja para proteger a segurança dos motoristas no trânsito (e indiretamente suas vidas) contra intervenções ilegais de terceiros.²⁷⁰

Estudos apontaram o impacto do Código de Trânsito Brasileiro nos acidentes de trânsito já no Carnaval de 1998: uma redução de 45% no número de acidentes em relação ao mesmo período do ano anterior.²⁷¹

De qualquer forma, mesmo com o endurecimento da legislação²⁷² e a significativa redução no número de acidentes e mortes no trânsito, em 2016 o Brasil ainda apresentava números expressivos²⁷³, ocupando a terceira colocação em números absolutos de mortes no trânsito por ano (38.651), atrás apenas de Índia e China – apesar de contar com uma frota cerca de cinco vezes maior que a brasileira, os Estados Unidos da América tiveram 35.092 mortes no mesmo período.

O pacote de medidas técnicas para a segurança no trânsito “Salvar

²⁶⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 34.

²⁶⁸ Aqui tomada em seu sentido amplo, como uma consciência cívica que revela o sentimento de pertencimento a uma coletividade e de solidariedade para com os seus demais integrantes.

²⁶⁹ Decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e seu efeito irradiante, vistos adiante.

²⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 195.

²⁷¹ BASTOS, Yara Gerber Lima; ANDRADE, Selma Maffei de; e CORDONI JUNIOR, Luiz. **Acidentes de trânsito e o novo Código de Trânsito Brasileiro em Cidade da Região Sul do Brasil**. *Inf. Epidemiol. Sus* [online]. 1999, vol.8, n.2, pp. 37-45. Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?pid=S0104-16731999000200005&script=sci_abstract>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁷² O número de acidentes e mortes no trânsito no Brasil, após uma escalada de 2007 até 2013, entrou em queda acentuada após as alterações legislativas promovidas em dezembro de 2012 (doravante analisadas) ampliarem as formas admitidas para se constatar o estado de embriaguez, até então limitadas ao exame de alcoolemia.

²⁷³ O Relatório *Global status report on road safety 2018*, da OMS, em sua versão completa (página 35) menciona a melhora nas estatísticas no Brasil com as alterações na “Lei Seca” em 2012 (adiante estudadas), mas faz a expressa ressalva de que o direito de recusa ao teste do etilômetro é uma barreira à sua aplicação. In WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global status report on road safety 2018**. Disponível em: <<https://www.who.int/publications-detail/global-status-report-on-road-safety-2018>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

Vidas”²⁷⁴, elaborado em 2018 pela OMS em parceria com a OPAS (Organização Pan-Americana da Saúde) também ressalta a necessidade de maior fiscalização do cumprimento das leis de trânsito, com a aplicação das “penalidades apropriadas para dissuadir os condutores e outros usuários das vias de cometer infrações de trânsito ou de tornar a cometê-las, bem como para aumentar o potencial das leis para salvar vidas”.²⁷⁵ O estudo ainda afirma haver evidências de que o controle aleatório do consumo de álcool, com um protocolo definido para sua execução, bem como a chamada “fiscalização primária” (na qual condutores podem ser parados, submetidos à fiscalização e eventualmente punidos por qualquer infração de trânsito, independentemente de previamente haverem cometido outra infração) comprovadamente dissuadiram comportamentos ilegais por parte dos usuários das vias.

4.2 EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Não se pretende aqui estudar a fundo todos os aspectos do crime de embriaguez ao volante, hoje previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro²⁷⁶, uma vez que o objeto do estudo é a aferição da conformidade constitucional – em especial seu confronto com o Princípio da Não Autoincriminação – da infração administrativa que pune com multa a recusa ao exame de alcoolemia. Inegável, entretanto, a relação entre o crime e a infração administrativa: a uma, porque a prova eventualmente obtida daquele condutor que se sente obrigado a soprar o etilômetro (para não ser multado pela recusa) será aproveitada na persecução penal; a duas, porque em tese o Estado não poderia punir, ainda que administrativamente, o condutor pelo exercício regular de um direito (de não produzir prova contra si mesmo). Por isso se faz necessário estudar a evolução legislativa do

²⁷⁴ SALVAR VIDAS. **Pacote de medidas técnicas para a segurança no trânsito**. Brasília, DF: Organização Pan-Americana da Saúde; 2018. Licença: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. Disponível em: <<https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/34980/9789275320013-por.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁷⁵ SALVAR VIDAS. **Pacote de medidas técnicas para a segurança no trânsito**. Brasília, DF: Organização Pan-Americana da Saúde; 2018. Licença: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. Disponível em: <<https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/34980/9789275320013-por.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁷⁶ Anteriormente, a embriaguez ao volante era prevista como Contravenção Penal pelo art. 34 do Decreto-Lei n.3.688/41, derogado pelo CTB, remanescendo apenas a parte que se refere à pilotagem perigosa de embarcações em águas públicas.

tipo penal, com reflexo direto no próprio surgimento do art. 165-A do CTB.

Desde 1997, inúmeras reformas legislativas em relação à embriaguez se sucederam. Originalmente, o crime de embriaguez era tipificado como a simples conduta de “conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

Como se verifica, o preceito primário do tipo penal não estipulava uma concentração mínima de álcool no sangue ou definia como poderia se aferir a influência de álcool. E mais: era exigida a exposição da incolumidade de outrem a dano potencial – ou seja, tratava-se de crime de perigo concreto.

Quando o condutor aceitava submeter-se ao teste de alcoolemia, normalmente pelo etilômetro, utilizava-se como parâmetro os valores indicados na correspondente infração administrativa, prevista no art. 165 (nível superior a seis decigramas por litro de sangue), e no art. 276, ambos do CTB.

Em 2006, a Lei n. 11.275 alterou a redação do art. 165, que então não mais definiu uma concentração mínima, bastando que o condutor dirigisse “sob a influência de álcool” – aqui, ao contrário do crime previsto no art. 306, não se exigia exposição da incolumidade a “dano potencial”²⁷⁷. De qualquer forma, continuou-se usando valores de concentração de álcool do art. 276 como referência para os casos em que os condutores aceitavam soprar o etilômetro (seis decigramas por litro de sangue ou 0,3mg por litro de ar expelido dos pulmões, equivalência definida sucessivamente pelas Resoluções n^{os} 52/1998, 81/1998 e 206/2006 do CONTRAN).

Em 2008, buscando reprimir com mais vigor o hábito de se beber e dirigir, surgiu a chamada “Lei Seca”, Lei n. 11.705, que alterou a redação do art. 306 do CTB para torná-lo de perigo abstrato (não mais se exigindo o “dano potencial a incolumidade de outrem”) e prevendo como elemento do tipo a concentração de seis

²⁷⁷ Portanto, a partir de então se tratava de infração de trânsito de perigo abstrato. Como dito acima, o presente trabalho não pretende se aprofundar em questões eminentemente penais (ou penais constitucionais), como a controvérsia acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato – até porque a nossa própria Constituição da República prevê a hediondez do crime de tráfico de entorpecentes, exemplo clássico de crime de perigo abstrato.

decigramas de álcool por litro de sangue.²⁷⁸

A mesma lei alterou a redação do art. 277 para determinar que qualquer concentração de álcool por litro de sangue configurará a infração de trânsito do art. 165, a chamada “tolerância zero” na esfera administrativa. E ainda criou um §3º, segundo o qual são “[...] aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo”. Pela primeira vez, a recusa ao teste de alcoolemia passa a ensejar expressa punição.

Esse foi o dispositivo originalmente apontado como inconstitucional por alegada violação ao Princípio da Não Autoincriminação (*Nemo tenetur se detegere*) na ADI 4103, ajuizada em 2008 e ainda em tramitação no STF, sob a relatoria do Min. Luiz Fux.

O resultado não foi exatamente o que o legislador pretendeu. Houve intenso debate na doutrina e jurisprudência sobre se apenas a prova pericial poderia dar a certeza sobre a materialidade delitiva, especialmente diante do direito do condutor de não produzir prova contra si mesmo, como reconhecido pelos tribunais à época. A discussão durou até que em 2012 o Superior Tribunal de Justiça unificou o entendimento da Corte no sentido de que a prova da materialidade do delito só poderia ser obtida pelo exame pericial, qual seja, o de alcoolemia.²⁷⁹

²⁷⁸ Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. *In* BRASIL. **Lei nº 11.705**, de 19 de junho de 2008. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁷⁹PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO PENAL. EXAME PERICIAL. PROVA QUE SÓ PODE SER REALIZADA POR MEIOS TÉCNICOS ADEQUADOS. DECRETO REGULAMENTADOR QUE PREVÊ EXPRESSAMENTE A METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo*

À época, tal decisão fulminou a eficácia²⁸⁰ do tipo penal, posto que bastava ao condutor negar-se ao exame de alcoolemia para evitar qualquer possibilidade de responsabilização criminal. Por isso, ainda no ano de 2012, às pressas, foi aprovada a Lei n. 12.760.

Com a nova lei, passou constar da redação do preceito primário do artigo 306 simplesmente conduzir veículo automotor “[...] com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que

tenetur se detegere). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal.

2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei.

3. O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue.

4. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional.

5. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro.

6. Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz, a de legislar.

7. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático.

Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente.

8. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

9. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1111566/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/ Acórdão Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 04/09/2012). In BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Revista Eletrônica da Jurisprudência. REsp 1111566 (2009/0025086-2 - 04/09/2012) (inteiro teor). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900250862&dt_publicacao=04/09/2012>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁸⁰ Aqui tomada como eficácia social da norma, ao se avaliar a norma e o resultado por ela alcançado, conceito próximo ao de efetividade.

determine dependência”.²⁸¹

A mesma lei promoveu alterações nos artigos 165 (inclusive dobrando o valor da multa), 276 e 277 do CTB, mas na seara criminal merece destaque a eliminação dos elementos do tipo “via pública” e “com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas”, este último agora integrado ao §1º, I, como um dos meios de prova aptos a demonstrar a “alteração da capacidade psicomotora” (elemento normativo do tipo), ao lado de diversos outros²⁸² – medida legislativa claramente tomada com o intuito de vencer a “barreira” da recusa ao exame de alcoolemia.

Por fim, em 2016 a Lei n. 13.281 criou a infração de trânsito específica para os casos de recusa à submissão a qualquer tipo de exame de alcoolemia, o art. 165-A, assim como deu nova redação ao §3º do art. 277, ambos do CTB, que agora passa a fazer direta referência ao novo art. 165-A, não mais prevendo a aplicação “emprestada” das penalidades da infração de embriaguez (art. 165 do CTB) para os condutores que se recusarem a se submeter ao procedimento de verificação da influência do álcool previstos no seu *caput*.

4.3 A INFRAÇÃO DE TRÂNSITO DO ART. 165-A DO CTB

Como referido acima, até o ano de 2016 não havia uma infração de

²⁸¹ Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. *In* BRASIL. **Lei n. 12.760 de 20 de dezembro de 2012**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁸² Essa prova pode ser feita mediante a indicação de quaisquer sinais externos de alteração da capacidade motora, definidos no Anexo II da Resolução 432/2013 do Contran, dos quais são exemplos a sonolência, olhos vermelhos, vômitos, soluços, desordens nas vestes, odor etílico, agressividade, arrogância, exaltação, falta de orientação de tempo e lugar, dificuldade de equilíbrio, fala alterada, dentre outros. Tais sinais poderão ser avaliados, sem qualquer rigor científico, pelo agente de trânsito.

trânsito específica para punir aquele condutor que se recusasse a se submeter ao exame de alcoolemia. A primeira tentativa legislativa de fazê-lo foi por meio da inserção do §3º no art. 277 do CTB, cujo *caput* já previa o procedimento de submissão a exames que certifiquem a influência de álcool (ou outra substância psicoativa) daqueles condutores envolvidos em acidentes de trânsito ou que fossem alvo de fiscalização de trânsito.

Como dito, por não haver no capítulo referente às “infrações” de trânsito (Capítulo XV) nenhuma consistente na recusa ao exame, apenas se prevendo no Capítulo XVII, que versa sobre as medidas administrativas, a aplicação das penalidades da infração do art. 165 (embriaguez propriamente dita) a quem se recusasse ao exame, surgiu intensa discussão sobre a legalidade dessa “nova” infração – e ali já também nasceu o debate sobre sua suposta inconstitucionalidade por possível violação ao Princípio da Não Autoincriminação, uma das causas de pedir da ADI 4103.

Apesar de o STJ ter posteriormente decidido pela validade das autuações baseadas no art. 277, §3º c/c art. 165 do CTB²⁸³, o legislador se antecipou e, para eliminar qualquer dúvida sobre a existência de infração consistente na recusa ao teste do etilômetro, por meio da Lei n. 13.281/16 inseriu o art. 165-A no devido capítulo das infrações, dispondo o referido dispositivo tratar-se de infração gravíssima recusar-se a realizar o teste de alcoolemia (ou que certifique a influência de outra substância psicoativa), punindo o condutor que o fizesse com multa e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses, e determinando como medidas administrativas o recolhimento do documento de habilitação e a retenção do veículo.²⁸⁴

²⁸³ REsp 1.677.380/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 10/10/2017, cuja ementa é adiante transcrita no item 4.5.1.

²⁸⁴ Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277

Infração – gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de

Além disso, foi efetuada a correspondente alteração no §3º do art. 277, para se fazer referência ao novo art. 165-A, e não mais ao art. 165.

Trata-se de infração de natureza administrativa, de mera conduta – basta a recusa ao exame –, com previsão de sanções (penalidades) e medidas administrativas²⁸⁵ idênticas às da infração do art. 165 do CTB (dirigir sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa), o que deixa evidente a intenção do legislador de desestimular a recusa pelos condutores ao teste do etilômetro.

Trata-se também de medida legislativa alinhada aos compromissos assumidos internacionalmente (ONU e OMS) pelo Brasil, como o “Projeto Vida no Trânsito”²⁸⁶, que tem como foco principal a intervenção nos dois principais fatores de risco no país, a direção após o consumo de bebida alcoólica e o excesso de velocidade.

4.4 DA POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO AO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Não há dúvidas na doutrina e jurisprudência pátrias de que o Princípio da Não Autoincriminação tem a natureza de Direito Fundamental, como visto no Capítulo 2. Ele é uma norma de Direito Fundamental atribuída – na terminologia de Alexy - pela conjugação de diversas outras normas de Direitos Fundamentais diretamente estabelecidas na Constituição, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), devido processo legal (art. 5º, LIV), ampla defesa (art. 5º, LV), presunção de inocência (art. 5º, LVII) e – mas não apenas, como se viu – o Direito ao Silêncio (art. 5º, LXIII), sua mais conhecida expressão.

Tratando-se de princípio de Direito Fundamental, releva lembrar que –

até 12 (doze) meses.

In BRASIL. **Lei n. 13.281**, de 4 de maio de 2016. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13281.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁸⁵ A doutrina distingue sanções de polícia, como as penalidades do CTB, e medidas de polícia, como as medidas administrativas do CTB. Ambas são decorrentes da atividade repressiva decorrente do poder de polícia, mas as primeiras “espelham uma punição efetivamente aplicada à pessoa que houver infringido a norma administrativa, ao passo que medidas são as providências administrativas que, embora não representando punição direta, decorrem do cometimento de infração ou do risco em que esta seja praticada.” In CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 101.

²⁸⁶ BRASIL. **Ministério da Saúde**. Projeto Vida no Trânsito. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/acidentes-e-violencias/41896-projeto-vida-no-transito>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

como já afirmado no Capítulo 1 – predomina amplamente²⁸⁷ no Brasil e no exterior o entendimento de que não há Direitos Fundamentais absolutos, sendo todos eles sujeitos a restrições. Dessa forma nosso Supremo Tribunal Federal já decidiu inúmeras vezes – uma das mais recentes, sobre o próprio Princípio da Não Autoincriminação e sua colisão com a norma prevista no art. 305 do CTB²⁸⁸, como visto no Capítulo 3.

É da própria natureza dos princípios, como mandamentos de otimização que são, deverem ser realizados “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” – e o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras em conflito.²⁸⁹

Por isso mesmo, Alexy afirma que até a dignidade humana, prevista como direito inviolável na Lei Fundamental alemã (art. 1º, §1º, I), pode sofrer restrições, na medida em que, na verdade, a norma dignidade humana se desdobra em um princípio e uma regra, consistente esta última na relação de preferência (praticamente inafastável) do princípio da dignidade humana em face de outros

²⁸⁷ Não se desconhece aqui haver vozes, como a de Aharon Barak, no sentido de que há alguns (poucos) direitos absolutos. O renomado jurista israelense afirma: “*Modern constitutional law made several – albeit rare – exceptions to the partial protection rule, by recognizing a number of constitutional rights as absolute. These rights cannot be limited. The extent of their protection or realization is equal to their scope as their limitation cannot be justified.*” “O direito constitucional moderno fez várias - embora raras - exceções à regra de proteção parcial, ao reconhecer vários direitos constitucionais como absolutos. Esses direitos não podem ser limitados. A extensão de sua proteção ou realização é igual ao seu escopo, pois sua limitação não pode ser justificada”. (tradução livre). In BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations** (Cambridge Studies in Constitutional Law Book 2 - English Edition). Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 27.

²⁸⁸ O inteiro teor do acórdão ainda foi publicado. No sítio eletrônico do STF é possível acessar apenas: “Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 907 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “A regra que prevê o crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) é constitucional, posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e ressalvadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade”, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello, que votaram contrariamente à tese. Não participou, justificadamente, da votação da tese, o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, a Ministra Rosa Weber. Plenário, Sessão Ordinária, 14.11.2018.” In BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 971959, Rio Grande do Sul, Min. Luiz Fux. Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4985877>. Acesso em 26 de abr. 2020.

²⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

princípios. Inviolável seria tal regra, e não o princípio.²⁹⁰

Ao contrário da Constituição portuguesa, que prevê disciplina específica para as restrições de “direitos, liberdades e garantias” por normas infraconstitucionais²⁹¹, no Brasil há de se recorrer à doutrina e jurisprudência, que majoritariamente adota a Teoria dos Princípios de Alexy, estudada no Capítulo 1.

Dito isso, o que importa é observar se a norma que eventualmente restrinja o Princípio da Não Autoincriminação tem respaldo constitucional – seja ela um direito fundamental de terceiro ou interesse coletivo de mesma hierarquia –, e se ela é adequada, necessária e proporcional *stricto sensu*.

4.5 DA RESTRIÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO PELO ART.165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

O Código de Trânsito Brasileiro contém diversas normas de direito administrativo – e outras tantas de Direito Penal – que se referem ao regular exercício do direito de conduzir veículos automotores, obtido a partir da concessão de uma licença pelo Estado. Para obter essa licença, o cidadão interessado deve cumprir determinados requisitos legais, como os pressupostos iniciais constantes do artigo 140 do CTB (ser penalmente imputável; saber ler e escrever; possuir Carteira de identidade ou equivalente), e se submeter ao procedimento previsto na legislação, na qual está prevista também a necessidade de aprovação em exame escrito sobre a legislação de trânsito (art. 147 do CTB).

A norma contida no art. 165-A do CTB busca persuadir os condutores a aceitarem se submeter aos exames de alcoolemia, e mediatamente fazer com que

²⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111-114.

²⁹¹ Artigo 18.º Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. *In* PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa** – Parlamento. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

as pessoas deixem de ingerir bebidas alcoólicas e dirigir, por saberem que eventual recusa ao teste do etilômetro lhes renderá sanções. Também tem o intuito de retirar de circulação (medidas de “recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo”) condutores embriagados que, com tal conduta, coloquem em risco a coletividade.

Assim como nas *implied consent laws* norte-americanas, o motorista brasileiro tem prévio conhecimento de que não pode conduzir seu veículo após a ingestão de álcool, e de que, se for alvo de fiscalização por agentes de trânsito, o procedimento normal será sua submissão a teste que possa certificar a influência de álcool, nos termos do art. 277 do CTB – ainda que sua redação tenha sido alterada ao longo dos anos, a essência do artigo não mudou significativamente. Assim é porque, indiscutivelmente, o trânsito de veículos automotores é atividade perigosa, que demanda alto grau de responsabilidade, consciência e respeito ao próximo por parte dos condutores.

4.5.1 Do Âmbito de Proteção do Princípio da não Autoincriminação

Primeiramente, há que se questionar se o âmbito de proteção²⁹² do Princípio da Não Autoincriminação abarca a norma em debate, tarefa especialmente árdua pela ausência de previsão expressa na Constituição²⁹³ de tal princípio, sendo ele, como afirmado acima, um direito fundamental atribuído por diversas outras normas de direito fundamental presentes no texto constitucional.

Da análise da jurisprudência estrangeira no Capítulo 3 deste trabalho percebe-se que em todos os países estudados se adota uma concepção mais restrita do suporte fático²⁹⁴ do direito fundamental de não se autoincriminar. Como

²⁹² Âmbito de proteção de um direito fundamental pode ser definido como “[...] os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica (v.g., reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental”. In MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 240.

²⁹³ A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 da OEA (“Pacto De San José Da Costa Rica”) muitas vezes é lembrada como fonte de um Princípio da Não Autoincriminação mais amplo, mas a rigor a redação de seu art. 2º, “g”, se assemelha à da nossa Constituição: “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

²⁹⁴ Paulo Mário Canabarro Trois Neto utiliza a nomenclatura “teoria ampla do tipo normativo”, no lugar de “teoria ampla do suporte fático”, utilizada por Alexy In TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro.

aqui, nesses países não há a consagração expressa no texto constitucional de um amplo *Nemo tenetur se detegere*.

Nos Estados Unidos da América, Espanha e Portugal²⁹⁵ entende-se que o Princípio da Não Autoincriminação só se refere a declarações de natureza comunicativa²⁹⁶, o que coloca todas as modalidades de exames de alcoolemia – um tipo de perícia, portanto sem qualquer conteúdo declaratório (ao menos no sentido empregado pela jurisprudência nos países mencionados para “declarações”) – fora do âmbito de proteção do Princípio da Não Autoincriminação.

Resta nesses países, como visto nos precedentes abordados ao longo do Capítulo 3, o cotejo das leis que preveem a recusa ao exame de alcoolemia como infração de trânsito ou crime autônomo com outros princípios constitucionais, tais como o direito à intimidade, integridade corporal, ampla defesa, presunção de inocência, dignidade humana etc.

A mesma conclusão decorre do raciocínio empregado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que de forma muito similar entende fora do alcance do *Nemo tenetur se detegere* o uso em ações penais de “material que possa ser obtido do acusado através do uso de poderes obrigatórios, mas que tenha uma existência independente da vontade do suspeito”.²⁹⁷

Também na Alemanha o suporte fático do direito fundamental de não se incriminar é entendido de forma mais restrita do que no Brasil, aplicando-se apenas

Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37-41.

²⁹⁵ Vide STC 191/1997, citado no Capítulo 3.

²⁹⁶ Na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, “*testimonial or communicative nature*” (Missouri v. McNeely, 2013). Na portuguesa, “[...] essa colheita não constitui nenhuma declaração, pelo que não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado. Constitui, ao invés, a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto-incriminação” (Acórdão 155/2007). Na Espanhola: [...] declaración que exteriorice un contenido de voluntad o conocimiento, admitiendo su culpabilidad (Sentencia n. 107/1985). “[...] afirmação que externaliza um conteúdo de vontade ou conhecimento, admitindo culpa” (Sentença nº 107/1985)”. (tradução livre). Todos esses precedentes, dentre outros, são referidos ao longo do Capítulo 3.

²⁹⁷ Citado no Capítulo 3, item 3.5, *In HUDOC. European Court of Human Rights. SAUNDERS V. REINO UNIDO*, § 71 (tradução livre). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58009&filename=001-58009.pdf>> Acesso em 26 de abr. 2020.

tal princípio para a vedação de condutas de “colaboração ativa”. Curiosamente, por lá a punição pela recusa de se soprar o etilômetro violaria o Princípio da Não Autoincriminação (obrigação de colaboração ativa), ao contrário da recusa em fornecer sangue ou outro tecido para exame (dever de tolerância passiva, em que o investigado ou acusado é, além de sujeito de direitos, também fonte de prova), que estaria fora de seu âmbito de proteção.

O resultado, como visto, coloca como válida na Alemanha uma intervenção (coleta forçada de sangue) que restringe de maneira muito mais violenta outros princípios de Direito Fundamental, como a privacidade e a integridade corporal, do que a obrigatoriedade de se submeter ao teste do etilômetro, intervenção considerada inconstitucional. Sem mencionar que muitas vezes é difícil diferenciar uma colaboração passiva de uma ativa do ponto de vista fenotípico.

Dessa forma, percebe-se que, como se verá adiante em maior profundidade, a questão do grau (maior ou menor) de colaboração do investigado ou acusado – independentemente se de natureza declaratória ou evidência física, ou se de colaboração ativa ou passiva – melhor se situaria no momento de análise da Proporcionalidade *stricto sensu* da restrição ao princípio de Direito Fundamental.

Por isso, entende-se que a adoção de um conceito mais amplo do suporte fático do Direito Fundamental de não autoincriminação, como feito em geral no Brasil²⁹⁸, torna mais clara a distinção entre a proteção *prima facie* e a proteção definitiva desse direito²⁹⁹, e faz com que sua realização e eventuais restrições se deem de maneira muito mais transparente e controlável³⁰⁰ do que se, de antemão, já

²⁹⁸ Essa é também a opção de Alexy, cuja “Teoria dos Princípios” é aqui adotada. In ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 321-332.

²⁹⁹ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 41.

³⁰⁰ Nas palavras de Alexy: “[...] um cidadão que não se interesse pelas pelo resultado, mas também por sua construção e sua fundamentação, considerará mais honesto e convincente se a não-garantia de uma proteção no âmbito dos direitos fundamentais for fundamentada com base na existência de direitos fundamentais de outras pessoas ou interesses comunitários constitucionalmente protegidos que se contrapõem ao seu direito que por meio do argumento segundo o qual sua conduta ou não é materialmente específica, ou é abarcada por uma lei geral, ou é de alguma forma excluída de antemão da proteção constitucional, por não fazer parte do âmbito de proteção do direito fundamental.” In ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 325-326.

se excluir do âmbito de proteção do princípio³⁰¹ determinados tipos de condutas, seja por serem “colaborações passivas”, seja por não possuírem “conteúdo declaratório”.

Ao definir que “qualquer forma de produzir prova contra si mesmo” está no “escopo da proteção” do amálgama formado pelo Direito ao Silêncio, presunção de inocência, ampla defesa, devido processo legal e dignidade da pessoa humana, o STF faz com que seu suporte fático possa ir além do conteúdo literal do texto constitucional.³⁰²

Passa-se à análise de outros argumentos para a possível não incidência do Princípio da Não Autoincriminação ante o art. 165-A do CTB.

O STJ, no REsp 1.677.380/RS³⁰³, julgado em 2017, Relator Ministro

³⁰¹ Aqui, para demonstrar o quão imprecisa pode ser essa decisão a respeito do que integra ou não o âmbito de proteção (*scope*) do princípio, basta lembrar que a origem histórica do *nemo tenetur se detegere* no *common law* norte-americano, qual seja, a proteção contra confissões forçadas e o cruel “trilema”, é usada por diversos autores e referida em precedentes para justificar a limitação do âmbito de proteção do princípio às declarações de natureza comunicativa. No entanto, como também visto acima, no primeiro *Bill of Rights*, do estado da Virgínia, a previsão era de que ninguém pode ser “obrigado a fornecer prova contra si mesmo”, portanto muito mais ampla, o que se repetiu em outros sete estados (Pensilvânia, Delaware, Maryland, North Carolina, Vermont, Massachusetts e New Hampshire). Além disso, na própria Suprema Corte já foi lembrado em voto dissidente do Justice Thomas, com a adesão do Justice Scalia, em *United States v. Hubbell* (vide Capítulo 3) que o “significado original” do princípio consagrado na 5ª Emenda tem maior amplitude do que meros atos de “natureza comunicativa ou testemunhal”, e que a *common law* no século XVIII já oferecida proteção contra a exibição forçada de evidências físicas incriminatórias, como papéis e documentos – e cita diversos precedentes da era colonial.

³⁰² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.134.

³⁰³ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. TAXISTA. TESTE DE ALCOOLEMIA, ETILÔMETRO OU BAFÔMETRO. RECUSA EM SE SUBMETER AO EXAME. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. ART. 277, §3º C/C ART. 165 DO CTB. AUTONOMIA DAS INFRAÇÕES. IDENTIDADE DE PENAS. DESNECESSIDADE DE PROVA DA EMBRIAGUEZ. INFRAÇÃO DE MERA CONDUTA. DEVER INSTRUMENTAL DE FAZER. PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. INAPLICABILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. TIPO ADMINISTRATIVO QUE NÃO CONSTITUI CRIME. SEGURANÇA VIÁRIA. DIREITO FUNDAMENTAL. DEVER DO ESTADO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA RESPEITADA. SÚMULA 301/STJ. PREVISÃO DE EFEITOS LEGAIS CONTRÁRIOS A QUEM SE RECUSA A SE SUBMETER A PROVA TÉCNICA. TEMA NÃO EXCLUSIVO DO CTB E SUMULADO PELO STJ. INFRAÇÃO COMETIDA NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE TRANSPORTE REMUNERADO DE PASSAGEIROS. ATIVIDADE DEPENDENTE DE AUTORIZAÇÃO ESTATAL. SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA REGIDO PELA LEI 12.587/2012. OBRIGAÇÃO DE CUMPRIR A LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO REFORÇADA. 1. A controvérsia sub examine versa sobre a consequência administrativa da recusa do condutor de veículo automotor a se submeter a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa. 2. O Tribunal recorrido entendeu que a simples negativa de realização do teste de alcoolemia, etilômetro ou bafômetro, sem outros meios de prova da embriaguez do motorista, não é suficiente para configurar a automática infração de trânsito. 3. A

recorrente sustenta que esse entendimento do Tribunal local viola os arts. 277, § 3º e 165 da Lei 9.503/1997, pois a legislação prevê a aplicação das penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) independentemente da comprovação da embriaguez, bastando o condutor se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput do art. 277. 4. O art. 165 do CTB prevê sanções e medidas administrativas para quem dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. 5. Já o art. 277, §3º, na redação dada pela Lei 11.705/2008, determina a aplicação das mesmas penalidades e restrições administrativas do art. 165 ao condutor que se recusar a se submeter a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro Documento: 76229703 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 16/10/2017 Página 1 de 5 Superior Tribunal de Justiça exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. 6. Interpretação sistemática dos referidos dispositivos permite concluir que o CTB instituiu duas infrações autônomas, embora com mesmo apenamento: (i) dirigir embriagado; (ii) recusar-se o condutor a se submeter a procedimentos que permitam aos agentes de trânsito apurar seu estado. 7. A recusa em se submeter ao teste do bafômetro não presume a embriaguez do art. 165 do CTB, tampouco se confunde com a infração ali estabelecida. Apenas enseja a aplicação de idêntica penalidade pelo descumprimento do dever positivo previsto no art. 277, caput. 8. O indivíduo racional pauta sua conduta pelos incentivos ou desincentivos decorrentes do seu comportamento. Se a política legislativa de segurança no trânsito é no sentido de prevenir os riscos da embriaguez ao volante mediante fiscalização que permita identificar condutores que estejam dirigindo sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa, deve a lei prever consequências que persuadam o indivíduo ao comportamento desejado pela norma. 9. Caso o CTB não punisse o condutor que descumpra a obrigação de fazer prevista na legislação na mesma proporção do desrespeito ao tipo legal que a fiscalização viária tem o dever de reprimir, o indivíduo desviante sempre optaria pela consequência menos gravosa. O dever estabelecido no caput do art. 277 constituiria mera faculdade estabelecida em favor do motorista, em detrimento da real finalidade dos procedimentos técnicos e científicos colocados à disposição dos agentes de trânsito na prevenção de acidentes. 10. A identidade de penas, mercê da diversidade de tipos infracionais, nada mais é do que resultado lógico da previsão legislativa de mecanismo para assegurar efetividade à determinação de regras de conduta compatíveis com a política pública estabelecida pela norma. 11. Ao contrário do sustentado pelo acórdão recorrido, a sanção do art. 277, § 3º, do CTB dispensa demonstração da embriaguez por outros meios de prova. A infração aqui reprimida não é a de embriaguez ao volante, prevista no art. 165, mas a de recusa em se submeter aos procedimentos do caput do art. 277, de natureza instrumental e formal, consumada com o mero comportamento contrário ao comando legal. 12. A prova da infração do art. 277, § 3º é a de descumprimento do dever de agir. Tão só. Sem necessidade de termo testemunhal ou outro meio idôneo admitido no § 2º do mesmo dispositivo legal. 13. O princípio nemo tenetur se detegere tem origem na garantia constitucional contra a autoincriminação e no direito do acusado de permanecer calado, sem ser coagido a produzir provas contra si mesmo. Aplica-se de forma irrestrita aos processos penais, sendo essa a sua esfera nuclear de proteção. 14. É possível admitir a incidência ampliada do princípio nemo tenetur se detegere quando determinada infração administrativa também constituir ilícito penal. Nesses casos, a unicidade de tratamento confere coerência interna ao sistema jurídico. 15. Nas situações em que a independência das instâncias é absoluta e os tipos infracionais distintos, a garantia do nemo tenetur se detegere não tem aplicação sobre a função administrativa exercida no âmbito da sua competência ordenadora, por falta de amparo no ordenamento pátrio. Documento: 76229703 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 16/10/2017 Página 2 de 5 Superior Tribunal de Justiça 16. Entender o contrário levaria ao absurdo de se admitir que o condutor pudesse recusar-se, sem as penalidades cabíveis, a submeter seu veículo a inspeção veicular ou a apresentar às autoridades de trânsito e seus agentes os documentos de habilitação, de registro, de licenciamento de veículo e outros exigidos por lei, para averiguação da regularidade documental prescrita pela legislação. 17. A interpretação de uma norma há de ser feita para garantir a sua máxima eficácia e plena vigência, por militar em favor das leis a presunção de sua legitimidade e constitucionalidade enquanto não afastada do mundo jurídico pelo órgão judiciário competente. Negar efeito ao §3º do art. 277 do CTB, antes do pronunciamento do STF na ADI 4.103-7/DF, usurpa competência do órgão constitucionalmente imbuído dessa função. 18. Não se pode olvidar, numa espécie de “cegueira deliberada”, que o direito responde às imposições da experiência (BINENBOJM, 2016, pg. 53). 19. Segundo dados da Organização Mundial de Comércio, o Brasil registra cerca de 47 mil mortes no

Herman Benjamin, afirmou que o *Nemo tenetur se detegere* aplica-se, em regra,

trânsito por ano e 400 mil pessoas com algum tipo de sequelas. Morre-se mais em acidentes de trânsito do que na guerra civil da Síria. 20. O custo para o País é de 56 bilhões por ano, conforme levantamento do Observatório Nacional de Segurança Viária, o que daria para construir 28 mil escolas ou 1.800 hospitais (<http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2017/05/1888812-transito-no-brasil-mata-47-mil-por-ano-e-deixa-400-mil-com-alguma-sequela.shtml>). condutor). 21. O cálculo do Centro de Pesquisas e Economia do Seguro (Cpes) é ainda mais alarmante, alcançando R\$ 146 bilhões de perda pelo Brasil, só em 2016, em decorrência de acidentes de trânsito, número equivalente a 2,3% de todo o Produto Interno Bruto (PIB) nacional (<http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2017/05/1888678-acidentes-de-tra-nsito-custaram-23-do-pib-do-brasil-em-2016-diz-pesquisa.shtml>). Esse valor corresponde ao que seria gerado pelo trabalho das vítimas que morreram ou ficaram inválidas após os acidentes. 22. Segundo a Polícia Rodoviária Federal (PRF), a ingestão de álcool é a terceira maior causa de mortes por acidente de trânsito em 2016, perdendo apenas para a falta de atenção e excesso de velocidade (<https://www.metrojornal.com.br/foco/2017/05/01/brasil-e-o-quinto-pais-mundo-e-m-mortes-no-transito-segundo-oms.html>). E os jovens de 20 a 24 anos são a faixa etária mais atingida. 23. Tudo isso serve para demonstrar que a segurança viária, da mesma forma que a dignidade da pessoa humana, deve ser levada a sério e encarada como direito fundamental coletivo, e o dever do Estado em prestá-la não permite retrocesso. 24. A Lei 11.705/2008 alterou dispositivos do CTB na tentativa de dar resposta aos elevados desafios de proteger a população dos riscos reais e crescentes à sua incolumidade física em razão do desrespeito à legislação de trânsito. 25. O *princípio nemo tenetur se detegere* merece prestígio no sistema de referência próprio, servindo para neutralizar os arbítrios contra a dignidade da pessoa humana eventualmente perpetrados pela atividade estatal de persecução penal. Protege os acusados ou suspeitos de possíveis violências físicas e morais empregadas pelo agente estatal na coação em cooperar com a investigação criminal. 26. Daí a aplicá-lo, de forma geral e irrestrita, a todas as hipóteses de sanção estatal destituídas do mesmo sistema de referência vai uma larga distância. 27. Não há incompatibilidade entre o princípio *nemo tenetur se detegere* e o §3º do art. 277 do CTB, pois este se dirige a deveres instrumentais de natureza estritamente administrativa, sem conteúdo criminal, em que as sanções estabelecidas têm caráter meramente persuasório da observância da legislação de trânsito. 28. A dignidade da pessoa humana em nada se mostra afrontada pela obrigação de fazer prevista no caput do art. 277 do CTB, com a consequente penalidade estabelecida no §3º do mesmo dispositivo legal. 29. Primeiro, porque inexistente coação física ou moral para que o condutor do veículo se submeta ao teste de alcoolemia, etilômetro ou bafômetro. Só consequência patrimonial e administrativa pelo descumprimento de dever positivo instituído pela legislação em favor da fiscalização viária. Pode o condutor livremente optar por não realizar o teste, assumindo os ônus legais correspondentes. 30. Segundo, porque a sanção administrativa pela recusa em proceder na forma do art. 277, caput, não presume culpa de embriaguez, nem implica autoincriminação. Tampouco serve de indício da prática do crime do art. 306 do CTB. Restringe-se aos efeitos nela previstos, sem repercussão na esfera penal ou na liberdade pessoal do indivíduo. 31. A exigência legal de submissão a exame técnico ou científico, com os consectários jurídicos da recusa, não é exclusividade do CTB. Consta, v.g., dos art. 231 e 232 do Código Civil. 32. O STJ editou a Súmula 301 com o seguinte teor: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.” 33. A previsão de efeitos legais contrários a quem se recusa a se submeter a prova técnica não é tema heterodoxo na legislação ou repellido pelo Superior Tribunal de Justiça, desde que não envolvida matéria criminal. 34. No caso concreto, merece relevo o fato de o condutor do veículo ser profissional do trânsito, na condição de taxista autônomo, tendo a infração sido praticada no pleno exercício da atividade de transporte remunerado de passageiro. 35. Se da pessoa comum, usuária livre das vias públicas e corresponsável pela segurança na condução de veículo automotor, exige-se a observância da legislação de trânsito, com mais razão e maior rigor deve-se reclamar comportamento irrepreensível por aquele que presta serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, dependente de autorização estatal, e considerado pela Lei 12.587/2012 como serviço de utilidade pública (art. 12). 36. A qualidade de taxista do condutor, ao revés de amenizar a situação e atrair condescendência, agrava sua responsabilidade. Impõe atuação ainda mais rigorosa da fiscalização de trânsito, diante do risco multiplicado de grave dano de difícil ou impossível reparação à coletividade. 37. Recurso Especial provido. (REsp 1.677.380-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, por unanimidade, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017).

apenas aos processos penais, sendo apenas admissível sua incidência sobre infrações administrativas que também constituam ilícitos penais. Como no caso em análise a independência das instâncias penal e administrativa seria absoluta, argumenta o Ministro Relator que o Princípio da Não Autoincriminação a ele não se aplicaria. Afinal, as sanções administrativas estabelecidas no art. 165-A têm função meramente persuasória da observância da legislação de trânsito, sem caráter criminal. Nem haveria que se questionar, segundo tal raciocínio, se houve violação ao *Nemo tenetur se detegere*, posto que a norma em debate estaria fora de seu âmbito de proteção, limitado à esfera processual penal.

Não se pode concordar com tais argumentos. Inicialmente, é preciso analisar se a conduta do motorista que se recusa a soprar o etilômetro, e não a norma abstrata que a sanciona, está dentro do âmbito de proteção do direito fundamental. E não há como se responder negativamente. Explica-se.

Ainda que a norma, como afirma o culto Ministro Relator, destine-se primariamente a persuadir os motoristas a observar a legislação de trânsito, é indiscutível que a submissão ao teste do etilômetro, que com ela se busca, poderá ter graves reflexos criminais – se positivo o exame, certamente resultará não apenas na caracterização da infração do art. 165 do CTB, mas, a depender da concentração de álcool, também na deflagração de uma ação penal em desfavor do condutor. Nessa ação penal, o exame será inexoravelmente utilizado como prova, e possivelmente ensejará uma condenação.

Por tais razões, é compreensível que o motorista prefira não se submeter ao exame para não gerar prova criminal que lhe seja eventualmente prejudicial. E se, ao menos em tese, tem tal direito de recusa e quer exercê-lo regularmente, não deve ser punido por isso, ainda que administrativamente.

Já para Lima, o *Nemo tenetur se detegere* aplica-se no âmbito administrativo, mas a punição (também administrativa) pela recusa seria constitucional por outra razão: fora da esfera criminal, é possível a inversão do ônus da prova – regra derivada da presunção de inocência –, o que permite interpretar a

recusa em prejuízo do motorista.³⁰⁴

Ora, se se pretende apenas a recusa – ainda que administrativamente –, é difícil sustentar que o sujeito ainda tem o direito de se recusar a produzir tal prova. E mais: é difícil traçar tal separação entre a instância administrativa, na qual ele “pode” se recusar, mas isso “pode” ser interpretado em seu prejuízo, da esfera criminal. Como afirmado acima, essa medida administrativa de fiscalização certamente será utilizada indistintamente nas esferas administrativa e criminal. Não é “oferecido” o teste ao motorista para “os fins dos arts. 165, 165-A e 277 do CTB”. É simplesmente oferecido o teste, e a sua realização ou recusa terão implicações (maiores ou menores, positivas ou negativas) tanto para os fins dos artigos mencionados quanto para os do art. 306 do CTB. Quem se recusa a soprar o etilômetro levando em conta os artigos de natureza administrativa também está se recusando por levar em conta as possíveis consequências penais. Não há como se dissociar uma situação da outra.

Constata-se, portanto, que a conduta de recusa a “teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar a influência de álcool ou outra substância psicoativa”, ainda que apenas exclusivamente com punição administrativa, encontra-se no âmbito de proteção do Princípio da Não Autoincriminação, considerado amplamente seu suporte fático.

4.5.2 Da Proporcionalidade da Restrição Prevista no Art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro

Passa-se, agora, a analisar se a restrição ao *Nemo tenetur se detegere* resultante da aplicação da norma prevista no art. 165-A do CTB encontra respaldo na Constituição e na Teoria dos Princípios de Alexy.

Como visto no Capítulo 1, adotada a teoria externa das restrições a Direitos Fundamentais – e considerado amplamente o suporte fático do *Nemo tenetur se detegere* –, pode-se dizer que o condutor tem protegido pelo Princípio da Não Autoincriminação o direito *prima facie* de se recusar a soprar o etilômetro ou

³⁰⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 81-82.

fornecer qualquer tipo de tecido para exame com intuito de constatar a influência de álcool ou outra substância psicoativa.

Primeiramente, é preciso verificar se a norma restritiva está prevista na própria Constituição ou nela encontra respaldo. Percebe-se claramente que o art. 165-A do CTB encontra fundamento em outros princípios e bens previstos na carta constitucional, posto que tutela imediatamente a segurança viária³⁰⁵, e de forma mediata os próprios direitos à vida, à segurança, à saúde, à liberdade e à cidadania – e ainda mais remotamente outros “bens da comunidade”³⁰⁶ ou “interesses coletivos”³⁰⁷, como a eficiência da justiça penal.

Necessária, então, análise acerca do devido preenchimento pela norma do art. 165-A do CTB – a rigor, da restrição ao direito fundamental que ele representa – do primeiro quesito da máxima da Proporcionalidade, qual seja, a adequação. Para tanto, é preciso verificar se o meio utilizado é apto a atingir os fins desejados, quais sejam, a persuasão da efetiva observância da norma que proíbe conduzir veículo automotor sob a influência de álcool (ou outra substância psicoativa) e da que determina a realização do exame de alcoolemia nos condutores envolvidos em acidentes de trânsito ou que forem alvo de fiscalização, bem como a efetiva retirada de circulação e punição daqueles que não as observarem.

Não há dúvida de que a norma em questão é apta a atingir as finalidades buscadas. Como referido na parte inicial deste Capítulo, há diversos estudos publicados que constatarem a eficácia de ações de fiscalização aleatórias, com

³⁰⁵ A segurança viária é uma vertente do direito fundamental à segurança, previsto no art. 5º, *caput*, da CRFB, e referido como direito social no art. 6º, *caput*, da CRFB.

³⁰⁶ Como visto no Capítulo 1, item 1.5.3, Canotilho chama de “colisões não autênticas” (ou colisões de direitos em sentido impróprio) o conflito entre um direito fundamental e outros bens constitucionalmente protegidos, como os “bens da comunidade”. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1271.

³⁰⁷ Alexy chama de “colisões de direito fundamental em sentido amplo” as ocorridas entre direitos fundamentais e bens coletivos. O autor alemão coloca o “dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal” como interesse passível de ser sopesado com o direito fundamental à vida e à integridade física de um acusado. In ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94-96), enquanto Trois Neto menciona como exemplo o conflito entre o direito à assistência familiar do preso (art. 5º, LXIII) e o bem segurança pública, que impediria, por exemplo, que se autorizasse a manutenção de aparelhos de telefonia celular nas celas para facilitar a comunicação entre presos e seus familiares. In TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 33-34.

utilização de etilômetros, para a redução do número de acidentes e mortes no trânsito. A maior parte desses estudos enfatiza a importância da obrigatoriedade de submissão aos testes de alcoolemia – lembra-se aqui que o já citado Relatório *Global status report on road safety 2018* da OMS enfatiza que o direito de recusa ao teste do etilômetro pelos motoristas ainda é uma barreira à aplicação das leis de trânsito e à redução de acidentes e mortes deles decorrentes.³⁰⁸

Dessa forma, resta evidente que uma norma que constranja (sob pena de multa) os motoristas a se submeterem aos exames revela-se adequada a persuadi-los à efetiva observância das leis de trânsito referentes à embriaguez e sua constatação, assim como a retirar de circulação e punir aqueles que eventualmente as descumpram – possível violação desproporcional *stricto sensu* do *Nemo tenetur se detegere* será analisada adiante, na terceira etapa do exame de Proporcionalidade.

Constatada a adequação da norma restritiva, passa-se à análise de sua necessidade. É preciso, então, avaliar se há outro meio (desde que também adequado a atingir sua finalidade) menos restritivo ao Princípio da Não Autoincriminação. Pode-se afirmar que a própria lei prevê outras formas menos gravosas, uma vez que autoriza a constatação dos “sinais” que indiquem a possível alteração da capacidade psicomotora pela embriaguez por “imagem”, “vídeo” e “prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos” (cf. arts. 277, §2º e 306, §2º, ambos do CTB) – que, a rigor, sequer restringem o *Nemo tenetur se detegere*.

Essa redação, enumerando os meios de prova admitidos, que remete ao tempo das chamadas “provas tarifadas”, foi adotada pelo legislador porque, prevalecendo à época o entendimento de que não se poderia obrigar de forma alguma o condutor a soprar o etilômetro, não quis correr o risco de inviabilizar quaisquer punições administrativas e criminais a motoristas embriagados que se recusassem a soprar o etilômetro, como vinha ocorrendo até o final de 2012.

³⁰⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global status report on road safety 2018**. Disponível em: <<https://www.who.int/publications-detail/global-status-report-on-road-safety-2018>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

O problema desses “outros meios de prova”, além de não persuadirem os condutores a efetivamente se submeterem à fiscalização, é a sua notória inferioridade – comparada ao etilômetro ou exames de sangue – em termos de precisão para se constatar se o condutor efetivamente ingeriu bebida alcoólica³⁰⁹, o que acabou levando o legislador da época a também adotar a chamada política de “tolerância zero”. Afinal, se não era possível apontar com exatidão a concentração de álcool por litro de sangue ou ar alveolar, que se punisse por qualquer quantidade.

E, mesmo com a opção política pela chamada “tolerância zero” – na qual qualquer concentração passou a ser apenas administrativamente, salvo a margem de tolerância definida pelo CONTRAN para os casos aferidos por aparelhos de medição –, a rigor continuou “valendo a pena” para o motorista que ingeriu quantidade moderada de álcool (como uma ou duas latas de cerveja) não aceitar soprar o etilômetro, uma vez que dificilmente apresentaria os tais “sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora”.³¹⁰

Por isso, inafastável a conclusão de que, ainda que menos restritivos, outros meios de prova mostram-se menos adequados do que a punição pela recusa aos exames de alcoolemia para o fim proposto, qual seja, a melhor fiscalização para que ocorra a efetiva observância das normas de trânsito pelos condutores, bem como a retirada de circulação e punição daqueles que não o fizeram. Pode-se dizer com segurança, portanto, que preenchido também está o requisito da necessidade.

Ultrapassados pela norma restritiva em questão (e princípios constitucionais que a respaldam) os dois passos das possibilidades fáticas

³⁰⁹ Sabe-se que mesmo o exame clínico tem de lidar com muitas variáveis, como doenças, estado de insônia do motorista ou uso de medicamentos, que podem influenciar na acurácia do resultado. Os etilômetros, por sua vez, são homologados e verificados anualmente pelo INMETRO.

³¹⁰ O outro lado da moeda é que, na prática, sendo uma mera escolha o bafômetro, ela pode acabar muitas vezes custando muito caro ao motorista que ingeriu uma pequena quantidade de álcool: tal recusa ao bafômetro, somada ao depoimento de um policial ou agente de trânsito – possivelmente sem preparo técnico adequado para constatar com firmeza os tais “sinais” -, certamente pode render condenações criminais que, caso tivesse sido realizado o teste, seriam evitadas em troca de meras infrações de trânsito (por concentração moderada de álcool por litro de ar alveolar). Não se desconhece aqui que a recusa não pode gerar qualquer inferência em prejuízo do réu na eventual ação penal, mas apenas constata-se que em casos nos quais a principal prova apresentada pela acusação é o depoimento de policiais ou agentes de trânsito, a recusa ao bafômetro pode influenciar inconscientemente o julgador.

(adequação e necessidade), resta avaliar o âmbito das possibilidades jurídicas, qual seja, o da sua Proporcionalidade *stricto sensu*.

Segundo a Teoria dos Princípios de Alexy, então, o condutor abordado por agentes de trânsito ou policiais tem o direito *prima facie* de se recusar a colaborar na produção de prova que possa lhe incriminar, sem sofrer qualquer punição por isso – posição jurídica fundada no Princípio da Não Autoincriminação. O Estado, por sua vez, com fundamento na norma restritiva³¹¹ contida no art. 165-A do CTB – respaldada pelo interesse coletivo segurança viária –, pretende puni-lo administrativamente pela recusa. Há uma colisão³¹² a ser resolvida entre esses princípios por meio do sopesamento.³¹³

Se se der prevalência absoluta ao *Nemo tenetur se detegere*, necessariamente qualquer norma como a contida no dispositivo previsto no art. 165-A do CTB deverá ser declarada inconstitucional. Por outro lado, prevalecendo absolutamente o interesse coletivo na segurança viária, fácil seria concluir que a restrição prevista no art. 165-A deve ser considerada constitucional. Mas aqui, por se tratar de conflito entre princípios, como mandamentos de otimização que são, é preciso que se proceda na forma preconizada pela chamada “lei do sopesamento”: quanto maior for o grau de afetação de um princípio (*in casu*, o Princípio da Não Autoincriminação), tanto maior deverá ser a importância da satisfação do outro (a segurança viária).

Começemos pelo grau de afetação ou restrição do Princípio da Não Autoincriminação pela norma que prevê punição administrativa em caso de recusa a

³¹¹ Chamada também de “barreira” por parte da doutrina. Vide TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 35-37.

³¹² Chamada de “colisão não autêntica” por Canotilho, uma vez que envolve direito individual em oposição a “bem da comunidade”. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1271, e de “colisão em sentido amplo” por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, por envolverem direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais coletivos ou difusos. In MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 287.

³¹³ Alexy cita decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão na qual se afirma que “[...] as restrições ao exercício de direitos fundamentais, para serem compatíveis com o Estado de Direito, devem ser fixadas respeitando-se a presunção elementar de liberdade e a máxima constitucional da proporcionalidade e da razoabilidade” (BVerfGE 32, 54 (72)). In ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.133.

exames de alcoolemia. De pronto, verifica-se que o *Nemo tenetur se detegere* não é aniquilado pela norma, posto que o condutor ainda poderá se recusar a se submeter ao teste – ao contrário, como visto, de outros ordenamentos, nos quais uma ordem judicial³¹⁴ pode determinar a coleta forçada de sangue para utilização em exame que aponte a concentração de álcool.

Além disso, a norma restritiva não permite a extração de inferências negativas da recusa que tenham qualquer reflexo na esfera criminal.³¹⁵

Mais importante ainda, o legislador brasileiro não tipificou como crime a recusa aos exames de alcoolemia, como ocorre em Portugal³¹⁶, Espanha³¹⁷ e diversos estados norte-americanos, mas apenas como uma infração de trânsito, de caráter administrativo.³¹⁸ Registra-se que as disposições constitucionais na Espanha e Estados Unidos acerca da não autoincriminação são muito semelhantes às brasileiras – e o mesmo pode ser dito em relação a Portugal, em que pese não haver disposição constitucional expressa, posto que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU (ratificado em Portugal pela Lei n. 29/1978) prevê de forma também muito similar à nossa o Direito ao Silêncio em seu art. 14, n. 3, alínea “g”.

Ainda sobre o grau de afetação do Princípio da Não Autoincriminação, Trois Neto afirma que ela será tanto menos grave quanto menor for o grau de

³¹⁴ Como visto no Capítulo 3, na Alemanha, a ordem pode inclusive emanar diretamente do Ministério Público “se um atraso comprometer o êxito do exame”. Já nos Estados Unidos, até a polícia pode fazê-lo, desde que demonstrada a urgência na coleta do sangue a ponto de excepcionar as regras gerais da 4ª Emenda, que trata das buscas e apreensões.

³¹⁵ Ao contrário do decidido pelo TEDH, que entendeu não haver violação do *nemo tenetur se detegere* em norma do Reino Unido que prevê a possibilidade de inferências negativas a partir do silêncio do investigado em determinadas circunstâncias – como visto no Capítulo 3 -, a lei processual penal brasileira desde 2003 contém artigo que expressamente impede que o silêncio seja interpretado em prejuízo da defesa (art. 186, parágrafo único, do CPP).

³¹⁶ Art. 152, n. 3. *In* DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÔNICO. **Decreto-Lei n.º 114/94**. Código da Estrada. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/250659/details/maximized>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

³¹⁷ Art. 383 do Código Penal Espanhol, referido no Capítulo 3, item 3.4.

³¹⁸ Nessa linha, como visto no Capítulo 3, item 3.6.9, durante o julgamento do RE n. 971.959/RS em novembro de 2018, que acabou decidindo pela constitucionalidade do artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro (fuga do local do acidente), em aparte ao voto do Min. Barroso, o min. Gilmar Mendes afirma que a questão central ali não seria o Estado intervir ou não quando alguém foge do local do crime, mas sim se a resposta penal era necessária.

atividade exigido do imputado.³¹⁹ Sob esse aspecto, uma coleta forçada de sangue do motorista seria uma intervenção mais leve do que obrigá-lo a soprar o etilômetro, considerada intervenção moderada.³²⁰ Cumpre fazer duas observações em relação ao art. 165-A do CTB: a primeira, mais importante, é que, como já afirmado, tal norma não constrange fisicamente o motorista a soprar o etilômetro ou autorizar a coleta de seu sangue, mas apenas o sanciona administrativamente pela recusa; a segunda é que, ao se levar em conta outros princípios constitucionais envolvidos³²¹, como os direitos à integridade física e à privacidade, a imposição do teste do etilômetro deve ser tida como intervenção menos grave do que a coleta de sangue.³²²

Deve ser levado em consideração, ainda no sopesamento, o fato de que os motoristas se encontram numa posição singular diante do Estado, já que seu direito de conduzir veículos automotores em vias públicas – atividade intrinsecamente perigosa - se viabiliza pela outorga de uma licença no exercício do poder de polícia fiscalizatório do Estado. É situação similar ao que Mendes e Branco chamam de “relação especial de sujeição”³²³, posto que uma própria condição subjetiva específica – no caso, de motoristas – possibilita que sejam submetidos a uma mais intensa interferência sobre os seus Direitos Fundamentais. Os autores citam como exemplos dessa relação as situações de militares, funcionários públicos civis, internados em estabelecimentos públicos e estudantes em escola pública.

Por óbvio, essa relação especial não significa que se possa ilimitadamente restringir Direitos Fundamentais desses sujeitos, posto que ainda

³¹⁹ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 133.

³²⁰ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 138.

³²¹ Ensina a doutrina que “[...] se se verifica que determinada conduta se coloca ao abrigo do âmbito de proteção de direitos diversos, sem que haja relação de especialidade entre eles (concorrência ideal), então há de se fazer a proteção com base nas duas garantias”. In MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 303.

³²² Assim decidiu a Suprema Corte norte-americana em *Birchfield v. North Dakota*, como referido no Capítulo 3.

³²³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 216.

deve ser observada a Proporcionalidade de eventual medida restritiva.³²⁴

A se reforçar a ideia de que existe essa especial relação entre os condutores e o Estado, deve-se observar também que a submissão dos primeiros ao estatuto jurídico de trânsito é voluntária – raciocínio semelhante às *implied consent laws* norte-americanas³²⁵ -, e que quem o faz tem ciência das restrições a que estará sujeito. Diferente seria se a norma previsse sanções aos pedestres ou ciclistas envolvidos em acidentes de trânsito que se recusem ao exame de alcoolemia³²⁶. Essa circunstância singular em que se encontram os condutores reduz marcadamente o grau de afetação do Princípio da Não Autoincriminação pela norma contida no art. 165-A do CTB.

Ainda, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco ensinam que a própria dimensão objetiva³²⁷ dos Direitos Fundamentais faz com eles transcendam a mera proteção de posições individuais e se expandam para todo o direito positivo, formando o conjunto de valores objetivos básicos de conformação

³²⁴ O TEDH entendeu que a exigência de teste de drogas em funcionários de uma empresa sueca de energia nuclear com base em regulamento da empresa (sequer havia previsão legal) não viola a privacidade ou dignidade dos empregados, uma vez que a atividade é de risco e exige grande nível de precaução, tendo sido respeitada a proporcionalidade, posto que o teste era feito em local reservado, em todos os funcionários indistintamente etc. *In EUROFOUND. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*. Disponível em: <<https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2004/european-court-of-human-rights-rules-on-drug-testing>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

³²⁵ Exemplifica-se com a lei nova-iorquina: *Any person who operates a motor vehicle in this state shall be deemed to have given consent to a chemical test of one or more of the following: breath, blood, urine, or saliva, for the purpose of determining the alcoholic and/or drug content of the blood.* “Qualquer pessoa que opere um veículo a motor nesse estado será considerada como tendo consentido em um teste químico de um ou mais dos seguintes itens: respiração, sangue, urina ou saliva, com o objetivo de determinar o teor alcoólico e / ou de drogas do sangue”. (tradução livre). *In THE NEW YORK STATE SENATE. Article 31 Alcohol and Drug-related Offenses and Procedures Applicable Thereto*. Disponível em: <<https://www.nysenate.gov/legislation/laws/VAT/T7A31>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

³²⁶ Diferente da situação em Portugal, na qual os pedestres envolvidos em acidentes que se recusem ao exame de alcoolemia sujeitam-se às penas do crime de desobediência (art. 152, n. 3, do Código da Estrada).

³²⁷ *Si se mira bien, la concepcion ‘objetivista’ de los derechos, o delos derechos orientados a la justicia, habla de derechos esencialmente como una concesión al espíritu de los tiempos, pero en realidad se refiere a deberes. En efecto, hace recaer sobre todos los hombres el deber de no impedir que los demás cumplan con su deber e el deber de cumplir con los suyos propios.* “Se você observar atentamente, a concepção “objetivista” de direitos, ou de direitos orientados para a justiça, fala de direitos essencialmente como uma concessão ao espírito da época, mas, na realidade, refere-se a deveres. Com efeito, cabe a todos os homens o dever de não impedir que outros cumpram seus deveres e o dever de cumprir seus próprios deveres.” (tradução livre). *In ZAGREBELSKI, Gustavo. El Derecho dúctil. Ley, derechos y justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011, p. 86.*

dos Estados democráticos.³²⁸ Esse efeito irradiante dos Direitos Fundamentais faz com que o Estado assuma também um dever de proteção por meio de ações positivas contra agressões de terceiros, legitimando inclusive restrições aos direitos subjetivos individuais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos – o que ocorre com a restrição prevista no art. 165-A do CTB na proteção à vida dos demais motoristas, pedestres, ciclistas etc.³²⁹

Portanto, a uma moderada intervenção no direito de não produzir prova contra si mesmo contrapõe-se o relevante interesse do Estado em coibir as condutas de se conduzir veículo automotor em estado de embriaguez e de se negar à submissão a testes de alcoolemia. Desnecessário repisar em detalhes neste momento a importância da satisfação do interesse segurança viária por meio da intensificação na fiscalização para se combater a embriaguez ao volante, o que é evidenciado pelas estatísticas de mortes no trânsito e pelos compromissos assumidos pelo Brasil perante a ONU e a OMS nesse sentido.³³⁰ Tampouco há dúvida em relação à magnitude do direito fundamental à vida mediatamente tutelado pela norma de trânsito restritiva.³³¹

³²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.194.

³²⁹ Raciocínio muito semelhante é apresentado por Frederico de Lacerda da Costa Pinto a respeito da obrigação de profissionais do ramo de valores mobiliários entregarem elementos requisitados pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), sob pena de crime de desobediência, e da admissão de sua utilização posterior em investigações e ações penais. Segundo o autor, ao privilégio de acesso a esse mercado por determinados profissionais corresponde um regime de transparência absoluta e o dever de colaboração com a autoridade de supervisão do mercado. *In* DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manoel da Costa e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 82-85.

³³⁰ Segundo Konrad Hesse: “[...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.” *In* HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 9.

³³¹ O sopesamento entre o Princípio da Não Autoincriminação e a Segurança Viária no caso de recusa ao teste do etilômetro, enquadrado segundo os parâmetros propostos por Alexy para elaboração de uma lei de colisão, poderia resultar numa regra pela qual o segundo tem precedência em relação ao primeiro sob determinadas condições, quais sejam: a) que o sujeito se encontre na posição de condutor de veículo automotor; b) que ele se envolva em acidente de trânsito ou seja alvo

Também não há que se falar em violação do conteúdo essencial do Princípio da Não Autoincriminação, uma vez que preservada a possibilidade de recusa ao exame sem coação física ou qualquer consequência processual ou penal desfavorável. Respeitado esse núcleo, e proporcional a restrição do conteúdo “excedente” do princípio, não há porque se questionar a ação do Poder Legislativo, âmbito adequado para tal tipo de decisão.

Diferente seria, por outro lado, se a norma de trânsito previsse uma restrição mais violenta ao Princípio da Não Autoincriminação, como já referido que é aceito alhures, tal qual a tipificação da recusa ao etilômetro como uma especial modalidade de crime de desobediência (ou mesmo a determinação de coleta forçada de sangue para exame) – andou bem ao optar o legislador pátrio por norma menos restritiva, respeitando assim o critério da necessidade.

É possível ainda que se afirme inconstitucional o art. 165-A do CTB com fundamento na suposta violação da “esfera do não decidível”, argumento que não se sustenta, como os mais diversos autores citados ao longo deste trabalho já elucidaram: é impossível a convivência harmônica de Direitos Fundamentais absolutos, posto que sempre poderão colidir com direitos também fundamentais de terceiros ou mesmo “bens da coletividade” de relevo constitucional.

O reconhecimento da constitucionalidade do art. 165-A do CTB, como visto, é resultado de um processo de análise da restrição de um direito fundamental sob a perspectiva da Teoria dos Princípios de Alexy, e não de uma concepção instrumentalizadora ou consequencialista do Direito. No entanto, não se pode deixar de observar que o processo e o resultado atingido atendem, ainda, à nova redação do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o Decreto-Lei n. 4.657/42³³², posto que os critérios propostos por Alexy conferem transparência e racionalidade à solução de colisões de princípios³³³ e restrições a Direitos

de fiscalização de trânsito; e c) que ele não sofra qualquer prejuízo de caráter penal pela recusa ao exame.

³³² BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Portal da Legislação**, Brasília, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 24 abr. 2020.

³³³ O legislador, ao se referir no art. 20 da LINDB a “valores abstratos”, aparentemente se refere também a princípios. Alexy ressalta a íntima relação entre valor e princípio, inclusive mencionando

Fundamentais. Se se levar em conta, ainda, as “consequências práticas da decisão”³³⁴, com mais razão ainda se concluirá pela conformidade constitucional do artigo em análise.

Por fim, constata-se que, ultrapassadas com êxito pela norma do art. 165-A do CTB todas as etapas da máxima da Proporcionalidade, só se poderia atingir conclusão diferente caso conferida precedência absoluta ao Princípio da Não Autoincriminação.³³⁵ Isso iria de encontro à Teoria dos Princípios de Alexy, amplamente aceita e empregada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. E mais: ao se dificultar desproporcionalmente a investigação do estado de embriaguez de motoristas, colocar-se-ia em risco todos usuários do sistema de trânsito, assim se violando também o princípio da proteção deficiente.³³⁶

exemplos em que o Tribunal Constitucional Federal alemão utiliza o vocábulo “valor” quando deveria ter utilizado “princípio”. O autor alemão enfatiza que “O modelo de princípios e o modelo de valores mostraram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de que o primeiro se situa no âmbito deontológico (no âmbito do dever-ser), e o segundo, no âmbito do axiológico (no âmbito do bom). In ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153.

³³⁴ Com Hesse, pode-se afirmar que isso se trata de compreender que a “Constituição jurídica” é condicionada pela realidade histórica, não podendo ser separada da realidade concreta de seu tempo, sob pena de perda de sua pretensão de eficácia. In HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 10.

³³⁵ Konrad Hesse ensina com maestria que não se pode dar primazia absoluta a um princípio, desconsiderando-se parte da estrutura contrária: “Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante metódica ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente - no mais tardar em momento de acentuada crise - que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derogados.” In HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 8.

³³⁶ No Caso Damião Ximenes Lopes v. Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que houve falta de investigação e de garantias judiciais no tratamento do caso por parte do Estado brasileiro, fixando a sua responsabilidade internacional por violar o direito à vida, à integridade pessoal, à proteção judicial e às garantias judiciais consagradas nos artigos 4º, 5º, n. 25 e 8º, da CADH, e por não ter proporcionado à família de Damião um recurso efetivo para garantir acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, a identificação, o processo e a punição dos responsáveis. O Brasil restou condenado a “[...] garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos”. In CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de 4 de julho de 2006**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em 26 de abr. 2020. Já o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso M.C. v. Bulgária, decidiu que os Estados têm a obrigação, à luz dos artigos 3º e 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de adotar medidas penais de modo a punir efetivamente o estupro, aplicando-as a partir de uma investigação e uma ação penal eficazes. In HUDOC. **European Court of Human Rights**. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-883968->

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação investigou, com base na legislação, doutrina e jurisprudência, tanto do Brasil quanto de outros países, se o alcance aqui conferido ao Princípio da Não Autoincriminação é adequado. A partir daí, analisou-se a conformidade constitucional da regra prevista no art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, tendo como paradigma o próprio *Nemo tenetur se detegere*.

O que deflagrou o estudo foi o aparente alargamento demasiado do âmbito de proteção do Princípio da Não Autoincriminação no Brasil, associado à interpretação conferida por alguns tribunais de que o “direito de não produzir prova contra si próprio” seria quase absoluto, resultando a conjugação dos dois fatores em prejuízo ao poder investigativo e punitivo do Estado, não apenas na esfera criminal como também administrativa.

Inicialmente, expôs-se a evolução histórica e conceitual dos Direitos Fundamentais, desde as Declarações do final do Século XVIII até os dias atuais, com ênfase na Teoria dos Princípios de Robert Alexy, largamente aplicada no Brasil e fora dele, no que se refere à normatividade dos princípios, solução dos seus casos de colisão e de restrições a Direitos Fundamentais.

Estudou-se o histórico do Princípio da Não Autoincriminação, inicialmente no continente europeu, passando pelos Estados Unidos da América, até sua chegada ao Brasil, sendo finalmente consagrado constitucionalmente em 1988. Consolidada a base teórica no século XX, deu-se destaque à sua natureza de Direito Fundamental, não limitada ao Direito ao Silêncio, uma de suas vertentes, mas alicerçada também em outros princípios constitucionais de Direitos Fundamentais, como a Dignidade da Pessoa Humana, o Devido Processo Legal, a Ampla Defesa e a Presunção de Inocência.

Não faltou a análise da jurisprudência de alguns países desenvolvidos, nos quais se constatou ter um alcance mais restrito o *Nemo tenetur se detegere*. Em nenhum deles a obrigatoriedade de submissão ao exame de alcoolemia é alcançada

pela proteção, seja porque em alguns o direito de não se incriminar só se refere a declarações verbais, seja porque em outros – nos quais o princípio só protege contra a exigência de colaborações ativas, como o “soprar” – basta que o magistrado de plantão (quiçá o Ministério Público ou a Polícia em casos urgentes) determine a coleta involuntária de sangue do motorista.

Necessário foi também abordar a evolução da legislação de trânsito brasileira, especialmente no que se refere às disposições penais e administrativas relativas à embriaguez e meios de prova admitidos.

Por fim, buscou-se refletir sobre a conformidade constitucional da restrição ao direito fundamental de não autoincriminação contida na regra do art. 165-A do CTB, levando-se em conta a Teoria dos Princípios de Alexy.

A adoção no Brasil de um amplíssimo suporte fático para o Princípio da Não Autoincriminação poderia alicerçar o argumento de que o art. 165-A do CTB, ao punir com multa o condutor que se recusa a soprar o etilômetro, seria inconstitucional por violar o *Nemo tenetur se detegere*. Tal afirmação, no entanto, só teria solidez se se concebesse tal princípio como um direito fundamental absoluto, insuscetível de ponderação com qualquer outro. Isso iria de encontro à Teoria dos Princípios, amplamente adota no Brasil e, especialmente, na jurisprudência de nosso Supremo Tribunal Federal.

Tampouco, mostrou-se melhor solução o simples estreitamento do alcance do *Nemo tenetur se detegere*, como em regra se faz no exterior. A adoção de um amplo suporte fático aos Direitos Fundamentais lhes confere mais efetiva proteção: ao se exigir maior esforço argumentativo para sua eventual restrição, tal processo torna-se mais transparente e controlável.

Ao fim do estudo restou confirmada a hipótese de que é constitucional a previsão de infração administrativa prevista no art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, que penaliza com multa o condutor que se recusa à submissão determinada pela autoridade de trânsito a procedimentos que possam comprovar a existência de álcool ou outra substância psicoativa no seu organismo, uma vez que

tal norma:

- tem fundamento constitucional, imediato no direito à segurança viária e mediato nos direitos à vida, à segurança, à saúde, à liberdade e à cidadania, além de interesses como a eficiência da justiça penal.

- é adequada, posto que apta a atingir o objetivo de persuadir condutores à efetiva observância das leis de trânsito referentes à embriaguez e à submissão a testes de alcoolemia, retirando de circulação e punindo administrativamente aqueles que eventualmente descumpram essas leis;

- é necessária, já que não há outras medidas menos restritivas de Direitos Fundamentais que sejam também aptas a atingir referidos objetivos; e

- é proporcional *stricto sensu* porque o interesse na segurança do trânsito tem “peso” suficiente a justificar a mencionada violação ao Princípio da Não Autoincriminação. Afinal, a norma contida no art. 165-A do CTB preserva o núcleo essencial do Direito Fundamental, uma vez que a eventual recusa do motorista em se submeter ao exame de alcoolemia não implica em qualquer consequência negativa de caráter penal (como a caracterização de crime de desobediência ou similar) ou processual penal (autorizando algum tipo de inferência em prejuízo do condutor). Além disso, a legislação de trânsito brasileira não autoriza intervenções corporais forçadas para a coleta de sangue.

A reforçar a proporcionalidade da lei em exame, deve-se considerar ainda que o motorista se encontra numa “relação especial de sujeição” para com o Estado, responsável pela regulação e fiscalização do trânsito. Essa circunstância justifica o maior rigor da legislação, com uma consequente interferência mais intensa sobre o Direito Fundamental de não colaborar na produção de prova contra si mesmo – desde que respeitados os parâmetros legais e constitucionais, conforme se demonstrou no transcorrer do estudo.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMAR, Akhil Reed. **The Constitution and Criminal Procedure: first principles**. New York: Basic Books, 2012.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 217 (III) A. Paris, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations** (Cambridge Studies in Constitutional Law Book 2 - English Edition). Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em 09 Mai. 2020.

BASTOS, Yara Gerber Lima; ANDRADE, Selma Maffei de; e CORDONI JUNIOR, Luiz. **Acidentes de trânsito e o novo Código de Trânsito Brasileiro em Cidade da Região Sul do Brasil**. Inf. Epidemiol. Sus [online]. 1999, vol.8, n.2. Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?pid=S0104-16731999000200005&script=sci_abstract>. Acesso em 26 de abr. 2020.

BECCARIA, Cesare: **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. São

Paulo: RT, 1996.

BERGER, Mark, **Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of the Right to Silence** (September 29, 2009), p. 517. *European Human Rights Law Review*, 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1480161>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pos. 1759 (edição Kindle).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Código De Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Decreto nº 848, de 11 de Outubro de 1890**. Disponível e: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Decreto-Lei n. 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Portal da Legislação**, Brasília, 1942. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 24 de abr. 2020.

_____. **Decreto-Lei n. 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. LINDB. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Lei n. 12.760**, de 20 de dezembro de 2012. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Lei n. 13.281**, de 4 de maio de 2016. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13281.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Lei n. 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Portal da Legislação, Brasília, 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Lei ° 11.705**, de 19 de junho de 2008. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Ministério da Saúde**. Projeto Vida no Trânsito. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/acidentes-e-violencias/41896-projeto-vida-no-transito>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Revista Eletrônica da Jurisprudência. REsp 1111566 (2009/0025086-2 - 04/09/2012) (inteiro teor). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900250862&dt_publicacao=04/09/2012>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444 - Distrito Federal. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso

em 26 de abr. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 103.236. Espírito Santo. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613901>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 113749, NÚMERO ÚNICO: 9943291-60.2012.1.00.0000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4249772>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 69.026/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 10/12/1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71409>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 77.135-8 São Paulo. Min. Irmair Galvão. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77123>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 83.069-0 Rio de Janeiro, Min. Ellen Grace. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79246>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 93.916-3 Pará. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535925>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança n. 23.452-1 Rio de Janeiro. Min. Celso de Mello. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em

26 de abr. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação n. 2.040-1. Min. Néri da Silveira. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 971959, Rio Grande do Sul, Min. Luiz Fux. Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4985877>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 640.139, Distrito Federal. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628675>. Acesso em 26 de abr. 2020.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **German Code of Criminal Procedure**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html>. Acesso em 26 de abr. 2020.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. **In dem Verfahren über die Verfassungsbeschwerde**. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2014/06/rk20140628_1bvr183712.pdf?__blob=publicationFile&v=1>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **In den Verfahren über die Verfassungsbeschwerden**. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/02/rk20110224_2bvr159610.html>. Acesso em 26 de abr. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASELAW ACCESS PROJECT. **Harward Law School**. United States Circuit Court for the District of Virginia Copy URL Copy cite Search CAP UNITED STATES v. BURR 25 F. Cas. 49, Coombs' Trial of Aaron Burr, 127 Aug. 11, 1807. Disponível em: <<https://cite.case.law/f-cas/25/49/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

CASETEX. **People v. Hager**. Disponível em: <<https://casetext.com/case/people-v-hager-3>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

COMISSÃO NACIONAL DE ELEIÇÕES. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em 26 de abr. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de 4 de julho de 2006**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em 26 de abr. 2020.

COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DEUTSCHER BUNDESTAG. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÔNICO. **Jurisprudência Acórdão n.º 155/2007**. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/2068880/details/maximized>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Código de Processo Penal Português**. Decreto-Lei n.º 78/87. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/124532379/202004181529/73759894/diploma/indice>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Decreto-Lei n.º 114/94. Código da Estrada**. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/250659/details/maximized>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal Português.** Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230400/73474301/diploma/indice>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manoel da Costa e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova.** Coimbra: Almedina, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. – 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESPANHA. **Tribunal Constitucional de España.** Sentencia 103/1985, de 4 de octubre. Disponível em: <hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/483>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Tribunal Constitucional de España.** Sentencia 107/1985, de 7 de octubre. Disponível em: <hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/487>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Tribunal Constitucional de España.** Sentencia 161/1997, de 2 de octubre. Disponível em: <hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3426>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Tribunal Constitucional de España.** Sentencia 37/1989, de 15 de febrero. Disponível em: <hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1243>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Tribunal Constitucional de España.** Sentencia n. 161/1997. Disponível em: <hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3426>. Acesso em 26 de abr. 2020.

EUROFOUND. **European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions.** Disponível em: <<https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2004/european-court-of-human-rights-rules-on-drug-testing>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

_____. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A Ibáñez, et al. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

GOBIERNO DE ESPAÑA. **Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado**. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado**. Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rd/2003/11/21/1428>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.

HELMHOLTZ, R. H. (org.) **The privilege against self-incrimination**: Its origins and development, Chicago & London: University of Chicago Press, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HRR-STRAFRECHT. **Rechtsprechung**. BGH 2 StE 21/16-5 StB 2/18 - Beschluss vom 5. April 2018 (OLG Stuttgart). Disponível em: <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/18/stb-2-18.php>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

HUDOC. **European Court of Human Rights**. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-59449%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59449%22]})> Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **European Court of Human Rights**. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-883968-908286&filename=003-883968-908286.pdf>> Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **European Court of Human Rights**. FUNKE vs. FRANÇA. Disponível em:

<[https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:\[%22001-57809%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:[%22001-57809%22])>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **European Court of Human Rights**. JOHN MURRAY vs. REINO UNIDO, § 45 (tradução livre). Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-57980%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-57980%22])>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **European Court of Human Rights**. JOHN MURRAY vs. Reino Unido, § 43 (tradução livre). Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-57980%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-57980%22])> Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **European Court of Human Rights**. SAUNDERS V. REINO UNIDO, § 71 (tradução livre). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58009&filename=001-58009.pdf>> Acesso em 26 de abr. 2020.

JURIS DAS RECHTSPORTAL. **Dokument information. Beschluss** (Zur Verwertbarkeit von Zeugenaussagen). Datum: 04.05.1979 Beschreibung: KG Berlin 1. Strafsenat | (1) 1 StE 2/77, (1) 1 StE 130/77. Disponível em: <<https://www.juris.de/jportal/prev/BORE041787922>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

JUSTIA. **US Supreme Court**. Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court**. Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/478/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court**. Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) . <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court**. California v. Byers, 402 U.S. 424 (1971). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/402/424/>>. Acesso em 26 de abr.

2020.

_____. **US Supreme Court.** Counselman v. Hitchcock, 142 U.S. 547 (1892). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/142/547/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court.** Fisher v. United States, 425 U.S. 391 (1976). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/391/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court.** Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/380/609/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court.** Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/380/609/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court.** Mackey v. Montrym, 443 U.S. 1 (1979). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/1/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court.** Maryland v. King, 569 U.S. 435 (2013). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/435/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court.** Missouri v. McNeely, 569 U.S. 141 (2013). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/141/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court.** Mitchell v. United States, 526 U.S. 314 (1999). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/526/314/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court.** Mitchell v. United States, 526 U.S. 314 (1999). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/526/314/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court.** Mitchell v. Wisconsin, 588 U.S. (2019). Disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/588/18-6210/>> Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court.** Murphy v. Waterfront Comm'n, 378 U.S. 52 (1964). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/52/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court.** Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court.** South Dakota v. Neville, 459 U.S. 553 (1983). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/459/553/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court.** Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/86/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **US Supreme Court.** United States v. Hubbell, 530 U.S. 27 (2000). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/27/>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

KRAMER, Heinrich e SPRENGER, James. **O Martelo das Feiticeiras**. Trad. Paulo Fróes. 12 ed. Rio de Janeiro: Ed. Rosa dos Tempos, 1997.

LEGISLATION. **The Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988**. Disponível em: <www.legislation.gov.uk/nisi/1988/1987/made>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **The Northern Ireland (Emergency Provisions)**. Disponível em: <www.legislation.gov.uk/uksi/1988/426/made>. Acesso em 26 de abr. 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEVY, Leonard W. **Origins of the Fifth Amendment: the right against self-incrimination**. Chicago: Ivan R. Dee, 1999.

LII. **Legal Information Institute**. BRAM v. UNITED STATES. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/168/532>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v.1. Campinas: Bookseller, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA E SILVA, Sandra. **A liberdade contra a autoincriminação no processo penal: breves considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare***. Porto Alegre: Revista do MPRS, 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. rev., atual., e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PEREIRA, Gisele Mendes. **O Direito ao silêncio no processo penal brasileiro**. 1. ed. Caxias do Sul: Educs, 2012.

PIMENTA BUENO, José Antonio. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Tribunal Constitucional**. Jurisprudência. ACÓRDÃO N.º 34/2012. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120034.html>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Tribunal Constitucional**. Jurisprudência. ACÓRDÃO N.º 418/2013. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130418.html>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Tribunal Constitucional.** Jurisprudência. ACÓRDÃO N.º 479/2010. Disponível em : <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100479.html>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Tribunal Constitucional.** Jurisprudência. ACÓRDÃO N.º 226/99 Processo n.º 559/96. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990226.html>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

_____. **Tribunal Constitucional.** Jurisprudência. ACÓRDÃO N.º 319/95. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950319.html>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

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

RAMOS, Vânia Costa. **Corpus Juris 2000 - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare**, in Revista do Ministério Público (Portugal), n.º 108, Out/Dez de 2006.

REVISTA JURÍDICA. **Memória da Justiça Federal.** Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/18/20>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal.** 25 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SALVAR VIDAS. **Pacote de medidas técnicas para a segurança no trânsito.** Brasília, DF: Organização Pan-Americana da Saúde; 2018. Disponível em: <<https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/34980/9789275320013-por.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SENADO DE ESPAÑA. **Constitución Española**. Disponível em: <www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>. Acesso em 26 de abr. 2020.

TAYLOR, John B. **Right to Counsel and Privilege against Self-Incrimination: rights and liberties under the law**. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2004.

THE NEW YORK STATE SENATE. **Article 31 Alcohol and Drug-related Offenses and Procedures Applicable Thereto**. Disponível em: <<https://www.nysenate.gov/legislation/laws/VAT/T7A31>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Council of Europe. Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 26 de abr. 2020.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Livro V das Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l5p1308.htm>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global status report on road safety 2018**. Disponível em: <<https://www.who.int/publications-detail/global-status-report-on-road-safety-2018>>. Acesso em 26 de abr. 2020.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El Derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019.