

Revista Portuguesa de  
**CIENCIA CRIMINAL**

Diretor: Jorge de Figueiredo Dias | Ano 33 N.º 1 | Quadrimestral | janeiro - abril 2023

SEPARATA

# Princípio do *nemo tenetur* e deveres extrapenais de cooperação com o Estado \*

Adriano Teixeira

Professor da Escola de Direito da  
Fundação Getúlio Vargas São Paulo (FGV Direito)  
Doutor e LL.M pela Ludwig-Maximilians-Universität  
München (Munique, Alemanha)

## I. Introdução

O Estado moderno, altamente complexo e burocrático, para cumprir diferentes incumbências (supervisão, coordenação, arrecadação etc.) frequentemente demanda cooperação de seus cidadãos, sobretudo com o fornecimento de informações <sup>1</sup>. Não raro os deveres de informação e cooperação impostos pelo Estado são executáveis de modo coativo, ou seja, com a aplicação de sanções. Nas — não tão raras — hipóteses em que as informações entregues pelos cidadãos possam revelar indícios da prática de algum crime a ele imputável, esses deveres de cooperação entram em rota de colisão com o vetusto princípio do *nemo tenetur se detegere* ou *nemo tenetur se ipsum accusare* — em língua portuguesa também referido como *princípio da não autoinculpação ou autoincriminação*. O problema que se coloca a partir disso não se relaciona apenas com a identificação dessas hipóteses e com seu equacionamento nos planos legislativo e judicial,

---

\* O presente texto é versão traduzida e encurtada de artigo publicado originalmente na *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, cf. TEIXEIRA, “Der nemo-tenetur-Grundsatz und außerstrafrechtliche Mitwirkungspflichten“, *ZStW* 135, 2023, p. 253-306.

<sup>1</sup> *Jeremy Horder* denomina-o de “Estado burocrático-participativo” (*‘bureaucratic-participatory’ state*), cf. HORDER, “Bureaucratic ‘Criminal’ Law: Too Much of a Bad Thing?”, *Current Legal Problems* 68, 2015, p. 197.

senão prende-se ao fato de que o princípio do *nemo tenetur*, malgrado sua longa existência, ainda não se assenta sobre fundamentos firmes e claros na doutrina e na jurisprudência.

Em realidade, o princípio da não autoincriminação possui um status ambivalente na discussão teórica, podendo ser identificadas a seu respeito duas posturas opostas. Por um lado, o direito do arguido de não produzir provas contra si mesmo é encarado como uma obviedade ou é simplesmente tido como pressuposto <sup>2</sup>. Como prova disso mencionam-se amiúde instrumentos normativos internacionais que chancelam o princípio do *nemo tenetur* — por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos <sup>3</sup>. Por outro lado, é possível perceber um marcante ceticismo, sobretudo na discussão anglo-americana, a respeito até mesmo da razão de existência do instituto <sup>4</sup>. Aduz-se, nesse sentido, ser impossível estabelecer coerente e convincentemente um fundamento para o *nemo tenetur* <sup>5</sup>, de modo que teorizar a respeito revelar-se-ia tarefa inútil <sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Com ulteriores referências VERREL, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren: Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes*, Munique, C.H. Beck, 2001, p. 1; EIDAM, *Die Strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Frankfurt: Peter Lang, 2006, p. 1; RÖSINGER, *Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 1.

<sup>3</sup> Art. 14, 3 g: 3. “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

<sup>4</sup> Com várias referências STUNTZ, “Self-Incrimination and Excuse”, *Columbia Law Review* 88, 1988, p. 1228; em síntese PERALTA, “*Nemo tenetur*: warum eigentlich?”, in: Hilgendorf et al (org.), *Brücken bauen: Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2020, p. 913, 925. Outrora Bentham era o adversário mais célebre do *nemo tenetur*, cf. BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, Book IX, Londres: Hunt and Clarke, 1827, p. 207-208: “Taken by itself, the proposition [*Nemo tenetur se ipsum accusare*: no man is bound to accuse himself], as thus delivered, having its source rather in the affections than in the understanding, has more of rhetoric in it than of logic, and presents no clear idea until it be translated into more simple language. [...] In plain English, the maxim is neither more nor less than so much nonsense”.

<sup>5</sup> DOLINKO, “Is There a Rationale for the Privilege against Self-Incrimination”, *UCLA Law Review* 33, 1985, p. 1064; REDMAYNE, “Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination”, *Oxford Journal of Legal Studies* 27, 2007, p. 210.

Mesmo que não se adote uma das duas posições mencionadas — uma apologia acrítica ou um ceticismo radical —, é patente que ainda pairam muitas dúvidas e incertezas em torno do conteúdo exato e da extensão do princípio da não autoincriminação<sup>7</sup>. A questão que me proponho a enfrentar neste estudo, a da tensão entre o princípio do *nemo tenetur* e deveres extrapenais de cooperação, é apenas um exemplo desse cenário de insegurança<sup>8</sup>.

Esse estado de coisas nos convida a trabalhar o tema em dois planos, correspondentes a duas partes. Na primeira, tratarei dos fundamentos do princípio do *nemo tenetur*, analisando os diferentes modelos de justificação que se oferecem na discussão científica (II). Na

<sup>6</sup> ALLEN, “Theorizing about Self-Incrimination”, *Cardozo Law Review* 79, 2009, p. 730 e ss.

<sup>7</sup> NEUMANN, “Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei koerperlichen Eingriffen im Strafverfahren”, in: Zaczyk/Köhler/Kahlo (org.), *Festschrift für E. A. Wolff*, Berlim: Springer, 1998, p. 373, 383; WOLFLSLAST, “Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung”, *NStZ*, 1987, 103, 104; LORENZ, “‘Operative Informationserhebung’ im Strafverfahren, ‘Unverfügbares’ und Grundrechtsschutz durch ‘institutionelle Kontrolle’”, *JZ*, 1992, p. 1006; H. A. Wolff, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung*, Berlim: Duncker & Humblot, 1997, p. 28; RADTKE, “Selbstbelastungsfreiheit und Beweisbeschränkung im Strafverfahren”, *GA*, 2020, p. 471.

<sup>8</sup> Discute-se, por exemplo, a aplicação do princípio do *nemo tenetur* no âmbito de investigações internas (cf. com ulteriores referências GRECO/CARACAS, “Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit”, *NStZ*, 2015, p. 7; HILLE, *Die Kooperation von Unternehmen mit deutschen Strafverfolgungsbehörden — Internal Investigations, Mitarbeiterinterviews und nemo-tenetur-Grundsatz*, Berlim: Duncker & Humblot, 2020, p. 176 ss.) e para pessoas coletivas (cf. ARZI, “Schutz juristischer Personen gegen Selbstbelastung”, *JZ*, 2003, p. 457 e ss.; QUECK, *Die Geltung des nemo tenetur Grundsatzes zugunsten von Unternehmen*, Berlim: Duncker & Humblot 2005; v. FREIER, “Selbstbelastungsfreiheit für Verbandspersonen?”, *ZStW* 122, 2010, p. 117, 147 e ss.; ZERBES, “Nemo tenetur se ipsum accusare“: Moderne Ansprüche an alte Ideen am Beispiel des Verbandsstrafrechts“, *ZStW* 129, 2017, p. 1035, 1043 e ss.; DANNECKER, “Konturierung prozessualer Gewährleistungsgehalte des nemo tenetur Grundsatzes anhand der Rechtsprechung des EGMR”, *ZStW* 127, 2015, p. 991, 992 e ss.; GOENA VIVES, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa”, *RECPC* 23-22, 2021, p. 2 e ss. No direito português, cf. por todos, ANTUNES, *Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida*, Coimbra: Almedina, p. 53).

segunda parte, lidarei especificamente com a relação entre deveres extrapenais de cooperação e o princípio do *nemo tenetur* (III).

## II. Fundamentos

Eventualmente busca-se a essência, a *ratio* do princípio do *nemo tenetur* em sua história, que remonta ao Século XVI na Inglaterra e à resistência contra o juramento *ex officio* no âmbito das cortes eclesiásticas (*High Commission* e *Star Chamber*)<sup>9</sup>, passando por sua pioneira previsão na Constituição dos Estados Unidos da América (Quinta Emenda)<sup>10</sup> e sua consolidação prática com o advento do direito à defesa técnica prestada por advogado<sup>11</sup>. Entretanto, a par do fato de a historiografia a respeito do princípio do *nemo tenetur* ser prenhe de divergências e pontos de interrogação, não se logrou extrair da história nem o fundamento tampouco os contornos mais precisos do princípio da não autoincriminação. Indisponível a explicação genética do princípio, é preciso prescrutar, portanto, seu fundamento *normativo*.

### 1. Modelos de fundamentação

É possível identificar na discussão científica diferentes modelos de fundamentação do princípio do *nemo tenetur*. Parece-me adequado

---

<sup>9</sup> WIGMORE, “Nemo Tenetur Seipsum Prodere”, *Harvard Law Review* 5, 1891, p. 72 e ss.; LEVY, *Origins of the Fifth Amendment: The Right against Self-Incrimination*, 1968 (Reimpressão Chicago: Ivan Dee, 1999), ix; HELMHOLZ, “Introduction”, in: Helmholtz et al (org.), *The Privilege against Self-Incrimination: Its Origins and Development*, Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p. 12, 15; LANGBEIN, “The Privilege and Common Law Criminal Procedure: The Sixteenth to the Eighteenth Centuries”, in: *The Privilege...cit.*, p. 102 e ss.

<sup>10</sup> GURADZE, “Schweigerecht und Unschuldsvermutung im englisch-Amerikanischen und bundesdeutschen Strafprozess”, in: Commager et al (org.), *Festschrift für Karl Loewenstein*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1971, p. 151, 159; MOGLEN, “The Privilege in British North America: The Colonial Period to the Fifth”, in: *The Privilege... cit.*, p. 109 e ss.

<sup>11</sup> SMITH, “The Modern Privilege: Its Nineteenth-Century Origins”, in: *The Privilege...cit.*, p. 147, 163 e ss.

mencionar três principais: o modelo individual-psicológico (ou naturalista) (a), o modelo processual (b) e o modelo penal(c) <sup>12</sup>.

### a) O modelo individual-naturalista

Bastante célebre na discussão dos fundamentos do *nemo tenetur* é a referência a um dilema — ou até mesmo um trilema — no qual o arguido se encontraria caso existisse um dever de cooperação (especialmente um dever de prestar depoimento) no processo penal. De acordo com a Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, o direito de não se autoincriminar teria como base a “indisposição de sujeitar aqueles que são suspeitos de crime ao cruel trilema de autoacusação, perjúrio ou desacato” <sup>13 14</sup>. É verdade que o argumento do trilema não retém validade universal, pois o falso depoimento do acusado não é punível em todo ordenamento jurídico <sup>15</sup>. Todavia, permanece o dilema consistente na forçosa escolha entre autoincriminação e ulteriores consequências jurídicas indesejadas <sup>16</sup>. Essa situação conflituosa, de coação, na qual o indivíduo se encontraria caso não existisse o direito de não cooperar, seria incompatível com a dignidade humana, com o direito de personalidade e com o imperativo jusnaturalista de *autopreservação* <sup>17</sup>. Conforme essa difundida concepção, constitui verdadeiro ato de *crueldade* coagir alguém a se auto-inculpar <sup>18</sup>, significa uma instrumentalização do sujeito atentatória da dignidade humana <sup>19</sup>.

<sup>12</sup> Estrutura semelhante, porém, não tri, senão bipartida (substantiva e processualista), adotam FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas”, in: Figueiredo Dias/Costa Andrade/Costa Pinto, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 40 e ss.

<sup>13</sup> Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor, 378 U.S. 52.

<sup>14</sup> BVerfG Beschl. v. 25.1.2022 — 2 BvR 2462/18, BeckRS 2022, 1707 Nm. 50.

<sup>15</sup> RANSIEK/WINSEL, “Die Selbstbelastung im Sinne des ‘nemo tenetur se ipsum accusare’-Grundsatzes”, GA, 2015, p. 634.

<sup>16</sup> PUPPE, “List im Verhör des Beschuldigten”, GA, 1978, p. 299.

<sup>17</sup> ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, Berlin: Duncker & Humblot, 1977, p. 146.

<sup>18</sup> Profundamente ROGALL, *Beschuldigte...cit*, p. 139 e ss.; *idem.*, in: *SK-StPO*, T. II, 5. ed, 2016, vor § 133 Nm. 132.

Essa perspectiva individual-naturalista, que concebe o princípio do *nemo tenetur* como um direito subjetivo do cidadão <sup>20</sup> e sugere uma ampliação de seu âmbito de incidência <sup>21</sup>, expõe-se a diversas objeções:

aa) A primeira refere-se ao fato que apenas o *culpado* efetivamente submete-se a essa condição conflituosa ou dilemática, eis que o inocente pode dela evadir-se dizendo a verdade <sup>22</sup>. Por outro lado, o culpado não merece — ou não lhe toca o direito natural de — ser poupado de expor-se a essa situação indesejada, pois foi ele próprio que a gerou ao praticar o crime <sup>23</sup>. Poder-se-ia impugnar essa objeção aduzindo que o princípio do *nemo tenetur* também tem como escopo evitar os riscos que envolvem a participação (não raro desajeitada) do inocente no processo. Essa réplica — cujo teor será analisado mais adiante neste estudo — não é capaz de encobrir o fato de que, de acordo com a concepção ora criticada, a crueldade, a

---

<sup>19</sup> ROGALL, “Das Verwendungsverbot des § 393 II AO”, in: Hirsch et al (org.), *Festschrift für Günter Kohlmann*, Colônia: Otto Schmidt, 2003, p. 497; igualmente DIERLAMM, “Zur Verfassungsmässigkeit des § 393 Abs. 2 S. 2 AO unter besonderer Berücksichtigung des Nemo-tenetur-Prinzips”, in: Amelung et al (org.), *Festschrift für Volker Krey*, Stuttgart: Kohlhammer, 2010, p. 34.

<sup>20</sup> Criticamente WESSLAU, “Zwang, Täuschung und Heimlichkeit im Strafverfahren”, *ZStW* 110, 1998, p. 35; DENNIS, *The Law of Evidence*, Londres: Sweet & Maxwell, 5ª ed., 2013, p. 208.

<sup>21</sup> SCHNEIDER, *Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips auf der Basis eines generalpräventiv-funktionalen Schuldmodells*, Berlin: Duncker & Humblot, 1991, p. 38, 45.

<sup>22</sup> VON FREIER, *cit.*, p. 129; ALLEN, *cit.*, p. 731; REDMAYNE, *cit.*, p. 221; STUNTZ, *cit.*, p. 1239; BOSCH, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998, p. 35; DENNIS, *cit.*, p. 203; RANSIEK/WINSEL, *cit.*, p. 634; PERALTA, *cit.*, p. 9917.

<sup>23</sup> SCHNEIDER, *cit.*, p. 46; PERALTA, *cit.*, p. 917. Nesse sentido LESCH, “Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung”, *ZStW* 111, 1999, p. 637, que afirma não existir um direito autônomo do arguido de ocultar a prática de seu crime; igualmente GRECO, “Warum gerade Beweisverbot”, in: Wolter et al (org.), *Festschrift für Klaus Rogall*, Berlin: Duncker & Humblot, 2018, p. 504; diferentemente SAUTTER, “Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372a ZPO: Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsmässigkeit des § 81 a StPO”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1962, p. 262.

violação da dignidade humana repousariam exatamente na autoincriminação, na forçada participação na própria (e justa) condenação, e não na punição de inocentes.

*bb)* Uma ulterior insuficiência da abordagem individual-naturalista, que se ancora no instinto de autopreservação e autoproteção do ser humano, consiste no fato de não conseguir explicar por que a situação conflituosa do arguido lhe deve conferir apenas um direito à passividade e não também um direito a ações de autofavorecimento — como a destruição de evidências e outros atos de obstrução <sup>24</sup>. Essa ampliação do escopo do princípio do *nemo tenetur*, que seria uma decorrência lógica da premissa inicial da concepção naturalista, não pretende ser aceita pelos representantes dessa abordagem teórica <sup>25</sup>. Essas incongruências aferram-se com ainda mais vigor às concepções que ancoram o princípio do *nemo tenetur* nos direitos à privacidade <sup>26</sup>, à esfera íntima e à autonomia privada <sup>27</sup>. É implausível sustentar um direito a manter recôndita a prática de um crime; a existência de um tal direito praticamente impediria a existência de qualquer forma de persecução penal <sup>28</sup>.

*cc)* Uma outra indesejada forma de “overbreadth” ameaça a coerência da concepção individual-naturalista. Se levada a sério, especialmente sob a ideia de proibição de instrumentalização do indivíduo, ela teria que conduzir à vedação de outras práticas processuais normalmente aceitas e existentes na maioria dos Estados <sup>29</sup>, nomeadamente medidas que importam em deveres de aquiescência ou tolerância, como buscas (pessoais ou domiciliares), apreensões e até

---

<sup>24</sup> GREEN, “The Privilege’s Last Stand: The Privilege Against Self-Incrimination and the Right to Rebel Against the State”, *Brooklyn Law Review* 65, 1999, p. 657; BÖSE, *Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 139; VON FREIER, *cit.*, p. 128; LEITMEIER, “Nemo tenetur” — ein nachteiliges Verfassungsrecht?, *JR*, 2014, p. 376; PERALTA, *cit.*, pp. 913, 917.

<sup>25</sup> Representativamente ROGALL, in: SK-StPO, vor § 133 Nm. 130.

<sup>26</sup> GERSTEIN, “Privacy and Self-Incrimination”, *Ethics* 80, 1970, p. 99 e ss.

<sup>27</sup> Referências em DOLINKO, *cit.*, p. 1138.

<sup>28</sup> SCHNEIDER, *cit.*, p. 46; STUNTZ, *cit.*, p. 1234; DENNIS, *cit.*, p. 203.

<sup>29</sup> DOLINKO, *cit.*, p. 1137.

mesmo intervenções corporais intrusivas<sup>30</sup>. Não é compreensível por que deveres ativos de cooperação são vistos como forma de instrumentalização (ilegal) do arguido e medidas imponíveis até por *vis absoluta* não recebem essa pecha<sup>31</sup>. Pois, como *Neumann* aduz de forma pertinente: “também aquele que é forçado a colocar seu corpo à disposição para a obtenção de evidências produz, com sua pessoa, provas contra si mesmo”<sup>32</sup>.

*dd*) Por fim, indicam-se outras contradições que permeiam essa abordagem focada na ideia de “autopreservação”. Aponta-se que a condição dilemática do arguido não é, em todos os casos, tão dramática ou indigna tal qual a concepção ora analisada supõe — por exemplo quando a sanção cominada é uma pena pecuniária ou multa<sup>33</sup>. Não obstante, ninguém defende que o direito à não autoincriminação deva ser inaplicável nesses casos ou que sua aplicação

---

<sup>30</sup> SCHNEIDER, *cit.*, p. 47 e ss.; KÖHLER, “Prozeßrechtsverhältnis und Ermittlungseingriffe“, *ZStW* 107, 1995, p. 33; VERREL, “Nemo tenetur — Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes — 2. Teil“, *NStZ* 1997, p. 418; NEUMANN, *cit.*, p. 382; BÖSE, *Wirtschaftsaufsicht...cit.*, p. 140; WOHLERS, “Nemo tenetur se ipsum accusare — an obstruction to the administration of justice?”, *in*: Hettinger et al (org.), *Festschrift für Wilfried Küper*, Heidelberg: Müller, 2007, p. 697; VON FREIER, *cit.*, 129; RÖSINGER, *Freiheit...cit.*, p. 127 e ss. Cf. porém, SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, *in*: Bettermann/Niperdey/Scheuner (org.), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Dritter Band, 2. Halbband, Berlin: Duncker & Humblot, 1959, p. 986, que reputa inconstitucional o § 81a StPO (Código de Processo Penal alemão, na redação da época), que prevê intervenções corporais para fins de coleta de provas.

<sup>31</sup> VON FREIER, *cit.*, p. 130; ver ainda BENTHAM, *cit.*, p. 232: “Not that, in any such act of violence, considered as a necessary means to a necessary end, there is anything to blame (deveres de cooperação e deveres de tolerância): it is on the score of inconsistency, and that alone, that is here worth mentioning. Two means to the same end: the one violent — the other free from violence. The quiet one is too violent for you: you embrace the violent one; and not only in preference to the other, but to the exclusion of it: and this is your delicacy, your tendernee ss”.

<sup>32</sup> NEUMANN, *cit.*, p. 385. Em sentido próximo WOLFLAST, *cit.*, p. 104, que afirma que a humilhação de ser — ter que ser — instrumento contra si mesmo, sob circunstâncias, pode ser ainda maior nos casos de passividade forçada do que nos casos de cooperação ativa.

<sup>33</sup> VON FREIER, *cit.*, p. 129.

deva depender da gravidade da sanção cominada <sup>34</sup>. Ao invés, o instinto de preservação é ainda mais forte quando outras consequências não penais ou não estatais ameaçam ocorrer em caso de cooperação (forçada) — por exemplo, danos reputacionais, demissão etc. No entanto, é cediço que o princípio da não autoincriminação não incide nesse tipo de caso, que ocorre normalmente no âmbito estritamente privado, como em relações trabalhistas <sup>35</sup>.

### b) O modelo processual

Outra conhecida vertente deriva a liberdade de não cooperar com a persecução estatal da estrutura e dos princípios informadores do processo penal. Por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) ancora o princípio do *nemo tenetur* na noção de devido processo ou de processo justo (*fair trial*), plasmada no Art. 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) <sup>36</sup>. Segundo alguns autores, distintamente da concepção individual-naturalista, o direito de não produzir provas contra si mesmo seria um “simples direito processual-penal” que toca ao arguido e a determinadas testemunhas <sup>37</sup>.

Não nos interessa aqui propriamente a questão a respeito do status constitucional (ou infraconstitucional) do princípio do *nemo teneatur*, mas sim os argumentos que a concepção processualista oferece para fundamentar sua vigência. Dentro da abordagem processualista,

<sup>34</sup> VON FREIER, *cit.*, p. 129.

<sup>35</sup> INBAU, “Should We Abolish the Constitutional Privilege against Self-Incrimination?”, *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science* 45, 1954, p. 182 s.

<sup>36</sup> Sobre isso DENNIS, *cit.*, p. 161; BUCHHOLZ, “Die Selbstbelastungsfreiheit im Lichte der EU-Richtlinie 2016/343 vom 9.3.2016”, *HRRS*, 2018, p. 457. Ademais, sobre a vagueza do conceito de “Fair Trial” ver SCHÜNEMANN, “Faires Verfahren und Urteilsabsprachen im Strafverfahren”, *GA*, 2018, p. 187; GRECO, “Reflexionen zum fairen Verfahren”, *in*: Hilgendorf/Schünemann/Schuster (org.), *Verwirklichung und Bewahrung des Rechtsstaats*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 125 e ss.

<sup>37</sup> PETERS, “Literaturbericht”, *ZStW* 91, 1979, p. 123; igualmente *Leitmeier, cit.*, p. 375.

o direito à não autoincriminação é visto como derivação de três sub-princípios: *aa)* o princípio acusatório; *bb)* o direito de defesa; e *cc)* a presunção de inocência.

*aa)* Haveria uma conexão não apenas histórica, senão normativa, entre a implementação do princípio acusatório e a liberdade de não cooperar — não apenas no ambiente common law, mas também no sistema romano germânico, de tradição inquisitorial<sup>38</sup>. Segundo *Weßlau*, é prerrogativa exclusiva da acusação trabalhar para alcançar uma condenação, sem qualquer colaboração do seu “adversário”, o arguido; é a acusação que carrega nos ombros todo o ônus de provar a culpa, cabendo-lhe, portanto, utilizar apenas o material probatório obtido sem a cooperação do arguido<sup>39</sup>.

Contudo, assumindo que sua premissa seja verdadeira, o argumento não é capaz de fornecer (sozinho) o fundamento da liberdade de não cooperação. Um virtual dever de cooperação do acusado não faria desaparecer o ônus probatório da acusação, tampouco necessariamente significaria que o acusado carregaria o ônus de provar sua inocência. Ninguém diria, por exemplo, que a testemunha é portadora do ônus da prova apenas por ter o dever de testemunhar<sup>40</sup>. Mesmo que não existisse o direito do arguido ao silêncio, a acusação permaneceria com o ônus de comprovar a prática do delito. Não há, portanto, um liame *lógico ou necessário* entre o princípio acusatório e o princípio do *nemo tenetur*<sup>41</sup>.

*bb)* Não distante da linha argumentativa mencionada acima está o ponto de vista, mais plausível, segundo o qual a liberdade de não cooperação é pressuposto do direito de defesa ou do direito de ser ouvido no processo. O direito de defesa seria outra decorrência do moderno sistema acusatório, que confere ao arguido o status de

---

<sup>38</sup> SEEBODE, “Über die Freiheit, die eigene Strafverfolgung zu unterstützen”, *JA*, 1980, p. 496, que, porém, menciona mais uma lista de fundamentos para o princípio do *nemo tenetur* (presunção de inocência, livre desenvolvimento da personalidade, dignidade humana).

<sup>39</sup> WESSLAU, *cit.*, 33.

<sup>40</sup> Precisamente PERALTA, *cit.*, p. 923.

<sup>41</sup> Com a mesma conclusão ROGALL, *Beschuldigte...cit.*, p. 107 s.; distintamente DANNECKER, *cit.*, 391.

sujeito de direito e não de mero objeto do processo. Segundo essa posição, o arguido estará apto a se defender efetivamente apenas caso disponha de “autonomia comunicativa”, o que seria incompatível com um dever de prestar depoimento <sup>42</sup>. O direito de participar livremente do processo, argumenta-se, sequer poderia ser pensado sem a previsão do direito ao silêncio <sup>43</sup>.

Esses argumentos carregam certa dose de plausibilidade. Com efeito, o direito de não cooperar com a persecução “encaixa” perfeitamente em um contexto processual no qual o arguido goza de amplos poderes de participação e de defesa. Contudo: como fundamento para o princípio do *nemo tenetur*, essa argumentação permanece pouco específica. Ela não leva em consideração a especial condição a que o cidadão se submete em um processo penal. Direito a ser ouvido, direito de defesa, de participação no processo etc, tudo isso tem de ser assegurado, em menor ou maior grau, também nos processos civis e administrativos. No entanto, nos procedimentos cíveis, a liberdade de (não) cooperação não é assegurada às partes na mesma medida em que no processo penal <sup>44</sup>. Por isso, essas considerações de natureza processual afiguram-se mais como argumento complementar do que como fundamentação única do princípio do *nemo tenetur* <sup>45</sup>.

cc) Outra famosa linha de derivação do direito à não autoincriminação arranca da *presunção de inocência*. O argumento assemelha-se ao já mencionado posicionamento que localiza a ratio do *nemo tenetur* no princípio acusatório. De acordo com essa linha argumentativa, a distribuição do ônus da prova em detrimento do Estado é emanação da *presunção de inocência* e corresponde a uma divisão de papéis segundo a qual o arguido é isento de qualquer ônus probatório. Seria então incompatível com essa distribuição de papéis se o arguido fosse

<sup>42</sup> Com ulteriores referências BOSCH, *cit.*, p. 98 e ss.; LESCH, ZStW 1999...*cit.*, 638; BÖSE, Wirtschaftsaufsicht...*cit.*, p. 181.

<sup>43</sup> BOSCH, *cit.*, p. 123.

<sup>44</sup> A respeito dessa objeção BÖSE, Wirtschaftsaufsicht...*cit.*, p. 170; semelhante crítica em ANDERS, “Internal Investigations — arbeitsvertragliche Auskunftspflicht und der nemo-tenetur-Grundsatz” *Wistra*, 2014, p. 332.

<sup>45</sup> Assim H. A. WOLFF, *cit.*, p. 32.

obrigado a produzir provas contra si mesmo <sup>46</sup>. Em outras palavras, o arguido não tem o dever de provar sua inocência <sup>47</sup>.

Contudo, novamente, um dever de declarar do arguido não seria incompatível com o dever do magistrado de ter de partir da premissa da inocência do réu e proceder a uma condenação apenas na hipótese de a acusação ter se desincumbido de cumprir todo seu ônus probatório. Além disso, seguindo a lógica de que “do arguido, enquanto adversário, nunca pode se cobrar cooperação” <sup>48</sup>, todos os deveres de tolerância ou “deveres passivos de cooperação” vigentes no processo penal (busca e apreensão, interceptações etc) teriam retirada sua base de justificação <sup>49</sup>. Do ponto de vista lógico, portanto, a liberdade de não cooperar do arguido não decorre diretamente da presunção de inocência <sup>50</sup>.

É possível, todavia, interpretar essa concepção do *nemo tenetur* fundada na presunção de inocência de uma outra maneira, conferindo-lhe um outro sentido, um outro alcance, nomeadamente com a seguinte consideração: a culpa do arguido não pode ser presumida e, em razão disso, não pode servir como *fundamento* para um eventual dever de declarar ou cooperar com a persecução <sup>51</sup>. Não obstante, a razão que fundamenta a cooperação do cidadão no processo penal não é a culpa, mas sim uma espécie de “dever civil”, um “dever geral político-civil no interesse da busca da verdade” <sup>52</sup>, que subjaz justamente ao *dever da*

<sup>46</sup> ARNDT, “Das Schweigen vor Gericht”, *NJW*, 1966, 869, 870; DINGELDEY, “Der Schutz der strafprozessualen Aussagefreiheit durch Verwertungsverbote bei außers-  
trafrechtlichen Aussage- und Mitwirkungspflichten” *JA*, 1984, 407, 409; GURADZE,  
*cit.*, p. 160; SCHUHR, in: MüKo-StPO, vor §§ 133 Nm. 66; DANNECKER, *cit.*, p. 390.

<sup>47</sup> BGHSt. 49, 56, 58.

<sup>48</sup> SCHNEIDER, *cit.*, p. 36.

<sup>49</sup> Precisamente REDMAYNE, *cit.*, p. 219.

<sup>50</sup> Com a mesma conclusão CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, *The Criminal Process*, 5ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 119; BOSCH, *cit.*, p. 36; ROGALL, *Beschuldigte...cit.*, p. 109 s.; H. A. WOLFF, *cit.*, p. 36; BÖSE, *Wirtschafts-  
aufsicht...cit.*, p. 174 e ss.

<sup>51</sup> Nesse sentido LEUE, *Der mündliche öffentliche Anklage-Prozess und der  
geheime schriftliche Untersuchungs-Prozess in Deutschland*, Aachen/Leipzig: Jaco-  
n Anton Mayer, 1840, p. 128.

<sup>52</sup> BVerfG NJW 1981, 1431, 1432. Vale notar ainda a posição de AMELUNG,  
*Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess: Dogmatische Grundlagen*

*testemunha* de prestar depoimento no processo <sup>53</sup>. Isso significa que existe uma razão — sobre a qual se pode discutir do ponto de vista da filosofia do estado, mas que em geral é aceita em diversas ordens estatais <sup>54</sup> — que justifica o dever de colaboração do cidadão independente de culpa. Razão essa, portanto, que não é invalidada (diretamente) pela presunção de inocência, sem o aporte de ulteriores considerações.

De todo modo, o argumento da presunção de inocência serve para mostrar que um dever de cooperação do arguido não pode ser fundamentado com base em sua responsabilidade pelo fato ilícito, tampouco por ter dado causa à instauração do processo. Em suma, é verdade que o direito à não autoincriminação não decorre diretamente e apenas da presunção de inocência <sup>55</sup>; esta, no entanto, representa um óbice para uma virtual justificação positiva de um dever de cooperação do arguido <sup>56</sup>. Mais à frente, será visto que esse ângulo de análise será essencial para a fundamentação do princípio do *nemo tenetur*.

### c) O modelo penal (ou do princípio da culpa)

O elemento especificamente *penal*, que leve seriamente em consideração a perspectiva da sanção criminal para a fundamentação do *nemo tenetur* e que se revelava ausente nos modelos analisados até então, é encontrado por alguns autores no *princípio jurídico-penal da culpa*. Segundo H. A. Wolff, por exemplo, a garantia do princípio do *nemo tenetur* decorre da necessidade de encarar o delinquente

---

*individualrechtlicher Beweisverbote*, Berlim: Duncker & Humblot, 1990, p. 35, que concebe o dever de prestar depoimento da testemunha como exceção ao direito geral de liberdade de expressão garantido no Art. 2 I GG (Grundgesetz = Constituição alemã).

<sup>53</sup> Nesse sentido PERALTA, *cit.*, p. 922.

<sup>54</sup> Cf. HELMERS, *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts*, Berlim: Duncker & Humblot, 2016, p. 284 s., que entende que um dever geral de testemunhar, enquanto dever jurídico, é *compreensível* (verständlich), porém representa um caso-limite do ponto de vista legitimatário. Ainda sobre o dever geral do cidadão de fornecer informações ao Estado LEE, “The state’s right to evidence and duties of citizenship”, *Philosophical Issues*, 2021, p. 1, 10 e ss.

<sup>55</sup> Nesse sentido VON FREIER, *cit.*, p. 133, 135.

<sup>56</sup> Assim RÖSINGER, *Freiheit...cit.*, 49.

como sujeito autônomo (*Selbständige*), especialmente no processo penal, devido à perspectiva da sanção criminal. Autonomia (*Selbständigkeit*) no processo importa em desonerar o arguido de qualquer tipo de dever material <sup>57</sup>. O princípio do *nemo tenetur*, segundo *Wolff*, afigura-se como consequência necessária da estrutura jurídico-processual que subjaz à imposição de uma pena. Em expressa divergência com a concepção individual-naturalista (supra *a*)), o autor afirma que o “fundamento do princípio do *nemo tenetur* não é um direito fundamental tido como direito de defesa contra o Estado [*Abwehrrecht*] em sentido clássico, mas sim [o fundamento do *nemo tenetur* é] o princípio de acordo com o qual o poder punitivo se constitui materialmente; esse princípio é o princípio da culpa” <sup>58</sup>. Afinal, apenas o princípio da culpa poderia gerar a conexão entre o princípio do *nemo tenetur* e a sanção criminal <sup>59</sup>. Em postura similar, partindo da ideia hegeliana segundo a qual a pena serve para restabelecer a validade do Direito, *von Freier* sustenta que a liberdade de (não) cooperação é o correlato jurídico-processual do princípio da culpa <sup>60</sup>.

O recurso ao princípio da culpa é uma louvável tentativa de levar devidamente em consideração a especificidade do processo *penal* — e do direito penal — na fundamentação do princípio da não autoincriminação. No entanto, essa abordagem não convence inteiramente. O princípio da culpa é uma barreira deontológica para a inflicção de uma pena, barreira esta que se ergue diante de finalidades teleológicas, preventivas <sup>61</sup>. Seu teor determina que o agente deve ser responsabilizado penalmente apenas por aquilo que podia conhecer e evitar <sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> H. A. WOLFF, *cit.*, p. 56.

<sup>58</sup> H. A. WOLFF, *cit.*, p. 59 (“Grundlage des nemo tenetur Prinzips ist daher auch nicht ein Grundrecht als Abwehrrecht im klassischen Sinne, sondern das Prinzip, nach dem die Strafgewalt inhaltlich konstituiert ist; dieses Prinzip ist der Schuldgrundsatz“, tradução livre).

<sup>59</sup> H. A. WOLFF, *cit.*, p. 60

<sup>60</sup> VON FREIER, *cit.*, p. 138; de acordo ANDERS, *cit.*, p. 332.

<sup>61</sup> GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, Berlim: Duncker & Humblot, p. 247 e ss.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 5.<sup>a</sup> ed., Munique: C.H Beck, 2020, § 3 Nm 51.

<sup>62</sup> SCHÜNEMANN, “Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland”, in: Hirsch/Weigend (org.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und*

Culpabilidade ou culpa (em sentido amplo) <sup>63</sup> é condição necessária (não suficiente <sup>64</sup>) para a imposição de uma pena. A participação ativa em um processo penal não é o mesmo que uma punição, até mesmo a cooperação passiva não o é, eis que o processo penal, embora represente sim uma intervenção na esfera de liberdade do cidadão (cf. *infra d*)), não é precisamente uma pena <sup>65</sup>.

Essa abordagem orientada ao direito penal substantivo apreende, porém, algo de essencial, nomeadamente o fato de que é devida uma especial justificação para a cooperação ativa do cidadão em um processo cujo resultado (legítimo) é a veiculação pública de um juízo de censura de natureza ético-social e a inflição de um mal sensível contra o mesmo indivíduo. Em outras palavras, lembrar do que está em jogo num processo penal (possível inflição de um castigo, de dor e censura) estressa a dificuldade em justificar por que o cidadão teria a obrigação de cooperar ativamente em uma intervenção em sua esfera de liberdade consubstanciada no processo penal.

#### **d) Tomada de posição: A liberdade de não cooperação como desoneração de um dever testemunhal**

Não tenho como pretensão aqui desenvolver uma nova e original

---

*Deutschland*, Berlim: Duncker & Humblot, 1989, p. 160; HÖRNLE, “Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips”, in: *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht — Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen — Festschrift für Klaus Tiedemann*, Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2008, p. 340.

<sup>63</sup> Sobre as diferentes acepções do conceito de culpa ou culpabilidade no direito penal ver ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlage der strafrechtssystematische Schulddlehre*, Berlim: Schweitzer, 1974, p. 1 ss.; TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena*, São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 115 e ss.

<sup>64</sup> SCHÜNEMANN, “Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda”, *ZIS*, 2016, p. 654, 658 (tradução em língua portuguesa em: TEIXEIRA (coord.)/SCHÜNEMANN, *Direito penal, racionalidade e dogmática: Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*, São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 21 e ss.)

<sup>65</sup> GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, Berlim: Duncker & Humblot, 2015, p. 235.

teoria do princípio do *nemo tenetur*, senão tentar explorar e precisar uma abordagem já presente na discussão e extrair dela consequências para o problema da tensão entre deveres extrapenais de cooperação e o princípio da não autoincriminação.

aa) *Considerações metodológicas e normológicas*

Revela-se um erro metodológico dos modelos anteriormente analisados, sobretudo da concepção individual-naturalista, apreender o direito à não autoincriminação como um direito (fundamental) ou uma posição jurídica preexistente que toca a qualquer cidadão, em qualquer tempo (tal qual, por exemplo, a dignidade humana, o direito de personalidade, o direito à privacidade, propriedade etc), e que seria violado pela coação estatal à cooperação <sup>66</sup>.

A estrutura normológica do princípio do *nemo tenetur* indica que o foco de análise deve ser dirigido a outro lugar. Um breve olhar para a discussão anglo-americana mostra-se, para esse propósito, auspicioso. No ambiente anglo-saxônico, o direito à não autoincriminação é majoritariamente designado como “*privilege against self-incrimination*”. Segundo o famoso esquema *hohfeldiano*, “*privilege*” é simplesmente o contrário de um “dever” (*duty*) e o correlativo de um “não-direito” (*no-right*) <sup>67</sup>. Transposta essa estrutura para o tema de nossa investigação: a testemunha tem o dever (*duty*) de cooperar, de prestar depoimento, ela não possui o privilégio (*privilege*) de não o fazer. O arguido, por outro lado, não tem o dever de declarar ou colaborar, toca-lhe, pois, o privilégio (*privilege*) de deixar de fazê-lo, enquanto o Estado *não* tem o *direito* de obrigá-lo a depor. Nas próprias palavras de *Hohfeld*: “So, also, in the law of evidence, the privilege against self-crimination signifies the mere negation of a duty, to testify, — a duty which rests upon a witness in relation to all ordinary matters” <sup>68</sup>. *Pawlik*, igualmente, descreve de maneira precisa a

<sup>66</sup> Nesse sentido RÖSINGER, *Freiheit...cit.*, p. 28, 30.

<sup>67</sup> HOHFELD, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *The Yale Law Journal* 23, 1913, p. 32.

<sup>68</sup> HOHFELD, *cit.*, p. 40.

estrutura normológica do princípio do *nemo tenetur*: “Um direito à não cooperar pode construtivamente afigurar-se meramente como exceção a um dever basilar de cooperação” <sup>69</sup>.

Assim, pode ser formulada a pergunta correta: Por que o arguido é desonerado desse dever geral de cooperação; ou por que esse dever não pode ser justificado perante o arguido?

A resposta a essa indagação pode ser encontrada apenas por meio de uma análise da posição do arguido no processo penal <sup>70</sup>. É certo que ele ainda não se submete ao mal da pena, mas sim, distintamente de terceiros não-suspeitos (ex: testemunhas), ao *mal do processo penal*. Conforme *Greco*, o mal (Übel) corporificado pelo processo penal constitui-se por uma *ameaça latente* (da pena) e uma por *suspeita qualificada* que se erige contra o indivíduo <sup>71</sup>. Em sentido próximo, *Lesch* salienta que no processo penal, diferente do que ocorre com as testemunhas, para o arguido sempre estará em jogo uma decisão de culpa ou de inocência, sendo que “a primeira alternativa é associada a gravosas consequências, nomeadamente a imposição de uma pena” <sup>72</sup>.

#### bb) O arguido como destinatário de um sacrifício especial

O investigado e sobretudo o acusado em um processo penal encontram-se, portanto, em uma posição de intrínseca vulnerabilidade. Nesse contexto, é decisiva a seguinte consideração: por força da presunção de inocência, o arguido não pode ser considerado responsável por essa situação ou posição (de submissão a um processo criminal) e, por isso, eventuais deveres de cooperação não podem ser

---

<sup>69</sup> PAWLIK, “Verdeckte Ermittlungen und das Schweigerecht des Beschuldigten”, *GA*, 1998, p. 381. “Ein Recht auf Nichtmitwirkung kann sich konstruktiv lediglich als Ausnahme von einer grundsätzlichen Mitwirkungspflicht ergeben” (tradução livre); *idem.*, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 107 Nr. 592. Em sentido próximo DANNECKER, *cit.*, p. 393.

<sup>70</sup> Nesse sentido SAUTTER, *cit.*, p. 244.

<sup>71</sup> GRECO, *Strafprozesstheorie...cit.*, p. 131.

<sup>72</sup> LESCH, “Anmerkung — Beschl. des BGH v. 12. 1. 2005-5 StR 191/04”, *JR*, 2005, p. 303.

fundamentados com base em “considerações de imputação” (*Zurechnungserwägungen*)<sup>73</sup>. Diversamente da situação do condenado (pressupondo que o processo que culminou em sua condenação foi devidamente conduzido), que por meio da prática do crime contribui com a sua própria punição, é possível enredar-se no papel de arguido sem ter feito nada para tanto<sup>74</sup>. Mesmo na hipótese em que a suspeita se revela fundada, o arguido não pode ser tratado como culpado, pois vige a presunção de inocência. Esse aspecto, pouco observado, já fora plasticamente posto em relevo por *Beling* no início do século passado<sup>75</sup>.

Impõe-se, portanto, partir da premissa segundo a qual devem ser exigidos de arguidos e terceiros não-suspeitos diferentes níveis de autossacrifício em prol da persecução, que se traduzem em distintos tipos de deveres em face das autoridades estatais-persecutórias<sup>76</sup>. Terceiros não-suspeitos têm de contar, é verdade, com determinados — em regra, poucos e limitados — deveres de cooperação (ativa ou passiva) coercíveis no processo penal; contra eles, porém, não pende uma suspeita qualificada, tampouco uma latente ameaça de inflição de uma pena, como no caso do arguido. É adequado, portanto, usando a oportuna nomenclatura do direito de polícia, designar o arguido como *destinatário de um sacrifício especial* (*Sonderopfer*) — o de suportar o (mal do) processo penal sem tê-lo provocado — e tratá-lo, para efeitos normativos, como tal<sup>77</sup>. Enxergá-lo dessa maneira modifica sensivelmente os critérios para atribuição de deveres ao arguido no âmbito da persecução penal. Evidentemente, isso impacta a fundamentação do princípio do *nemo tenetur*, que tematiza o dever de cooperação ativa do arguido.

---

<sup>73</sup> Cf. FRISTER, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvormutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 1988, p. 103.

<sup>74</sup> GRECO, *Strafprozesstheorie...cit.*, p. 130.

<sup>75</sup> BELING, *Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1913, p. 8.

<sup>76</sup> KÖHLER, *cit.*, p. 17.

<sup>77</sup> Cf. LESCH, JR 2005... *cit.*, p. 302, 302; próximo FRISTER, *Schuldprinzip... cit.*, p. 121.

cc) O princípio do *nemo tenetur* como direito de proteção do inocente?

Nesse cenário, reemergem os argumentos que conectam o princípio do *nemo tenetur* com a presunção de inocência, bem como, e especialmente, posições que sustentam que o sentido do direito à não autoincriminação é *proteger o inocente*<sup>78</sup>. O pensamento subjacente a essa posição é o seguinte: para o arguido pode ser desvantajoso ter que prestar depoimento no curso da investigação ou no processo, seja por estar nervoso ou ter dificuldade de se expressar, seja pela complexidade do substrato fático-probatório, *mesmo que ele seja inocente*. Nesse contexto, uma palavra mal colocada, uma explicação mal dada, pode ser fatal e conduzir à uma condenação<sup>79</sup>.

Esses argumentos de base empírica, porém, já foram diversas vezes refutados na discussão científica. Contra a tese da proteção do inocente alude-se, por exemplo, ao grande número de condenações de acusados que fizeram uso do direito ao silêncio e aos poucos casos

---

<sup>78</sup> Esse argumento aparece por vezes na discussão angloamericana. Assim, por exemplo, US SUPREME COURT: “It was generally regarded then, as now, as privilege of great value, a protection to the innocent though a shelter to the guilty”, *Twining v. State*, 211 U.S. 78 (1908); *Quinn v. United States*, 349 U.S. 155 (1955).

<sup>79</sup> Ver GRISWOLD, “The Fifth Amendment: The Privilege against Self-Incrimination”, *The Australian Quarterly* 26, 1954, p. 29: “There is, for example, the case of the man who has killed another in self defence, or by accident, without design or fault. He has committed no crime, yet his answer to the question whether he killed the man may well incriminate him. At the very least it will in effect shift the burden of proof to him so that he will have to prove his own innocence. Indeed, the privilege against self incrimination may well be thought of as a companion of our established rule that a man is innocent until he has been proved guilty. [...] But we should not forget that a person on the witness stand may be badly frightened, even though he is wholly innocent“. Cf. também GREEN, *cit.*, 689; LESCH, JR 2005... *cit.*, p. 303 e, ainda, com uma análise baseada na teoria dos jogos, SEIDMANN/STEIN, “The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege”, *Harvard Law Review* 114, 2000, p. 430, sendo que o principal argumento dos autores é que seria atribuído menos peso às declarações exoneratórias do arguido inocente na ausência de um direito ao silêncio; a respeito OLIVEIRA E SILVA, *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 230 e ss.

nos quais o direito a permanecer calado de fato ajudou <sup>80</sup>. Essas objeções adquirem ainda mais força nos ordenamentos jurídicos nos quais se permite que o juiz valora negativamente o silêncio do arguido, como na Inglaterra <sup>81 82</sup>.

Outra insuficiência desses argumentos empíricos-psicológicos é que eles, no máximo, serviriam para a fundamentação do direito ao silêncio no processo penal ou na investigação criminal, mas não para a justificação da liberdade de não cooperação em relação a outros comportamentos processuais nos quais o arguido não se encontra em uma situação de pressão psicológica em tempo real (como num interrogatório) — pense-se em possíveis deveres de emissão de declarações por escrito, de documentação, produção e entrega de documentos etc. <sup>83</sup>

Contudo, o “argumento da proteção do inocente” não precisa depender das razões empíricas com as quais se procura lastreá-lo — e as quais, como visto, expõem-se a objeções também de ordem empírica. Há, antes, razões da natureza *normativa* capazes de sustentar o argumento <sup>84</sup>. A ideia, sucintamente, é a seguinte: o cidadão, que

---

<sup>80</sup> GREENAWALT, “Silence as a moral and constitutional right”, *William & Mary Law Review* 23, 1981-1982, p. 40; DOLINKO, *cit.*, p. 1075; DRIPPS, “Against Police Interrogation and the Privilege Against Self-Incrimination”, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 78, 1988, p. 715; DENNIS, *cit.*, p. 197 e ss. Nesse sentido já anteriormente BENTHAM, *cit.*, p. 238; cf. ainda FRIENDLY, *University of Cincinnati Law Review* 37, 1968, p. 680, que chega afirmar o contrário, ou seja, que o direito ao silêncio prejudica o inocente.

<sup>81</sup> Sobre a valoração negativa do silêncio na Inglaterra: O'REILLY, “The Fifth Amendment Tomorrow: The Case for Constitutional Change”, *Journal of Criminal Law and Criminology* 85, 1994, p. 423 e ss.; CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, *cit.*, p. 141 e ss.

<sup>82</sup> DOLINKO, *cit.*, p. 1075; PERALTA, *cit.*, p. 918. Para uma contra-crítica de natureza empírico-consequencialista STEIN, “The Right to Silence Helps the Innocent: A Response to Critics”, *Cardozo Law Review* 30, 2008, p. 1115.

<sup>83</sup> A respeito desse grupo de casos cf. *infra* III. 4. b.

<sup>84</sup> Nesse tocante, é oportuna a comparação com a fundamentação (normativa) da presunção de inocência. A inocência não é presumida porque em regra, estatisticamente, o arguido é inocente, cf. CLARK, “The Juror, the Citizen, and the Human Being: The Presumption of Innocence and the Burden of Judgment”, *Criminal Law and Philosophy* 8, 2014, p. 424: “Note first that the presumption of

não pode ser visto como responsável por estar no papel de arguido, tem o direito de minimizar os riscos de uma condenação mantendo distância e permanecendo passivo perante a persecução penal.

Essa posição, que aqui arrisco denominar de “argumento da proteção do inocente *normativizado*”, é provavelmente a adotada por *Greco* e, possivelmente, por *Rösinger*. Para o primeiro, no âmbito de sua original investigação acerca de por que o cidadão — inocente, presumidamente — tem de suportar um processo penal <sup>85</sup>, a fundamentação mais convincente e historicamente plausível do direito ao silêncio repousa no argumento de que o dever de colaboração do arguido coloca em risco justamente o inocente. Assim, o culpado seria o feliz “caroneiro” que goza das vantagens decorrentes do fato de o processo penal ter como escopo poupar o inocente <sup>86</sup>. Não distante dessa linha argumentativa está a concepção de *Rösinger*. A autora igualmente parte da premissa de que o acusado não pode ser considerado responsável — ou *perturbador* (*Störer*), no jargão do direito de polícia — pela suspeita que recai sobre ele e que embasa a existência do processo <sup>87</sup>. Levando, ademais, em consideração o fator de *insegurança* <sup>88</sup> que marca a realidade do processo penal, a autora postula um “interesse de distância” (*Distanzinteresse*) a que faz jus o arguido e que lhe desonera de qualquer tipo de dever (ativo) no âmbito do processo <sup>89</sup>.

---

innocence is fundamentally different from other evidentiary presumptions that give rise to shifted or heightened burdens of proof. It is not merely a default rule; and, more to the point, it is not a statement of factual probability. We do not in fact believe that most defendants are innocent in the same way we believe that most letters properly mailed are received or that most people not heard from for 7 years are probably dead. Instead, the presumption of innocence is a stance, a declared starting point”.

<sup>85</sup> GRECO, *Strafprozesstheorie...cit.*, p. 133 e ss.

<sup>86</sup> GRECO, *Strafprozesstheorie...cit.*, p. 257, Nr. 948.

<sup>87</sup> RÖSINGER, *Freiheit...cit.*, p. 230. Assim já anteriormente GRECO, *Strafprozesstheorie...cit.*, p. 289, que afirma que o processo penal direciona-se contra um *Nichtstörer*, ou seja, um “não-perturbador”.

<sup>88</sup> Essa aspecto já fora relevado por ESER, “Der Schutz vor Selbstbezeichnung in deutschen Strafprozeßrecht”, *ZStW* 86, 1974, p. 137.

<sup>89</sup> RÖSINGER, *Freiheit...cit.*, p. 258, *passim*.

dd) *Concretização*

Essa linha de argumentação, que me parece essencialmente correta, todavia pode concretizar-se e desenvolver-se um pouco mais para o presente propósito de encontrar o fundamento do princípio do *nemo tenetur*.

Para que a liberdade de não cooperação do arguido seja corretamente apreendida, é preciso jogar luzes sobre a estrutura do dever de cooperação por excelência no âmbito do processo penal, qual seja, o *dever de testemunhar*. Esse dever, em princípio válido para qualquer cidadão, apresenta um certo paralelismo como o dever de auxílio do crime de omissão de auxílio — ou omissão de socorro — (§ 323c StGB; art. 219, Código Penal português). Ambos os deveres de ação (testemunho e auxílio) não se baseiam na responsabilidade pessoal por um ilícito ou pela criação de um perigo, senão decorrem de uma ideia de “reponsabilidade participativa ou compartilhada” (*Teilhabehaftung*), que concerne igualmente a qualquer cidadão<sup>90</sup> — aqui cabe uma vez mais a analogia com o direito de polícia, nomeadamente o estado de necessidade policial, de acordo com o qual sujeitos não-responsáveis (aos quais não se imputa um perigo) podem ser atingidos pela ação estatal de salvamento<sup>91</sup>. Em nenhuma dessas hipóteses se trata — para usar uma distinção formulada por *Hruschka* — de um dever de asseguramento ou vigilância (*Sicherungspflicht*), mas sim de proteção (*Obhutspflicht*). Porém, diferente da posição de garante de proteção dos crimes omissivos impróprios, tanto o dever de testemunhar quanto o de auxílio (no crime de omissão de auxílio) não decorrem de relação específica entre indivíduos (por exemplo: entre pais e filhos), senão tocam a qualquer cidadão; são *deveres civis* (*Bürgerpflichten*)<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> RÖSINGER, *Freiheit...cit.*, p. 296; *idem.*, “Der Rechtsgrund der Inanspruchnahme des Einen zugunsten des Anderen im sog. Aggressivnotstand”, in: Godinho et al. (org.), *Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2021, p. 143.

<sup>91</sup> KINGREEN/POSCHER, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 12a ed., Munique: C. H. Beck, 12<sup>a</sup> ed., 2022, p. 161.

<sup>92</sup> HRUSCHKA, “Rettungspflichten in Notstandssituationen”, *JuS*, 1979, p. 386.

Sobre o fundamento desses deveres civis pode-se discutir longamente. O candidato tradicional é a ideia de solidariedade<sup>93</sup>. De todo modo, é inegável que se trata de deveres unilaterais, que exigem do cidadão um certo autossacrifício. Posto que o cumprimento desses deveres, sob determinadas circunstâncias, pode representar algum risco para o indivíduo, o teor e a extensão do correspondente dever devem ser determinados dentro dos *limites da exigibilidade* [ou da *razoabilidade*] (*Zumutbarkeitsgrenze*)<sup>94</sup>. Em consonância com (a meu ver a) correta vertente no âmbito da dogmática do crime de omissão de socorro ou auxílio, a exigibilidade não se afigura como um limite externo, ocasional do dever de auxílio, mas sim determina a própria extensão do dever de ação<sup>95</sup>. A conduta daquele que, para prestar ajuda a outrem, precisasse colocar a própria vida em risco, e acaba por abster-se, já não é típica ou ao menos antijurídica<sup>96</sup>. É plausível dizer, é verdade, que a exoneração do dever de ação do agente nessas

<sup>93</sup> Críticos à ideia de solidariedade no domínio do crime de omissão de auxílio PAWLIK, “Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur”, *GA*, 1995, p. 361; FRISCH, “Strafrecht und Solidarität — Zugleich zu Notstand und unterlassener Hilfeleistung”, *GA*, 2016, p. 124 e ss.; e em relação à solidariedade como suposto fundamento do estado de necessidade (agressivo) cf. (criticamente) GRECO, “Der Anteil der Gesellschaft. Eine Theorie des rechtfertigenden Notstands”, *ZStW* 134, 2022, p. 19 e ss.

<sup>94</sup> Vgl. PAWLIK, *GA* 1995...*cit.*, p. 364. No direito de polícia ou ordenacional, sujeitos não responsáveis pelo perigo podem ser atingidos ou manejados pela ação estatal na medida em que ela “não implique relevante perigo para si [para o indivíduo] ou lesão de deveres de maior valor (limite da exigibilidade ou razoabilidade)” (*nicht eine erhebliche eigene Gefährdung oder Verletzung höherwertiger Pflichten mit sich bringt (Zumutbarkeitsgrenze)*) (KINGREEN/POSCHER, *cit.*, p. 161, tradução livre).

<sup>95</sup> Cf. KAHLO, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt*, 2001, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2001, p. 344.

<sup>96</sup> Essa é a chamada “solução pela tipicidade” (*Tatbestandslösung*) em contraposição à — defendida, por exemplo, por WELZEL, “Zur Problematik der Unterlassungsdelikte”, *JZ*, 1958, p. 495 — “solução pela culpabilidade” (*Schuldlösung*), sobre isso com ulteriores referências NAUCKE, “Der Aufbau des § 330c StGB. Zum Verhältnis zwischen Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafrechts”, *in*: Stratenwerth et al (org.), *Festschrift für Hans Welzel*, Berlim: De Gruyter, 1974, p. 770; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova: Cedam, 1990, p. 259 e ss.; KAHLO, *cit.*, p. 345 e ss.

hipóteses com base na ideia de inexigibilidade reconduz-se, por sua vez, a uma ponderação de bens ou de interesses <sup>97</sup>; trata-se, porém, de uma ponderação apriorística ou abstrata, não concreta e conduzida caso a caso <sup>98</sup>. Por conseguinte, (in)exigibilidade não diz com a possibilidade individual de cumprimento do dever, não se trata de “culpabilidade”, mas sim da própria fundamentação do dever <sup>99</sup>.

A mesma estrutura normativa subjaz ao dever de testemunhar, que nada mais é que um dever de auxílio de natureza probatória a favor do Estado. O dever do cidadão, contra o qual não pende uma suspeita jurídico-penal, de prestar depoimento em um processo penal constitui sim um pequeno sacrifício, mas que ainda se insere dentro dos limites da razoabilidade. Diversa é a situação do arguido, o qual, como visto, expõe-se a um perigo latente quando obrigado a cooperar com a persecução penal. Além disso, cumpre repisar, por força da presunção de inocência, o acusado não pode ser visto como responsável por essa “situação de perigo” — o que, se fosse verdade, analogamente à dogmática do crime de omissão de auxílio, teria o condão de tornar exigível seu dever de ação. Significa dizer que não é razoável exigir sua cooperação. Em outras palavras, o perigo iminente à condição de arguido cancela, por razões normativas de inexigibilidade ou razoabilidade, o dever de testemunhar em regra válido e exigível de qualquer cidadão.

---

<sup>97</sup> Cf. FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Frankfurt am Main: Metzner, 1980, p. 157.

<sup>98</sup> Assim, tendo em mira a cláusula de exigibilidade/razoabilidade no § 323c StGB, KAHLO, *cit.*, p. 354. Igualmente, de modo geral a respeito da exigibilidade de deveres de auxílio e de tolerância FRISCH, *cit.*, p. 132: “Razoáveis [ou exigíveis] são apenas os sacrifícios compatíveis com a decisão autônoma dos membros racionais da comunidade solidária. O que é razoável não depende, portanto, em primeira linha do resultado de uma ponderação de interesses antagônicos no caso concreto”. (*Zumutbar sind nur solche Opfer, die der autonomen Entscheidung vernünftiger Mitglieder der Solidargemeinschaft entsprechen. Das je Zumutbare hängt also nicht in erster Linie vom Ergebnis einer Abwägung gegenläufiger Interessen in Einzelfällen ab* — tradução livre).

<sup>99</sup> Nesse sentido, em relação ao dever de auxílio do tipo penal de omissão de auxílio HRUSCHKA, *JuS* 1979... *cit.*, p. 391; *idem*, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin: De Gruyter, 1988, p. 93.

É possível, assim, concluir que o *direito à não autoincriminação (mais precisamente: a liberdade de não cooperação)* do arguido decorre da *inexigibilidade de cumprimento de um dever de testemunhar ou cooperar*.

ee) *Consequências para o dever de cooperação fora do processo penal (aproximação)*

O dever de cooperação que se atribui à testemunha e do qual o arguido é isento por força do princípio do *nemo tenetur* apresenta determinadas características fundamentais: ele é coercível, ou seja, executável mediante *coação* (1); surge para o sujeito de modo involuntário, independentemente de sua vontade e de seu consentimento <sup>100</sup> (2); serve exclusivamente ao interesse da persecução penal (3); o conteúdo ou o resultado do cumprimento do dever (o teor da declaração e das perguntas formuladas) são *ex ante* indeterminados (4).

São *normativamente* diversos, por sua vez, os deveres de cooperação impostos ao cidadão *fora* do processo penal, ainda que sejam potencialmente autoincriminatórios:

- Por exemplo, certos deveres de cooperação surgem a partir de uma decisão voluntária do indivíduo, tal qual o desenvolvimento de determinada atividade econômica, ainda que a criação em si do dever não possa ser — sempre — considerada voluntária, eis que imposta pelo Estado.
- Além disso e sobretudo, determinados deveres de cooperação não decorrem de um dever civil “de solidariedade”, não se direcionam unicamente a finalidades repressivas, senão têm como fundamento a realização de ulteriores interesses de terceiros (ou também da coletividade, como proteção do tráfego, proteção do meio-ambiente etc.).
- Por fim, o cumprimento desses deveres pode representar para o cidadão “apenas” um perigo indireto de autoincriminação e

---

<sup>100</sup> Deve-se lembrar que a presunção de inocência constitui óbice para qualquer consideração de imputação nesse contexto.

que pode ser compensado por proibições de transmissão, utilização ou valoração da prova.

Percebe-se que, nesses cenários, a relação entre o Estado e o indivíduo é sensível e normativamente diversa da situação em que o arguido se vê diretamente exposto à persecução em um processo penal. Por essas razões, é possível concluir que tais deveres de cooperação extrapenais adquirem *prima facie* uma justificação normativa.

Nada obstante, não se pode negar que permanece uma tensão entre deveres extrapenais de cooperação e o princípio do *nemo tenetur*. Se e como essa tensão pode ser resolvida será visto na sequência.

### III. A relação de tensão entre deveres extrapenais de cooperação e o princípio do *nemo tenetur*. O “mecanismo *Gemeinschuldner*” como solução ideal e universal?

#### 1. O “mecanismo *Gemeinschuldner*”

A tensão que se estabelece entre deveres de cooperação impostos ao cidadão fora do processo penal e o princípio do *nemo tenetur* não é um tema propriamente novo. A decisão mais importante do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht* — doravante apenas BVerfG) a respeito do direito à não autoincriminação — a famosa “*Gemeinschuldnerbeschluss*” do ano de 1981 (BVerfGE 56, 37) — referia-se justamente a esse problema <sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> Em Portugal, destaca-se o tratamento do tema no campo das contra-ordenações do mercado de valores mobiliários, cf. FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, Poderes de Supervisão... *cit.*, p. 11, 36 e ss.; COSTA PINTO, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação (Parecer)”, in: Figueiredo Dias/Costa Andrade/Costa Pinto, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 64, 85 ss.; SILVA DIAS, “O direito à não autoincriminação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, *Revista da Concorrência e Regulação*, 2010, p. 239 e ss. Igualmente, no domínio da concorrência, nomeadamente na jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa, a respeito ver RAMOS, “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e

Os fatos subjacentes à decisão eram basicamente os seguintes: no âmbito de um processo falimentar, o reclamante — autor da ação de reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante o BVerfG — teria que ser interrogado pelo administrador da falência sobre questões referentes a determinadas transferências de propriedade. O reclamante, porém, se negou a emitir qualquer declaração, sob o argumento de que corria paralelamente uma investigação criminal baseada em suspeita de crime falimentar e, por isso, havia o risco de se autoincriminar ao responder as perguntas. Diante da negativa, o juízo falimentar, então, decretou-lhe uma espécie de prisão civil (*Beugehaft*).

Ao final, o BVerfG declarou a reclamação constitucional improcedente, tendo aduzido que eventual autoincriminação por parte do reclamante poderia ser compensada ou bloqueada por meio de uma *proibição de valoração da prova* no processo penal.

Ao fundamentar sua decisão, primeiramente o tribunal reconheceu a situação conflituosa na qual o reclamante se encontrava devido aos deveres de informação que lhe foram impostos, qual seja, “ou se autoacusar de uma ação punível, cometer um novo delito de falso testemunho ou, devido ao seu silêncio, submeter-se a meios coativos”<sup>102</sup>. Por isso, segundo o tribunal, o dever executável de informação, por afigurar-se como coação à autoincriminação, representaria uma intervenção nos direitos de liberdade de ação e de personalidade, bem como também afetaria a dignidade humana<sup>103</sup>.

Por outro lado, o BVerfG aduziu que, distintamente do direito ao silêncio conferido total ou parcialmente a testemunhas, partes processuais e arguidos em casos em que há risco de autoincriminação, a situação é diversa no caso de pessoas que, por razões legais ou contratuais, estejam obrigadas a repassar determinadas informações a terceiros ou a autoridades. Nessa última hipótese, os interesses do indivíduo obrigado colidem com a legítima necessidade de informações de terceiros<sup>104</sup>.

---

concorrência — Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, *Revista da Concorrência e Regulação*, 2010, p. 175, 180 e ss.

<sup>102</sup> BVerfG NJW 1981, 1431.

<sup>103</sup> BVerfG NJW 1981, 1431.

<sup>104</sup> BVerfG NJW 1981, 1431, 1432.

Assim, para que, por um lado, a demanda justificada de informações seja satisfeita e, por outro lado, o direito à não autoincriminação do indivíduo seja preservado, o BVerfG determinou que se devesse manter intacto o dever de prestar informações, desde que isso fosse complementado por uma *proibição jurídico-penal de valoração da prova*. Isso significa que os dados revelados não poderiam ter sua finalidade desviada e serem usados contra o indivíduo-obrigado em um (eventual) processo penal <sup>105</sup>.

Permite-se, com Rogall <sup>106</sup>, denominar essa solução de “mecanismo *Gemeinschuldner*”, que possui dois componentes: a manutenção do dever de cooperação e a proibição de utilização ou valoração dos dados no processo penal.

O mecanismo, a princípio, afigura-se plausível. Deveres de cooperação, como o de prestar informações em um processo falimentar, destinam-se à satisfação de legítimos interesses de terceiros e, por isso, justificam-se autonomamente, ou seja, com independência de qualquer finalidade persecutória do Estado <sup>107</sup>. A respeito da segunda parte do mecanismo se falará mais adiante, porém já se pode adiantar que seu sentido reside em evitar o risco de que o princípio do *nemo tenetur* seja *esvaziado ou contornado*. O risco que se busca evitar é que um dever legítimo de cooperação se transforme, mediante um desvio de finalidade, em um (ilegítimo) dever de cooperação no processo penal <sup>108</sup>.

O “mecanismo *Gemeinschuldner*” não logra, porém, ser solução universal, como se verá. Em casos com características sensivelmente diversas, a solução adequada não será a manutenção, mas sim a suspensão (parcial ou total) do dever de cooperação (infra 2.). Ademais, deve-se questionar se a proibição de valoração da prova realmente se mostra como o remédio ideal para a resolução da tensão entre

---

<sup>105</sup> BVerfG NJW 1981, 1431, 1433.

<sup>106</sup> ROGALL, “Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren”, *NStZ*, 2006, p. 43.

<sup>107</sup> Assim STÜRNER, “Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung”, *NJW*, 1981, p. 1760.

<sup>108</sup> Nesse sentido DINGELDEY, *cit.*, p. 530; H. A. WOLFF, *cit.*, p. 128-129; BÖSE, *Wirtschaftsaufsicht...cit.*, p. 476; LESCH, *JR* 2005... *cit.*, p. 303; ANDERS, *cit.*, p. 332.

deveres extrapenais de cooperação e o princípio do *nemo tenetur* (infra 3.). Por fim, há grupos de casos em que sequer se pode falar em um dever de cooperação em sentido estrito ou em que não subsiste o risco de esvaziamento do princípio do *nemo tenetur*, de modo a nem mesmo incidir o segundo componente do mecanismo (proibição de prova) (infra 4.).

## 2. Suspensão parcial ou total do dever de cooperação

Para uma abordagem mais completa do problema, mostra-se oportuno e necessário investigar a natureza e a legitimação do respectivo dever de cooperação. Isso irá determinar se o dever será preservado e uma outra via de solução deverá ser adotada, como, por exemplo, uma proibição de prova (“mecanismo *Gemeinschuldner*”); ou se o dever de cooperação deverá ser (total ou parcialmente) cancelado <sup>109</sup>. Nesse contexto, guardam relevância as distintas finalidades perseguidas com a imposição do dever de cooperação (infra *a*). Diferentes e especiais soluções são igualmente encontradas no complexo microcosmo do direito (penal) tributário (infra *b*).

### *a*) Diferenciação entre finalidades repressivas e não-repressivas

É pertinente a diferenciação entre deveres de escopo repressivo e deveres que servem a finalidades não repressivas <sup>110</sup>. Os últimos, como os existentes em leis falimentares e no direito tributário, perseguem — a princípio — objetivos alheios à da persecução penal. Por conseguinte, eles obtêm uma justificação independente — *prima facie*, ao menos. Quando, diversamente, a imposição de deveres de cooperação tem como finalidade imediata obter informações, evidências, indícios para o sancionamento do indivíduo obrigado, esses deveres em princípio carecem de legitimidade à luz do princípio do

<sup>109</sup> Sobre os distintos planos de resolução ver H. A. WOLFF, *cit.*, p. 135 e ss.; ROGALL, *FS Kohlmann...cit.*, p. 471.

<sup>110</sup> BÄRLEIN/PANANIS/REHMSMEIER, *cit.*, p. 1828; RÖSINGER, *Freiheit... cit.*, p. 304 e ss.

*nemo tenetur*. Isso porque o cumprimento do dever de cooperação, mesmo que não se dirija diretamente à autoridade penal, importa em contribuição intencional e direta para formação e concretização de uma suspeita. Ademais, nessas hipóteses, a ausência de cooperação não implicaria prejuízo direto a interesses e direitos de terceiros (por exemplo, de credores) ou do bem-comum, do Estado (ex: arrecadação tributária). A consequência disso não deveria ser, pois, uma tardia proibição de prova relativa a informações obrigatoriamente prestadas, mas sim já a postulação de um direito de se negar a prover determinadas informações (*Auskunftsverweigerungsrecht*), ou — de maneira ainda mais ampla — um direito a se negar de todo a declarar (*Aussageverweigerungsrecht*).

Um caso decidido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) pode ser visto como protótipo da última hipótese ventilada. Em *Saunders v. Reino Unido* <sup>111</sup>, um empresário foi obrigado, sob ameaça de pena (“*contempt of court*”), a responder perguntas formuladas por inspetores do Departamento de Comércio e Indústria no âmbito de uma pré-investigação administrativa. As informações reveladas acabaram sendo usadas como prova para a condenação penal do empresário pelos crimes de contabilidade falsa e manipulação de mercado. Corretamente, o TEDH considerou a utilização e valoração das informações — obtidas de modo coercitivo no procedimento administrativo — no processo penal como violação do direito à não autoincriminação <sup>112</sup>. Nesse caso, a meu ver, não apenas a

---

<sup>111</sup> *Saunders v. The United Kingdom*, TEDH, 17.12.1996 — 19187/91.

<sup>112</sup> TEDH, 17.12.1996 — 19187/91, p. 23. Caso semelhante ocorrido em Portugal é analisado por OLIVEIRA E SILVA, “*Nemo Tenetur se Ipsum Accusare* e Deveres de Colaboração em Matéria tributária” *in*: Sousa Mendes/Soares Pereira (org.), *Prova Penal Teórica e Prática*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 77, 83 e ss.

O TEDH chegou à mesma conclusão num caso envolvendo processo de insolvência. É verdade que a medida coativa tinha por finalidade satisfazer os interesses dos credores (como no caso *Gemeinschuldner*). Contudo, o processo falimentar tinha como mesmo substrato fático um pré-inquérito administrativo-sancionador, cf. *Martinnen v. Finland*, TEDH, 21.04.2009 — 19235/03 (a respeito HUPLI, “To Remain or Not to Remain Silent: The Evolution of The Privilege against Selfincrimination Ten Years After *Marttinen v. Finland*”, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 6, 2018, p. 136 ss.). O TEDH, porém, não considera haver violação do

utilização dos dados no processo penal foi ilegítima, mas já sua anterior obtenção mediante imposição do dever de declarar. Idealmente, deveria ter sido reconhecido ao indivíduo o direito de não declarar, pois a pré-investigação tinha precípuo escopo repressivo.

### **b) Especial grupo de casos: Deveres tributários de informação**

Prenhe de dificuldades revela-se a relação entre dever de informação e o princípio do *nemo tenetur* nos direitos tributário e penal tributário, sobretudo em ordens jurídicas nas quais o procedimento tributário e o processo penal correm paralelamente — como é o caso da Alemanha <sup>113</sup>. Nesse cenário, existe o risco — como no caso “Gemeinschuldner” — de que o direito à não autoincriminação seja esvaziado com a utilização no processo penal de informações obtidas sob coação no âmbito do processo fiscal <sup>114</sup>.

Embora esse problema potencialmente exista, em maior ou menor medida, na grande maioria dos ordenamentos jurídicos modernos, pode-se dizer que a Alemanha é o país que ostenta regulação mais específica a respeito, além de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial. Mostra-se oportuno, portanto, traçar um brevíssimo panorama, conscientemente incompleto <sup>115</sup>, do tratamento do tema no universo jurídico alemão.

A *Abgabeordnung* (uma espécie de Código Tributário, doravante AO) leva essa relação tensional entre deveres de cooperação e o *nemo tenetur* em consideração e procura solucioná-la. Em um primeiro

---

direito à não autoincriminação quando não há um processo penal ou sancionador correndo em paralelo ou em perspectiva (ver *Weh v. Austria*, TEDH, 08.04.2004 — 38544/97).

<sup>113</sup> JOECKS, in: Joecks/Jäger/Randt (org.), *Steuerstrafrecht*, 8ª ed., Munique: C.H. Beck 2015, § 393 AO Nm. 4; REICHLING, “Das Verwendungsverbot aus § 393 Abs. 2 S. 1 AO”, *HRRS*, 2014, p. 474. A situação é semelhante em Portugal, como anota OLIVEIRA E SILVA, in: *Prova Penal Teórica e Prática... cit.*, p. 91.

<sup>114</sup> Assim corretamente JÄGER, in KLEIN, *Abgabeordnung*, 16ª ed., Munique: C.H.Beck, 2022, § 393 Nm. 14.

<sup>115</sup> Com mais casos da jurisprudência e referências, cf. artigo original que serve de base ao presente texto: TEIXEIRA, *ZStW* 2023... *cit.*, p. 285 e ss.

nível, o § 393 I 2 AO veda o manejo de meios de coação (*Zwangsmittel*) na hipótese em que o contribuinte se veja obrigado a revelar evidências ou indícios da prática de crimes *tributários*. Em relação a outros crimes (não tributários), prevê-se uma proibição de valoração da prova (§ 393 II 1 AO), que não vale, porém, para delitos cuja perseguição seja de forçoso interesse público (§ 393 II 3 AO). Esse regramento, frequentemente criticado por ser insuficiente para a proteção do contribuinte/arguido <sup>116</sup>, não é capaz de dar uma resposta segura e clara a todos os casos.

aa) Um primeiro problema decorre do fato de que, embora exista a proibição do manejo de meios coativos previstos no § 393 I 1 AO, os deveres de declaração e cooperação permanecem válidos <sup>117</sup>. Isso significa, ao mesmo tempo, que os deveres *penalmente sancionáveis* — por exemplo, o dever de declaração do imposto de renda — não se suspendem, de modo que permanece a possibilidade de punição pelo crime de sonegação fiscal por omissão conforme § 370 1 AO, § 13 StGB.

Em um caso no qual o arguido deixara de proceder corretamente ao registro prévio do imposto sobre vendas (*Umsatzsteuervoranmeldung*), o Tribunal Federal alemão (Bundesgerichtshof — doravante BGH) resolveu a questão suspendendo o dever (penalmente sancionável) de entrega da declaração do imposto sobre vendas (*Umsatzsteuerklärung*) no período de duração do processo penal tributário <sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Sobretudo pela norma do § 393 II 3, que não garante ao indivíduo uma proteção livre de ponderação e, por isso, é tida como inconstitucional por alguns: ROGALL, FS Kohlmann...*cit.*, p. 497; SALDITT, “Menschenwürde und Steuerpflicht”, *StuW*, 2005, p. 369; *idem*, “Die Besteuerung profitabler Straftaten und das Nemo-Tenetur-Prinzip”, *Wistra*, 2022, p. 225; WULF, “Steuererklärungspflichten und ‘nemo tenetur’”, *Wistra*, 2006, p. 90, 95; EIDAM, “Einschränkende Auslegung des Verwendungsverbot aus § 393 II 1 AO im Fall einer Selbstanzeige gem. § 371 AO?”, *Wistra*, 2004, p. 213; HELLMANN, “Das Steuerstrafrecht als Testfall des Nemo-tenetur-Prinzips”, *in*: Kahlo et al (org.), *Festschrift für Manfred Seeboode*, Berlin: De Gruyter, 2008, p. 143, 155; DIERLAMM, *cit.*, p. 34; JOECKS, *Steuerstrafrecht...cit.*, § 393 Nm. 10, 97,

<sup>117</sup> SPRENGER, *in*: Leitner/Rosenau (org.), *Wirtschafts — und Steuerstrafrecht*, 2ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2022, § 393 AO Nm. 8.

<sup>118</sup> BGHSt. 47, 8, 14; cf. também BGH, *Beschl. v. 3.11.2021 – 1 StR 215/21* (LG Saarbrücken), BGH NStZ 2022, 173.

O BGH fundamentou a adoção dessa solução aludindo ao requisito da *exigibilidade de conduta diversa conforme ao direito* (*Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens*), próprio dos crimes omissivos impróprios<sup>119</sup> — aqui a entrega completa da declaração do imposto sobre vendas (*Umsatzsteuererklärung*) revelaria o incorreto cumprimento do dever de registro prévio do imposto sobre vendas (*Umsatzsteuervoranmeldung*), ou seja, importaria em autoincriminação pelo crime de sonegação fiscal.

A solução do BGH para esse e outros casos semelhantes discrepa do “mecanismo *Gemeinschuldner*” em dois sentidos. Primeiro, o problema envolve uma *obrigação qualificada de cooperação* devido à cominação de pena face ao não cumprimento do dever (de declaração de imposto)<sup>120</sup>. Em segundo lugar, a solução não consiste em manter o dever (penalmente sancionável) de declaração e postular uma proibição de prova em relação às informações reveladas<sup>121</sup>. A opção do BGH, na verdade, é por uma solução via *direito material*, com arrimo na categoria da inexigibilidade de conduta diversa dos crimes omissivos impróprios. Não é possível verificar, porém, nas decisões do BGH, se a alegada inexigibilidade produz efeitos no plano da tipicidade, da antijuridicidade ou da culpabilidade<sup>122</sup>.

De todo modo, não é exatamente correto quando o BGH diz que o indivíduo é desonerado do dever de declaração “devido ao princípio do *nemo tenetur*”. Isso porque, nessa hipótese, conforme os parâmetros estabelecidos anteriormente nesse estudo, trata-se de um dever de cooperação (ao menos objetiva e normativamente) razoavelmente exigível. Diferente da cooperação do arguido no processo penal, o dever de declaração fiscal é em si justificado. Além disso, pode-se dizer que o cidadão, devido ao seu comportamento anterior, é corresponsável pela existência do dever de declaração. Pode ser até plausível afastar a ameaça de pena sob razões relacionadas à

<sup>119</sup> BGHSt. 47, 8, 15.

<sup>120</sup> GAEDE, “Grundzüge der Verteidigung im Steuerstrafverfahren — Teil 2: Verteidigungsschwerpunkte im formellen Steuerstrafrecht”, *JA*, 2009, p. 637.

<sup>121</sup> Crítica a essa solução OLIVEIRA E SILVA, *in*: Prova Penal Teórica e Prática... *cit.*, p. 106, Nr. 65.

<sup>122</sup> WULF, *cit.*, p. 91.

*culpabilidade* do indivíduo. Nessa hipótese, porém, o princípio do *nemo tenetur* é relevante apenas para a questão se as informações reveladas em cumprimento de um (em si legítimo) dever de declaração, *em desvio de finalidade*, podem ser utilizadas em um processo penal ou não <sup>123</sup>.

*bb)* Por outro lado, o BGH sustenta irretocavelmente que a situação conflituosa do contribuinte — consistente no dilema entre punibilidade por sonegação fiscal na modalidade omissiva e autoincriminação em cumprimento do dever de declaração — *não* lhe permite fornecer uma *declaração incorreta ou falsa* <sup>124</sup>. Essa posição sustentava-se, como se vê na doutrina, pelo ponto de vista segundo o qual o princípio da não autoincriminação confere ao cidadão um direito à *passividade*, e não a *atividades* (proativas) ilícitas <sup>125</sup>. Como demonstrado anteriormente, o princípio do *nemo tenetur* consiste simplesmente na isenção de um dever, não em um direito de ação (e, por consequência, de tolerância de terceiros a intervenções em suas esferas jurídicas).

### 3. Proibição de valoração da prova como remédio?

Para resolver a tensão entre deveres (reais, coercíveis) de cooperação, que servem a interesses ou direitos de terceiros e a finalidades estatais não-repressivas, e o princípio do *nemo tenetur*, o BVerfG,

---

<sup>123</sup> Nesse sentido COSTA ANDRADE, “Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e Direito Tributário. Ou a Insustentável Indolência de um Acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, *Boletim de Ciências Econômicas* LVII, 2014, p. 401, 422; DANNECKER, *cit.*, p. 397.

<sup>124</sup> BGH, Beschluss vom 10. 1. 2002 — 5 StR 452/01 = NStZ 2002, 436. Diversamente LG Frankfurt/Main wistra 2004, 78, suplantada, porém por OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 11.7.2005 — 1 Ws 11/04, BeckRS 2011, 19962.

<sup>125</sup> JOECKS, “Der nemo-tenetur-Grundsatz und das Steuerstrafrech”, *in*: Hirsch et al (org.), *Festschrift für Günter Kohlmann*, Colônia: Otto Schmidt, 2003, p. 460; ROGALL, FS Kohlmann... *cit.*, p. 491; ROLLETSCHKE, “Die Abgabe einer unrichtigen Umsatzsteuerjahreserklärung und das nemo-tenetur-Prinzip”, *Wistra*, 2004, p. 248; BÖSE, *cit.* p. 495; COSTA ANDRADE, *Boletim de Ciências Econômicas* LVII 2014... *cit.* p. 434; de outra opinião EIDAM, *Selbstbelastungsfreiheit... cit.*, p. 230.

como visto, postulou na “decisão *Gemeinschuldner*” uma proibição de valoração da prova em relação às informações reveladas sob coação. Todavia, uma fundamentação robusta e específica para o manejo desse tipo de proibição de prova não foi oferecida pelo tribunal <sup>126</sup>.

É possível fundamentar, é verdade, a necessidade de um mecanismo de compensação para a cooperação forçada em face do risco latente de autoincriminação. Esse mecanismo não é, porém, uma “recompensa” para a autoincriminação, senão decorre da necessidade de evitar que a liberdade de não cooperação no processo penal seja esvaziada, contornada <sup>127</sup>.

Acredito que a ideia que justifica a necessidade dessa compensação de natureza processual-penal é similar ao critério utilizado pelo mesmo BVerfG <sup>128</sup> e que subjaz aos §§ 161 III, 479 do Código de Processo Penal alemão (*Strafprozessordnung — StPO*) <sup>129</sup>, a saber, o da “obtenção hipotética de dados” (*hypothetische Datenerhebung*) ou da “intervenção hipotética substitutiva” (*hypothetischer Ersatzeingriff*) <sup>130</sup>. Esse critério é o mesmo usado para aferir a possibilidade de valoração probatória dos chamados *conhecimentos fortuitos* <sup>131</sup>, descobertos no âmbito de investigação de crime diverso que legitimou determinada intervenção. Por exemplo, informações

<sup>126</sup> Cf. GRECO/CARACAS, “Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit”, *NStZ*, 2015, p. 12, para os quais a correlação entre dever (autoincriminatório) de cooperação e proibição de valoração da prova não é autoevidente e tampouco elucidada na decisão do BVerfG.

<sup>127</sup> ANDERS, *cit.*, p. 332.

<sup>128</sup> BVerfG *NJW* 2016, 1781, Nm 329 e ss.; *BVerfGE* 156, 63, 126; BVerfG *NJW* 2022, 1583, Nm. 261.

<sup>129</sup> Com detalhes SINGELNSTEIN, “Strafprozessuale Verwendungsregelungen zwischen Zweckbindungsgrundsatz und Verwertungsverboten”, *ZStW* 120, 2008, p. 854, 874 e ss., 880 e ss.

<sup>130</sup> Fundamentalmente ROGALL, “Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß — Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote”, *NStZ*, 1988, p. 385.

<sup>131</sup> Sobre o conceito REINBACHER/WERKMEISTER, “Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit. Ihr System im Licht der neueren Verfassungsrechtsprechung”, *Die Verwaltung* 41, 2018, p. 1107.

descobertas no contexto de uma interceptação telefônica e que não dizem respeito ao crime que legitimou a interceptação só podem ser valoradas se o crime a que a informação fortuita se refere pertencer ao catálogo que permite esse tipo de medida <sup>132</sup>. O critério, em suma, serve para verificar quando é permitida a utilização de dados para outras finalidades distintas daquelas para quais foram obtidos (desvio de finalidade). Conforme o BVerfG, esse desvio de finalidade, para reter legitimidade, deve orientar-se pelo princípio da *obtenção hipotética de dados*: “a nova utilização dos dados deve servir à proteção de bens jurídicos ou à descoberta de delito de uma tal gravidade que, do ponto de vista jurídico-constitucional, poderiam justificar sua nova obtenção por meios de comparável severidade” <sup>133</sup>. A aplicação desse critério impõe-se porque, como Rogall pertinentemente aduziu, a “utilização das informações em outros procedimentos, especialmente no processo, tornaria ilusórias as exigências estabelecidas nos dispositivos que regulam a obtenção de provas (catálogo de crimes)” <sup>134</sup>.

É de se admitir que os mencionados parâmetros não podem ser transpostos direta e literalmente ao caso dos deveres extrapenais de cooperação, eis que aqui não se trata da comparação entre delitos ou bens jurídicos. Contudo, a *ratio* subjacente aos critérios mencionados pode analogamente ser aplicada ao problema dos deveres extrapenais de cooperação. A utilização no processo penal de informações reveladas pelo arguido no cumprimento de deveres extrapenais (não-repressivos) constitui indubitavelmente um desvio de finalidade <sup>135</sup>; além disso, as medidas ou meios de obtenção de prova

---

<sup>132</sup> SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 183.

<sup>133</sup> BVerfG NJW 2016, 1781 (Leitsatz); BVerfG Beschluss des Ersten Senats vom 28. September 2022 — 1 BvR 2354/13 — Rdn. 121.

<sup>134</sup> ROGALL, FS Kohlmann...*cit.*, p. 483.

<sup>135</sup> Precisamente COSTA ANDRADE, *Boletim de Ciências Económicas*, 2014... *cit.*, p. 437, 446, que, apesar de se referir a uma proibição de valoração e não de utilização da prova, não é de se excluir que estaria de acordo com uma proibição de transmissão ou utilização da prova, eis que o renomado autor fala em uma proibição de prova “intransponível”.

(obrigação de fornecer informações) não poderiam (legitimamente) ter lugar em um processo penal, pois vige — como mostrado e fundamentado — no âmbito processual-penal a liberdade de não cooperação. Logo, um mecanismo de compensação processual-penal para a obtenção coativa de dados potencialmente autoincriminatórios fora do processo penal mostra-se necessária e legítima.

A pergunta que se coloca em sequência é, porém, por que justamente uma proibição de *valoração* da prova (*Verwertungsverbot*) deve ser o instrumento ideal contra a possibilidade de esvaziamento da liberdade de não cooperação no processo penal nos casos de justificados deveres extrapenais de cooperação <sup>136</sup>. Permite-se deixar em aberto questões mais gerais, que fogem do escopo do presente estudo, nomeadamente a respeito da eficácia protetiva de proibições de valoração da prova, sobretudo em face do risco de sua “neutralização”, decorrente, por exemplo, da em regra inevitável “contaminação” do magistrado que entra em contato com a prova <sup>137</sup>. Permanece, de todo modo, o problema caracterizado pelo fato que a proibição de valoração da prova atua tardiamente, pressupondo ou ao menos não negando legitimidade à etapa anterior, qual seja, a da transferência dos dados do contexto administrativo ou civil para o processo penal. Contudo, é razoável dizer que já essa etapa é carente de justificação, especialmente porque o desvio de finalidade operado, consistente na transferência dos dados oriundos do cumprimento de deveres extrapenais para os órgãos de persecução penal ou para o poder judicial, importa em uma “obtenção furtiva” de cooperação processual-penal, isto é, em si já representa uma maneira de contornar a liberdade de não cooperação no processo penal.

Em verdade, então, ao invés de uma proibição de *valoração*, o mecanismo ideal de compensação para a obtenção coativa de dados potencialmente autoincriminatórios fora do processo penal é a proibição de *revelação ou transmissão* (*Offenbarungsverbot*) ou uma compreensiva proibição de *utilização* (*Verwendungsverbot*) da

<sup>136</sup> Criticamente BÄRLEIN/PANANIS/REHMSMEIER, *cit.*, p. 1829.

<sup>137</sup> Sobre isso, com ulteriores referências, GRECO, *FS Rogall... cit.*, p. 509 e ss.

prova <sup>138</sup> <sup>139</sup>, tal como o Juiz do BVerfG *Heußner* pugnara em seu voto em separado na “decisão *Gemeinschuldner*” <sup>140</sup>.

#### 4. Exceções: ausência de liberdade de cooperação e não incidência de mecanismos de compensação

Até este ponto, cuidou-se dos problemas advindos da incidência direta ou indireta do princípio do *nemo tenetur* e foram apresentadas as possíveis soluções: suspensão do dever de cooperação ou aplicação de uma proibição de prova. Todavia, existem casos nos quais o indivíduo se encontra em uma situação conflituosa com risco de autoincriminação e, porém, nenhuma dessas soluções afigurar-se-á normativamente adequada. Trata-se de casos em que se mostra ausente um verdadeiro *dever* imposto coercitivamente pelo Estado (infra *a*)), ou em que se trata de deveres pré-fixados, previsíveis e em regra assumidos de maneira voluntária pelo indivíduo (infra *b*)). Em suma, são hipóteses de, em regra, *não incidência* do princípio do *nemo tenetur*.

##### a) Ausência de dever em sentido estrito

Em casos em que não há um verdadeiro dever de cooperação, a problemática envolvendo o princípio do *nemo tenetur* sequer deveria ser colocada. Não existe um dever verdadeiro ou um dever *stricto sensu*, quando a ação devida não pode ser compelida com instrumentos estatais coativos <sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> Sobre a relação entre proibição de valoração e de utilização da prova, ver SINGELNSTEIN, ZStW 120... *cit.*, p. 866.

<sup>139</sup> Tendencialmente nesse sentido ZINK, “Auskunftsverweigerungsrechte und Beweisverbote im Zusammenhang mit staatlich veranlassten Auskunftsspflichten — Überlegungen *de lege lata et ferenda*”, *StV*, 2022, p. 819, 820.

<sup>140</sup> BVerfG NJW 1981, 1431, 1433. A respeito, ver HEFENDEHL, “Beweisermittlungs- und Beweisverwertungsverbote bei Auskunfts- und Mitwirkungspflichten”, *Wistra*, 2003, p. 4.

<sup>141</sup> GEPPELT, “Zur Verwertung selbstbelastender Angaben eines Versicherungsnehmers und späteren Beschuldigten im nachfolgenden Strafverfahren”, *Jura*, 1995, p. 441. Em sentido próximo SILVA DIAS, *cit.*, p. 246.

Assim, por exemplo, conforme preciso ponto de vista do BGH, não há incidência do princípio do *nemo tenetur* no caso de um postulante de asilo, que, em entrevista no curso do procedimento de análise de concessão do benefício, teve que revelar informações de teor autoincriminatório <sup>142</sup>. O BGH aponta que — diferente do dever de informação no caso “Gemeinschuldner” — a “obrigação” de cooperar não é garantida mediante a ameaça de *sanções*. Ou seja, não há estritamente sanção para a hipótese de não cooperação, isto é, de negativa de resposta às indagações. A não cooperação, nesse caso, pode apenas ser sopesada pelo Departamento de Estrangeiros em sua decisão final <sup>143</sup>. A pior consequência, que todavia não pode ser chamada de sanção, é a não concessão de asilo. Logo, o “dever de cooperação” nessa hipótese afigura-se como mero ônus ou uma “obrigação” em sentido fraco — o BGH usa o termo *Obliegenheit*, de difícil tradução direta nesse contexto específico —, ou seja, uma condição necessária para a concessão de um benefício <sup>144</sup>. Ao final, o BGH afirma corretamente que o dilema enfrentado pelo indivíduo, consistente em autoincriminar-se ao revelar informações completas e verdadeiras ou assumir o risco de ter seu pedido de asilo negado ao não responder às indagações, não justifica a postulação de uma proibição de prova de natureza processual-penal <sup>145</sup>. Proibição de prova, repisa-se, não é efeito automático ou recompensa para autoincriminação.

### b) Deveres de registro e de apresentação de documentos

Até aqui foram abordados precipuamente *deveres de informação e declaração*. Seja por meio verbal ou escrito, tais deveres envolvem

<sup>142</sup> BGHSt. 36, 328; igualmente BGH, Beschl. v. 15.10.2020 – StB 31/20 = BGH NJW-RR 2021, 230

<sup>143</sup> BGHSt. 36, 328, 333.

<sup>144</sup> BGHSt. 36, 328, 333.

<sup>145</sup> BGHSt. 36, 328, 334; o mesmo deve valer para deveres provenientes de contratos do direito civil, como por exemplo um contrato de seguros, sobre isso cf. GUNTERMANN, “Der nemo-tenetur-Grundsatz und versicherungsrechtliche Anzeige — und Informationspflichten — Konflikte und Lösungsansätze im Strafrechtsschutz”, *r+s*, 2022, p. 442.

a *produção de informações*, distinguindo-se dos *deveres de entrega, apresentação ou exibição de documentos*, que compreendem apenas a transferência ou amostragem de informações pré-produzidas <sup>146</sup>. Exemplo: dever de exibição de livros contábeis de empresa mercantil. Questiona-se, pois, se esses deveres de exibição se inserem no âmbito de aplicação do princípio do *nemo tenetur* <sup>147</sup>.

Para enfrentar a questão de maneira mais precisa, cumpre diferenciar entre dois momentos: a *produção* dos documentos e a posterior *exibição ou entrega*.

aa) Os deveres de registro e documentação — por exemplo, deveres de escrituração contábil — são em princípio inquestionáveis, na medida em que, em regra, não servem a finalidades coincidentes com a persecução penal, ainda que, posteriormente, esses documentos sejam eventualmente usados como evidência em um processo criminal. Nesse contexto, o BVerfG chama a atenção para o fato de que deveres legítimos de registro são de conhecimento prévio daqueles que os possuem — ex: o agente, ao iniciar determinada atividade, deve tomar conhecimento das condições e dos deveres que balizam sua atuação — o dever de escrituração contábil é exemplo dos mais comezinhos. Desse modo, eventual posterior uso dos registros como evidência em determinado procedimento sancionatório não é maculado por violação anterior ao direito à não cooperação <sup>148</sup>. Com efeito, o princípio do *nemo tenetur* não veda que materiais produzidos (voluntariamente) pelo arguido sejam utilizados e valorados no processo penal <sup>149</sup>. Se assim fosse, cartas, notas do arguido apreendidas legitimamente no processo penal deveriam ser sempre objeto de proibição de prova <sup>150</sup>.

<sup>146</sup> VG Berlin NJW 1988, 1105, 1106.

<sup>147</sup> Negativamente HARTUNG, “Zum Umfang des Auskunftsverweigerungsrechts nach § 44 IV KWG”, NJW, 1988, p. 1072; POLLER, *Aufklärung, Aufsicht und Ahndung: Die BaFin als multifunktionale Kapitalmarktaufsichtsbehörde*, Baden-Baden: Nomos, 2021, p. 426.

<sup>148</sup> BVerfGE 81, 70, 97. De forma semelhante, anteriormente BVerfGE 55, 144, 151.

<sup>149</sup> Corretamente OLIVEIRA E SILVA, in: *Prova Penal Teórica e Prática... cit.*, p. 87.

<sup>150</sup> Necessário fazer ressalva quanto aos casos que tocam o núcleo inviolável da esfera privada (p. ex: diário), que poderiam atrair uma proibição autônoma de

Obviamente, o que acaba de ser dito vale, de todo modo, quando o registro devido ocorre *antes do fato* objeto de suspeita criminal. Maior discussão em relação à incidência do *nemo tenetur* poderiam gerar os casos em que o fato (suspeito) situa-se temporalmente antes do ato obrigatório de registro ou documentação que, por sua vez, deverá conter indicação ou poderá fornecer indícios da ocorrência desse fato supostamente delituoso.

Tampouco essa hipótese, porém, deveria justificar a suspensão do dever de cooperação — o que seria, ademais, inusitado, pois significaria que, por exemplo, o empresário criminoso contumaz desonerar-se-ia permanentemente de seus deveres de escrituração contábil.

*bb)* O outro aspecto do problema ora tratado é mais delicado. Relaciona-se não à etapa de produção dos documentos, mas sim ao modo pelo qual o Estado (penal) a eles tem acesso.

As ações em questão, que fazem questionar a incidência do direito à não autoincriminação, são a *exibição* e a *entrega* de documentos — já que a apreensão direta pelos órgãos de persecução refere-se a um dever passivo de tolerância do cidadão e que pode suscitar questões atinentes a outros tipos de posições jurídicas, como o direito à privacidade, o direito de propriedade etc. A questão é então se, independente do ato de produção, as ações obrigatórias de exibição e entrega podem ser classificados como ações de cooperação com a persecução penal e possivelmente vedadas à luz do princípio do *nemo tenetur*. Essa questão é intensamente discutida na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos desde o século XIX, de modo que se mostra oportuno dar breve nota sobre esse desenvolvimento.

Anteriormente, sob influência das decisões *Boyd v. United States*<sup>151</sup> e especialmente *Shapiro v. United States*<sup>152</sup>, o critério decisivo para a legalidade de deveres de informação e de entrega era a

---

valoração da prova. A respeito desse grupo de casos COSTA ANDRADE, “Domicílio, intimidade e Constituição”, *RLJ* 3953, 2008, p. 104 ss.; GRECO/LEITE, “Esfera nuclear da vida privada e medidas ocultas de investigação criminal”, *in*: Machete et al (org.), *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Manuel da Costa Andrade* — Volume II, Coimbra: Almedina, 2023, p. 147 e ss.

<sup>151</sup> 116 U.S. 616 (1886).

<sup>152</sup> 335 U.S. 1, 76 (1948).

natureza privada ou pública dos documentos. A essa altura, o principal foco de preocupação não era exatamente o direito à não autoincriminação protegido pela Quinta Emenda, senão a relação de tensão entre a proteção da propriedade privada e as prerrogativas estatais de regulação, fiscalização e arrecadação <sup>153</sup>. Em *Shapiro*, foi formulada a chamada *required records doctrine*, segundo a qual documentos privados estariam descobertos da proteção da Quinta Emenda quando se tratasse de registros *exigidos (required) por lei* <sup>154</sup>.

A distinção entre deveres privados e públicos de registro e exibição de documentos enquanto critério de incidência do princípio do *nemo tenetur* — que já fora criticada pelo voto dissidente do juiz *Felix Frankfurter* em *Shapiro v. United States* <sup>155</sup> e após ter sido mantida por considerável período de tempo <sup>156</sup> — foi finalmente abandonada em 1976 no julgamento *Fisher v. United States*. Nessa decisão, foi desenvolvida a chamada *act-of-production doctrine*, aceita em seus traços fundamentais até os dias atuais. De acordo com ela, para verificar se a obrigação de exibição ou entrega de documentos de teor potencialmente autoincriminatório representa violação da Quinta Emenda, deve-se perquirir se o ato requerido contém um *elemento testemunhal*, que vai além de um movimento mecânico-corporal. Em outras palavras: cabe estabelecer se o ato de entrega do documento em si é revelador de alguma informação desconhecida da autoridade estatal (por exemplo: a própria existência do documento, seu teor ou suas características); caso o seja, a obrigação de

---

<sup>153</sup> HOROWITZ/WIRTH, “The Death and Resurrection of the Required-Records Doctrine”, *Mississippi Law Journal* 86, 2017, p. 522.

<sup>154</sup> 335 U.S. 1, 76 (1948), 33. A respeito DORSEY, “Baltimore City Department of Social Services v. Bouknight: the Required Records Doctrine — Logic and Beyond”, *Maryland Law Review* 50, 1991, p. 452; HOROWITZ/WIRTH, *cit.*, p. 524.

<sup>155</sup> 335 U.S. 1, 76 (1948), p. 51.

<sup>156</sup> Na trilogia *Marchetti v. United States* (390 U.S. 39, 61), *Grosso v. United States* (390 U.S. 62, 84) e *Haynes v. United States* (390 U.S. 85, 101), todas as três decisões do ano de 1968, é verdade que *Shapiro v. United States* não foi revogada, tampouco a “required records doctrine” foi expressamente refutada, porém evitou-se sua aplicação.

entrega contraria o privilégio à não autoincriminação <sup>157</sup>; se o Estado já sabe especificamente do que se trata (*foregone conclusion*), o dever de exibição ou entrega não encontra obstáculo na Quinta Emenda <sup>158</sup>.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos serve-se de um critério semelhante para aferição da legitimidade de deveres de exibição e entrega à luz do princípio do *nemo tenetur*: este não incide em casos envolvendo “material que tem uma existência independente da vontade do suspeito, tais como, *inter alia*, documentos obtidos mediante mandado judicial, amostras de hálito, sangue e urina e tecidos corporais para efeitos de testes de DNA” <sup>159</sup>. Nos casos, portanto, de deveres de apresentar ou fornecer documentos potencialmente autoincriminatórios, o teste consiste em verificar se os arquivos visados já preexistiam e se as autoridades estatais já tinham conhecimento de sua existência e de seu teor <sup>160</sup>.

Na célebre decisão *J.B. v. Switzerland*, o TEDH teve a oportunidade de aplicar esse critério. Tratava-se do caso de um cidadão suíço, contra o qual pendia suspeita de crime tributário; as autoridades fiscais suíças compeliram-no, sob ameaça de sanção pecuniária, a apresentar documentos que revelassem sua fonte de renda. O tribunal chegou à conclusão de que não se tratava de documentos preexistentes conhecidos pelo Estado, havendo, portanto, violação do Art. 6 § 1 da CEDH <sup>161</sup>. Em caso mais recente, por outro lado, que envolvia a apresentação de extratos e relatórios bancários de contas mantidas no exterior por um cidadão holandês, o TEDH chegou à conclusão oposta, entendendo que se tratava de documentos preexistentes <sup>162</sup>. Embora nesta sede não seja possível proceder a uma análise minuciosa de todos os casos <sup>163</sup>, tendo a aderir à crítica

---

<sup>157</sup> *Doe v. United States* (65 U.S. 605, 623 (1984) (Doe I); 487 U.S. 201, 222 (1988) (Doe II)).

<sup>158</sup> 425 U.S. 391, 434 (1976), 408, 411.

<sup>159</sup> *Saunders v. United Kingdom*, TEDH, 17.12.1996 — 19187/91; crítico WOHLERS, FS Küper...*cit*, p. 697.

<sup>160</sup> *J.B. v. Switzerland*, TEDH, 03.05.2001 — 31827/96, Nm. 68.

<sup>161</sup> *J.B. v. Switzerland*, TEDH, 03.05.2001 — 31827/96, Nm. 68.

<sup>162</sup> *De Legé v. The Netherlands*, TEDH, 04/10/2022, 58342/15.

<sup>163</sup> Para uma análise mais detalhada, ver SOUSA MENDES, “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência

que se faz ao uso do critério mencionado, uma vez que não é possível extrair da jurisprudência do TEDH o que se deve entender exatamente por objetos ou documentos preexistentes e qual o grau de (pré-)conhecimento estatal que se exige em relação a eles, de modo que se possa aferir a legitimidade de um dever de cooperação à luz do princípio do *nemo tenetur* <sup>164</sup>.

O ponto fulcral dessa discussão prende-se à questão se deveres de exibição e entrega são deveres de cooperação ativa ou meros deveres de tolerância passiva. Estabelecer precisamente as fronteiras entre ambos é tarefa intrincada e controversa <sup>165</sup>. É difícil encontrar na jurisprudência e na doutrina critérios claros e convincentes <sup>166</sup>, tampouco é possível desenvolvê-los nesta sede. Pode-se adiantar, todavia, que o binômio naturalista atividade/passividade <sup>167</sup> não é um parâmetro promissor <sup>168</sup>. É possível ainda fixar que uma ação — objeto de um dever — de cooperação, para se distinguir de um dever de tolerância, deve ostentar um valor próprio, uma qualidade significativa, algo que aporte — sobretudo sob o aspecto informacional — ao arsenal persecutório do Estado <sup>169</sup>. Em regra, um dever de exibição ou entrega possuirá esse valor autônomo, pois o arguido, ao exhibir ou entregar o objeto requerido, acaba por informar ou confirmar que ele existe e onde se encontra. A partir dessa premissa, é preciso diferenciar se o

---

confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Revista da Concorrência e Regulação*, 2010, p. 129 e ss.

<sup>164</sup> Nesse sentido WOHLERS, *FS Küper*, p. 697, que critica que a jurisprudência do TEDH “ou é em si contraditória ou, porém, altamente complexa”; igualmente crítica OLIVEIRA E SILVA, in: *Prova Penal Teórica e Prática... cit.*, p. 110.

<sup>165</sup> Reconhece-o COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006 (reimpressão), p. 127.

<sup>166</sup> Um interessante ensaio nesse sentido oferece RÖSINGER, *Freiheit...cit.*, p. 225 e ss.

<sup>167</sup> Assim a doutrina dominante na Alemanha, cf. apenas, com ulteriores referências, GEPPERT, “Zur Belehrungspflicht über die Freiwilligkeit der Mitwirkung an einer Atemalkoholmessung und zu den Folgen ihrer Verletzung”, *NStZ*, 2014, p. 483.

<sup>168</sup> Criticamente, pondo em relevo o caráter formal desse critério, NEUMANN, *FS Wolff...cit.*, p. 376; WOLFLAST, *cit.*, p. 104; RÖSINGER, *Freiheit... cit.*, p. 18-19, trazendo os respectivos posicionamento do BGH e do TEDH.

<sup>169</sup> Cf. KÖHLER, *cit.*, p. 25.

dever de exibição ou entrega tem como destinatário direto os órgãos de persecução penal ou, por exemplo, uma autoridade administrativa, com finalidades não-punitivas:

(1) É *ilegítimo* impor ao arguido um dever *processual-penal* de exibição ou entrega <sup>170</sup>. Uma *cooperação direta* com a persecução, com precípua finalidade probatória, como já se demonstrou, não é (objetivamente) exigível do arguido. O Estado poderá ter acesso a documentos (produzidos ou não pelo arguido), apenas mediante busca e apreensão, *sem cooperação ativa* do acusado.

(2) Se, diversamente, o dever extrapenal de exibição ou entrega destina-se não às autoridades penais, mas assim a um órgão de natureza administrativa, com finalidade não repressiva, coloca-se a questão se, na hipótese de esses documentos serem transferidos aos órgãos de persecução penal, seu *conteúdo* pode ou não ser usado e valorado em eventual processo penal movido contra o indivíduo.

A resposta negativa a essa questão pressuporia a fundamentação de uma *proibição de utilização ou valoração da prova independente* <sup>171</sup>, posto que a obtenção ou produção da prova é, nessa hipótese, *prima facie* lícita. Por sua vez, uma proibição de prova apenas justificar-se-ia caso a utilização dos documentos para fins processuais penais significasse um esvaziamento ou um contorno da liberdade de não cooperação no processo penal. Essa possibilidade sujeita-se à demonstração de que o *ato de exibição ou entrega* do documento — que, nesse contexto, seria a verdadeira única hipótese de cooperação ativa forçada — “contamine” o seu conteúdo (lícita e/ou voluntariamente produzido, vale lembrar).

A resposta a esse problema dependerá, conforme já sustentara *Hefendehl*, se se trata de documentos cuja guarda e exibição é pré-determinada por lei ou de documentos cuja guarda não é legalmente obrigatória. Na primeira hipótese, não há óbice à utilização processual-penal dos

<sup>170</sup> Assim, com diversas referências, SAX, *cit.*, p. 985; WOHLERS/GRECO, in: *SK-StPO*, Colônia: Carl Heymanns Verlag, § 95 Nm. 19.

<sup>171</sup> Sobre esse conceito cf. SOUSA MENDES, *Lições...cit.*, p. 184.

documentos; na segunda, por outro lado, a apresentação e entrega dos documentos equivale a um testemunho, a um depoimento — como no caso “Gemeinschuldner” —, o que atrai uma proibição de utilização da prova <sup>172</sup>. No primeiro cenário, três aspectos são importantes: não se trata de cooperação direta com o processo penal; o dever de cooperação destina-se originalmente a um fim não repressivo; e o conteúdo do dever é precisamente pré-determinado (por lei) e, por isso, é previsível, calculável antecipadamente pelo indivíduo — o dever equivale materialmente, ou ao menos se aproxima, a um mero ônus, uma *Obliegenheit*, como se referiu anteriormente (supra *a*). No segundo caso, é verdade que o dever de cooperação possui um escopo original não-repressivo, no entanto, seu teor não é pré-determinado e não é reconhecível antecipadamente pelo cidadão, do mesmo modo que os deveres de informação e declaração abordados anteriormente; a sua utilização no processo-penal conecta-se, assim, ao risco de esvaziamento do princípio do *nemo tenetur*.

#### IV. Conclusão

O princípio do *nemo tenetur* possui um status ambivalente, tanto na discussão científica quanto na prática judicial. Por um lado, por muitos é visto como uma obviedade. Outros, no entanto, questionam até a razão de sua existência. A insegurança no manejo do princípio do *nemo tenetur* na prática reflete sua abalada fundamentação teórica. O tratamento jurídico dos chamados deveres extrapenais de cooperação é (apenas) um exemplo disso.

O direito à não autoincriminação não decorre de uma determinada e universal posição jurídica do cidadão, tal como enxerga a doutrina dominante. A liberdade de não cooperação, antes, não é nada mais e nada menos do que a desoneração de um dever de testemunho objetivamente inexigível por conta da posição do arguido, que é destinatário de um sacrifício especial de suportar o processo.

---

<sup>172</sup> HEFENDEHL, *cit.*, p. 8; próxima OLIVEIRA E SILVA, *in: Prova Penal Teórica e Prática... cit.*, p. 109.

Na “Decisão-Gemeinschuldner” do Tribunal Federal Constitucional alemão, reconheceu-se corretamente que determinados deveres de cooperação impostos ao cidadão fora do processo penal estão justificados e, ao mesmo tempo, podem trazer consigo o risco de esvaziamento da liberdade processual-penal de não cooperação do arguido. A solução proposta na decisão — preservação do dever de cooperação mais proibição de valoração da prova (“mecanismo *Gemeinschuldner*”), todavia, não retém validade universal e nem oferece um remédio suficientemente forte para os casos em que este se mostra necessário.

Nos casos em que de fato se abre o campo de incidência do princípio do *nemo tenetur* (meras condições onerosas e deveres de registro pré e legalmente programados quedam em princípio excluídos), nem sempre será adequado manter válido o dever de cooperação (nessas hipóteses prevalece, ao invés, um direito à não declarar); e, nos casos de legítima aplicação do princípio do *nemo tenetur*, a solução não será uma mera proibição de valoração, mas sim de utilização da prova.



**GESTLEGAL**

[www.gestlegal.pt](http://www.gestlegal.pt) • [editora@gestlegal.pt](mailto:editora@gestlegal.pt)