

A GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

THE GUARANTEE OF NO SELF-INCRIMINATION IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

Bruno Gabriel de Castro*

RESUMO

O princípio da não autoincriminação, também expresso pelo brocardo *nemo tenetur se detegere*, consiste na garantia de que ninguém é obrigado a se autoincriminar ou a produzir prova contra si mesmo. O suspeito ou acusado não pode sofrer qualquer prejuízo por se omitir de colaborar com a atividade persecutória ou por exercer o direito ao silêncio quando lhe for oportunizado praticar a autodefesa. Reflexamente, esse direito representa uma garantia de controle da qualidade e idoneidade do material probatório, bem como da motivação das decisões judiciais. O *privilege against self-incrimination* representou a evolução do acusado como sujeito de direitos, marcou o avanço civilizatório contra os abusos do sistema inquisitivo. A Constituição Federal de 1988 inseriu, explicitamente, o direito ao silêncio no rol dos direitos e garantias fundamentais, elemento nuclear do princípio da não autoincriminação. Ademais, a jurisprudência e a doutrina vêm descortinando novas facetas desse privilégio. Assim, o presente trabalho pretende fazer uma breve análise histórica da garantia da não autoincriminação, demonstrar seus desdobramentos, a quem se destina, bem como expor algumas de suas particularidades.

Palavras-chave: Autoincriminação. Confessar. Silêncio. Nemo Tenetur Se Detegere.

ABSTRACT

The principle of non-self-incrimination, also expressed by the aphorism *nemo tenetur se detegere*, consists in the guarantee that no one is obliged to incriminate himself or to produce evidence against himself. The suspect or accused person may not suffer any harm for failing to collaborate with the persecutory activity or for exercising the right to silence when he is given the opportunity to practice self-defense. Reflexively, this right represents a guarantee of quality control and suitability of the evidentiary material, as well as the motivation of court decisions. Privilege against self-incrimination represented the evolution of the accused as a subject of rights, it marked the civilizing advance against the abuses of the inquisitive system. The Federal Constitution of 1988 explicitly included the right to silence in the list of fundamental rights and guarantees, a core element of the principle of non-self-incrimination. Furthermore, jurisprudence and doctrine have been unveiling new facets of this privilege. Thus, the present work intends to make a brief historical analysis of the guarantee of non-self-incrimination, demonstrate its consequences, who it is intended for, as well as expose some of its particularities.

Keywords: Self-incrimination. Confess. Silence. Nemo Tenetur Se Detegere.

* Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Email: brunogabrieldecastro@gmail.com

Artigo submetido em 25 de janeiro de 2022 e aprovado em 16 de setembro de 2022

1 INTRODUÇÃO

O privilégio da não autoincriminação é um princípio constitucional implícito do direito processual penal. Ele decorre dos princípios constitucionais expressos da ampla defesa (art. 5º, LV), da presunção de inocência (art. 5º, LVII), e do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII). Tendo em vista que é uma cláusula pétrea, não pode ser suprimido nem mesmo por emenda constitucional. Outrossim, está expressamente previsto no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, em vigor no Brasil por meio do Decreto nº 678/1992, e no art. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966, em vigor no Brasil por meio do Decreto nº 592/1992.

O direito da não autoincriminação significa que ninguém é obrigado a se autoincriminar ou a produzir prova contra si mesmo. Em tradução literal, *nemo tenetur se detegere* significa “ninguém é obrigado a se descobrir”. Em regra, é empregado como sinônimo dos brocardos: *nemo tenetur se ipsum accusare* – ninguém está obrigado a se auto acusar; *nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam* – ninguém está obrigado a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a revelar a sua torpeza; *nemo tenetur contra se facere* – ninguém é obrigado a agir contra si mesmo; e conhecido, no direito anglo-americano como *privilege against self-incrimination*.

Conforme se depreende do parágrafo único do art. 186 do Código de Processo Penal, o suspeito ou acusado não pode sofrer nenhum prejuízo por se omitir de colaborar com a atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito ao silêncio quando lhe for oportunizado praticar a autodefesa. Qualquer espécie de prova que dependa ativamente do sujeito passivo somente é admissível se o ato for levado a cabo de forma voluntária e consciente. São vedados a fraude, coação física ou moral, pressão, artificialismos, dentre outros. Reflexamente, o direito de não autoincriminação representa uma garantia de controle da qualidade e idoneidade do material probatório, bem como da motivação das decisões judiciais.

O privilégio de não se autoincriminar tem o objetivo de proteger a dignidade da pessoa humana, a integridade física e mental, a capacidade de autodeterminação, a inviolabilidade pessoal, e, em último caso, a liberdade, do indivíduo contra as hostilidades e constrangimentos historicamente perpetrados pelo Estado em atos de natureza inquisitiva. Cuida-se de efetivação do princípio da presunção de inocência.

Com a devida licença às interpretações mais garantistas da distribuição do ônus da prova no processo penal, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, a prova da alegação incumbe, em regra, a quem a fizer (BRASIL, 1941). Por esse motivo, o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com a acusação na atividade persecutória, um encargo que não lhe pertence. O Estado é infinitamente mais equipado que o sujeito passivo na persecução penal. Ele possui agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas, prescindindo, portanto, do auxílio do suspeito ou acusado para colher elementos suficientes para sustentar uma ação penal. Seria o reconhecimento da falência dos órgãos estatais.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* é universalmente acolhido, encontra-se insculpido em diversos ordenamentos jurídicos ao redor do globo, bem como em inúmeras convenções internacionais. Nas palavras de Carlos Henrique Borlido Haddad, “[...] a maioria dos Estados consente em aplicá-lo, porque são inerentes a todos os povos o instinto de autopreservação e a correlata opção por não produzir provas contra si mesmo.” (HADDAD, 2005, p. 89).

2 SÍNTESE HISTÓRICA

Embora existam registros de uma noção primitiva do privilégio da não autoincriminação em civilizações antigas, resumidamente pode-se afirmar que o princípio como atualmente compreendido nasceu na modernidade, como uma superação ao modelo anterior de provas tarifadas, em que a confissão era considerada a rainha das provas, podendo ser alcançada de todas as formas possíveis, inclusive por meio da tortura.

No âmbito do direito processual penal, a busca da verdade a todo custo justificou por muito tempo a atribuição de plenos poderes ao Estado na produção de provas. Embora o privilégio da não autoincriminação seja a expressão normativa de um instinto ínsito à natureza humana – a autopreservação, a faculdade de não produzir provas que possam contribuir para a sua própria incriminação nem sempre foi assegurada ao suspeito ou acusado.

No passado, a sevícia era vista como um meio legítimo para obtenção de provas. Ela possuía larga tradição entre os povos antigos. O acusado era considerado um objeto do qual pode se extrair as provas, não um sujeito de direitos. Quando interrogado, após fazer um juramento, o suspeito deveria colaborar manifestando a verdade, pelo contrário, seria submetido à tortura.

Com o passar do tempo, o avanço civilizatório foi se posicionando gradativamente contra as atrocidades do sistema inquisitivo. O fim da tortura se deu somente após as críticas promovidas pelos iluministas. Em 1651, o filósofo Thomas Hobbes, ao esboçar seus pensamentos sobre a existência de um contrato social, afirmou: “um pacto no sentido de alguém se acusar a si mesmo, sem garantia de perdão, é igualmente inválido”. (HOBBS, 2003, p. 121).

Na obra *Dos delitos e das Penas*, publicada inicialmente em 1764, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, já pregava contra a tortura e a exigência de juramento do réu:

É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, quer para arrancar dele a confissão do crime, quer para esclarecer as contradições em que caiu, quer para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, mas dos quais poderia ser culpado, quer enfim porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia. Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o direito da força pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado. (BECCARIA, 2015, p. 40-41).

A partir do pensamento dos iluministas, a tortura foi gradativamente excluída dos meios oficiais estatais para obtenção de provas. “Escócia em 1702, da Prússia em 1740 e 1754, da Rússia em 1768, da Suécia em 1772, da Áustria em 1776, da França em 1780 e da Suíça em 1798” (HADDAD, 2005, p. 104). De mero objeto de prova o suspeito ou acusado passou a ser sujeito de direitos, presumindo-se em seu benefício a inocência, conforme se depreende do art. 8º da Declaração dos Direitos de Virgínia de 1774, e do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

No Brasil, antes de 1988, o silêncio podia ser interpretado em prejuízo da defesa, conforme se verifica do texto original dos arts. 186 e 198 do Código de Processo Penal:

Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

[...] Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz. (BRASIL, 1941).

Somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio contra a autoincriminação passou a encontrar aplicação no ordenamento jurídico nacional. Em razão da supremacia das normas constitucionais, as partes finais das normas supracitadas não foram recepcionadas pela Constituição. Inclusive, em julgamento em 30/10/2001, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 186, quando do *Habeas Corpus* nº 80.949-9/RJ, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no Diário de Justiça em 14/12/2001:

[...] 4. O privilégio contra a auto-incriminação - *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. [...] (BRASIL, 2001).

Em 2003 a questão foi finalmente dissipada com a alteração promovida pela Lei nº 10.792/03, que deu nova redação ao art. 186, *in verbis*:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (BRASIL, 1941).

Embora a redação do art. 198 não tenha sido alterada, para a doutrina, a parte final desse artigo é considerada revogada tacitamente, tendo em vista a incoerência com os demais dispositivos que tratam do direito ao silêncio.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. ensina que o supracitado artigo deve ser lido à luz da Constituição Federal de 1988:

O art. 198 do CPP deve ser lido à luz do direito constitucional de silêncio e em conformidade com a estrutura do devido processo. Assim, o silêncio não importará confissão, e tampouco pode ser (des)valorado pelo juiz. Ou seja, é substancialmente inconstitucional a última parte do referido artigo, quando afirma que o silêncio do acusado "poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz". Não, isso não sobrevive a uma filtragem constitucional. Assim, o silêncio não pode prejudicar, em nenhuma hipótese, o réu, e tampouco pode ser utilizado como elemento para o convencimento do juiz. (LOPES JR., 2019, p. 545-546).

3 DESDOBRAMENTOS, LIMITES E DIMENSÕES DA GARANTIA DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

No direito processual penal, a defesa desdobra-se em defesa técnica e autodefesa – que é a possibilidade de o acusado defender-se por si mesmo. A autodefesa pode ser exercida ativamente – quando, por exemplo, o réu decide por se submeter ao interrogatório – ou passivamente – quando, por exemplo, o réu exerce o direito ao silêncio. Assim, verifica-se que o princípio da não autoincriminação faz parte da ampla defesa, que é uma das garantias do devido processo legal.

Contudo, o privilégio da não autoincriminação (autodefesa passiva) não se limita somente ao direito ao silêncio. Ele possui várias dimensões. Segundo a doutrina, pode-se destacar as seguintes dimensões: I – o direito ao silêncio, que origina (a) o direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal, (b) o direito de não declarar contra si

mesmo, (c) o direito de não confessar, e (d) o direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros; II – o direito de não apresentar provas que prejudique sua defesa; III – o direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo, que se triparte no (a) direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa, (b) direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios, e (c) direito de não ceder seu corpo para a produção de prova incriminatória.

A simples leitura desatenta dos textos normativos que preveem o privilégio da não autoincriminação poderia nos conduzir a uma interpretação restritiva de que esse princípio se aplicaria exclusivamente em relação às declarações e confissões. Todavia, na realidade, indifere se o meio probatório é oral, documental, material ou procedimental. Percebe-se que todas as dimensões do direito à não autoincriminação reconhecidas constituem limites ao princípio da liberdade de provas.

O âmago do princípio da não autoincriminação reside em uma inatividade do sujeito passivo – direito de não falar, direito de não participar ativamente da produção de uma prova incriminatória –, quando o agente passa a praticar atos que visem elidir sua responsabilização criminal, tais como: fuga para evitar a prisão em flagrante; apresentação de documentos falsos para evitar a identificação por autoridades públicas; ou realizar atividades perturbadoras da produção da prova, como é o caso da remoção de sangue do local dos fatos, ele já não mais se encontra amparado pela garantia da não autoincriminação, podendo até mesmo ser responsabilizado na esfera criminal. A exceção seria o direito do sujeito passivo de não falar a verdade, que, apesar de ser uma manifestação ativa, o direito brasileiro resguarda como parte do privilégio da não autoincriminação.

Apesar das controvérsias no âmbito dos Tribunais Superiores, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 971.959/RS, em 05/08/2016, de relatoria do Ministro Luiz Fux, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 10/11/2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal já excluiu a interpretação de que o réu teria direito à fuga, consolidando o entendimento de que o direito de defesa não alcança tal conduta.

Ementa: Recurso Extraordinário. Penal e Processual Penal. Crime de fuga do local do acidente. Artigo 305 de Código de Trânsito Brasileiro. Análise da constitucionalidade do tipo penal à luz do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Repercussão geral reconhecida. RE nº 971.959. Tema nº 907 (BRASIL, 2016).

4 EXTENSÃO DA GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Cumprido ressaltar que o *nemo tenetur se detegere* não se restringe apenas ao âmbito do processo penal, ele pode ser legitimamente exercido sempre que esteja presente o risco de autoincriminação, sendo oponível perante qualquer autoridade, funcionário público ou até mesmo particular. As dimensões do privilégio da não autoincriminação incidem na fase investigatória, processual ou até mesmo na ausência de processo ou procedimento.

Por uma questão de lógica, sem essa extensão, por diversas vezes a garantia citada não teria eficácia, visto que o processo penal muitas vezes comunga de provas obtidas em outras searas. Assim, faz-se presente a opção pelo direito de não se autoincriminar em inquérito policial, em processo penal, civil ou administrativo, perante as Comissões Parlamentares de Inquérito, dentre outros.

5 O DIREITO AO SILÊNCIO

O direito ao silêncio está previsto expressamente no art. 5º, inciso LXIII, Constituição Federal de 1988, e no art. 186 do Código de Processo Penal. Conforme se depreende do

parágrafo único do supracitado artigo, o silêncio não pode ser interpretado em prejuízo da defesa e não importa em confissão (BRASIL, 1941). Em outras palavras, o direito ao silêncio significa que não se pode exigir que o suspeito ou acusado contribua, produza ou participe ativamente da atividade persecutória.

Com efeito, tal garantia é um marco da valorização da dignidade humana no âmbito do processo penal. É imperioso o reconhecimento de sua contribuição para evitar o retorno às práticas inquisitoriais. Pode-se afirmar que o direito ao silêncio constitui o núcleo do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Dentre outros motivos, a necessidade de se garantir o direito ao silêncio se explica, principalmente, pela imprescindibilidade de se prezar pela idoneidade das provas, tendo em vista a possibilidade do sujeito passivo ser constrangido, moral ou fisicamente, a apresentar uma versão nos moldes dos interesses persecutórios. Afinal, quem é compelido a dizer algo, pode se ver obrigado a dizer algo já determinado pelos interrogadores. Cuida-se de uma medida para preservar a integridade física e psíquica, a intimidade e a liberdade de autodeterminação do indivíduo.

Os profissionais do direito não são ingênuos ao ponto de acreditar que o silêncio invocado pelo réu não possa gerar suspeita no íntimo do juiz. Mas, por força do princípio da fundamentação, o magistrado deverá fundamentar sua decisão de forma satisfatória em outros elementos de prova aptos a sustentar uma condenação, tendo em vista que o silêncio não poderá constar nos argumentos do julgador. Assim ensina Guilherme de Souza Nucci:

Não se nega que no espírito do magistrado o silêncio invocado pelo réu pode gerar a suspeita de ser ele realmente o autor do crime, embora, ainda que tal se dê, é defeso ao magistrado externar o seu pensamento na sentença. Ora, como toda decisão deve ser fundamentada (art. 93, IX, CF), o silêncio jamais deve compor o contexto de argumentos do magistrado para sustentar a condenação do acusado. É preciso abstrair, por completo, o silêncio do réu, caso o exerça, porque o processo penal deve ter instrumentos suficientes para comprovar a culpa do acusado, sem a menor necessidade de se valer do próprio interessado para compor o quadro probatório da acusação. (NUCCI, 2020, p. 753).

Cumprido dizer que, por uma questão de ordem prática, quando o sujeito passivo não responde ou não consegue responder de maneira satisfatória a uma indagação que questiona uma afirmação anterior dele próprio, não se trata de valoração do silêncio, mas sim do reconhecimento da inconsistência do conjunto de autodefesa.

5.1 A qualificação do acusado

Nos moldes do art. 187, do Código de Processo Penal, a proteção contra a autoincriminação abrange apenas às indagações acerca dos fatos, porquanto é acerca deles que o suspeito ou acusado se defende. No que diz respeito à sua qualificação pessoal, o interrogado tem o dever de responder com veracidade, sob pena de responder criminalmente. Conforme esclarece João Cláudio Couceiro:

O direito ao silêncio só abrange o verdadeiro interrogatório, como exercício da autodefesa, ou seja, o denominado 'interrogatório de mérito. Incide, apenas, sobre as declarações relacionadas ao fato delituoso, e não sobre aquelas pertinentes aos antecedentes ou à identidade da pessoa que está sendo ouvida. Afinal, se o direito ao silêncio está relacionado ao direito de defesa, e se o agente só se defende de fatos, é evidente que não poderia abranger as declarações relativas à sua vida pregressa e identificação. (COUCEIRO, 2004, p. 138).

5.2 Direito ao silêncio parcial

Tendo em vista que o Código de Processo Penal e o texto constitucional não especificaram se o direito ao silêncio se aplica somente à totalidade das perguntas ou à individualidade de cada uma, no ordenamento jurídico brasileiro, o suspeito ou acusado pode se recusar a responder a todas as perguntas ou se calar somente em relação a algumas, garantindo-se, assim, a sua plena liberdade de declaração. É essa a lição de Maria Elizabeth Queijo:

A posição mais consentânea com o *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental que é, objetivando a tutela do acusado contra risco de autoincriminação, é permitir ao acusado que exerça o direito ao silêncio, durante o interrogatório de mérito, livremente. Mesmo porque não se poderia exigir dele que fizesse opção pelo direito ao silêncio, ou não, antes de conhecer as perguntas que seriam formuladas, exceto se se tratasse de estratégia defensiva previamente traçada. (QUEIJO, 2003, p. 204).

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tem decidido reiteradamente em diversos momentos que o interrogatório é um ato de defesa e, por isso, o réu pode optar por responder apenas às perguntas formuladas por seu defensor. Esse foi o entendimento do Ministro Félix Fischer quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 628.224/MG, em 07/12/2020, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 09/12/2020:

HABEAS CORPUS Nº 628224 - MG (2020/0303187-4) [...] De outra forma, não proscreve a possibilidade, plausível até como forma de economia processual, já que o réu pode exercer sua autodefesa de forma livre, não havendo razões para se indeferir liminarmente que se manifeste sob a condução das perguntas de seu patrono. Isso porque o interrogatório possui duas partes, e não apenas a identificação do acusado, quando o direito ao silêncio pode ser mitigado, [...]. Em outras palavras, quanto ao mérito, a autodefesa se exerce de modo livre, desimpedido e voluntário. (BRASIL, 2020).

De igual modo, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 688.748/SC, em 26/08/2021, o Ministro Joel Ilan Paciornik entendeu que, se assim desejar, o acusado pode se negar a responder às perguntas feitas pelo juiz e responder apenas ao seu advogado.

Por fim, no mesmo sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, deu parcial provimento à Reclamação nº 33.711/SP, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em 11/06/2019, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 23/08/2019, entendendo que “O fato de o interrogado responder a determinadas perguntas não significa que ele abriu mão do seu direito.” (BRASIL, 2019).

5.3 Direito de declarar o inverídico

Por não existir o crime de perjúrio no ordenamento pátrio, o direito do sujeito passivo de declarar o inverídico é resguardado como parte do direito ao silêncio no Brasil. Inclusive, o investigado não presta compromisso de dizer a verdade. Nesse caso, o limite seria o direito de terceiros. O acusado não pode mentir imputando práticas criminosas a terceiros e nem fornecer identificação falsa, sob pena de responder por crime. Nesse sentido se manifesta Maria Elizabeth Queijo:

[...] a inexistência do dever de dizer a verdade é outra decorrência do *nemo tenetur se detegere*. Em razão dele, de um lado, afasta-se o juramento e, conseqüentemente, a

observância desse dever pelo acusado. E, de outro, excluem-se as sanções que possam ser impostas a ele por faltar com a verdade (QUEIJO, 2003, p. 230).

5.4 Das testemunhas

Embora as testemunhas estejam obrigadas a declarar a verdade sob pena de responderem pelo do crime de falso testemunho, elas também gozam do direito ao silêncio para evitar a autoacusação. Trata-se, portanto, de um direito limitado. Enquanto os suspeitos e os réus podem-se recusar a responder, as testemunhas, que têm o dever de prestar declarações verídicas, apenas podem invocar o direito ao silêncio em face de determinadas perguntas, cuja resposta possa acarretar a autoincriminação.

6 A QUEM SE DESTINA O *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Embora o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988, faça referência expressa somente ao direito do preso, tal garantia se estende a todos os suspeitos ou acusados, em todas as situações processuais. Em matéria de direitos fundamentais no processo penal, a leitura que se deve fazer deve ser sempre no sentido ampliar o alcance da norma constitucional, ou seja, os mesmos direitos assegurados ao acusado são assegurados ao indiciado ou preso. O texto constitucional se refere somente ao preso em atenção ao seu estado de particular vulnerabilidade. Conforme ensina Antônio Scarance, Antônio Magalhães e Ada Pellegrini, “aludindo ao silêncio [...], a Lei Maior denota simplesmente sua preocupação inicial com a pessoa capturada [...] Mas isto não pode, nem quer dizer que ao indiciado ou acusado que não esteja preso não seja estendida a mesma proteção” (FERNANDES, GOMES FILHO, GRINOVER, 2006, p. 82).

7 DO DEVER DO AGENTE ESTATAL

Embora não possua valor absoluto, a confissão ainda é um dos meios de prova com maior efeito de convencimento judicial. Por esse motivo, além de não autorizar que o indivíduo possa ser obrigado a participar involuntariamente na formação da culpa, o princípio da não autoincriminação também estipula um dever para a autoridade estatal. É extremamente importante que antes de proceder o interrogatório, o magistrado ou delegado informe ao acusado o seu direito de permanecer em silêncio.

O art. 186 do Código de Processo Penal exige que, após cientificar o acusado ou suspeito do inteiro teor das acusações, a autoridade deverá informar ao agente passivo o seu direito de permanecer em silêncio e a não responder perguntas, sob pena de nulidade por violação de uma garantia constitucional (BRASIL, 1941). Cuida-se de medida para evitar o chamado interrogatório sub-reptício.

Nesse sentido já entendeu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 78.708-1/SP, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 09/03/1999 e publicado no Diário de Justiça em 16/04/1999:

EMENTA: Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, consequências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado. I. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto- incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. II. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas,

assim como das provas delas derivadas. III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio - que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade - e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito. (BRASIL, 1999).

O entendimento predominante no processo penal brasileiro sempre foi no sentido de que o dever de cientificar o suspeito ou acusado acerca seria de responsabilidade das autoridades, ou seja, o delegado de polícia e o magistrado, quando dos interrogatórios formais. Todavia, em recente decisão monocrática, no *Habeas Corpus* nº 203.163/SP, julgado em 13/07/2021, publicado no Diário de Justiça em 16/07/2021, o Ministro Gilmar Mendes asseverou a informação de que o suspeito tem direito ao silêncio deve ser prestada, não apenas pelas autoridades, mas também pelos policiais responsáveis pela voz de prisão:

[...] É que, da leitura dos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão do paciente, verifica-se que não foi sequer observado o comando constitucional, a partir do qual o preso deve ser informado acerca do seu direito de permanecer em silêncio. Conforme tenho dito, a informação de que o suspeito tem direito ao silêncio deve ser prestada ao preso pelos policiais responsáveis pela voz de prisão e não apenas pelo delegado de polícia, quando de seu interrogatório formal. (BRASIL, 2021).

Nos Estados Unidos da América, esse dever para a autoridade estatal se tornou famoso na medida que os *Miranda Rights* passaram a integrar os filmes de *Hollywood*. Sempre que alguém que se encontra em custódia da polícia dos Estados Unidos, esses direitos devem ser recitados em forma de aviso.

A advertência de que o indivíduo possui o direito de permanecer calado e que qualquer coisa que ele diga pode ser utilizado contra ele em uma corte passou a ser praticada após o caso chamado de *Miranda versus Arizona*, quando a Suprema Corte norte-americana revogou a prisão de Ernesto Arturo Miranda em razão da necessidade de se desconsiderar as declarações feitas por ele antes de ser explicitamente advertido de seu direito de não se autoincriminar (PAGLIUCA, 2020).

8 CONCLUSÃO

O presente estudo permite concluir que a garantia da não autoincriminação representou um marco na humanização do processo penal. Na medida em que determinou a proscrição dos métodos cruéis que eram empregados para se obter a confissão do suspeito ou acusado, o *nemo tenetur se detegere* assinalou o avanço civilizatório sobre os abusos do antigo sistema inquisitivo.

Por ser uma decorrência natural do devido processo legal, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, verifica-se que o princípio da não autoincriminação se encontra insculpida na grande maioria dos ordenamentos jurídicos ao redor do globo. Todavia, no Brasil, somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que esse princípio foi consagrado como um direito fundamental mínimo de todo acusado ou suspeito no ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com a acusação na atividade persecutória. Exigir o auxílio do suspeito ou acusado para colher elementos suficientes para sustentar uma ação penal, é o reconhecimento da falência dos órgãos estatais. O Estado é

infinitamente mais equipado que o réu, ele deve possuir agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas.

Lado outro, o direito de não produzir provas contra si mesmo não se esgota no direito de se silenciar quando inquirido por autoridades públicas. Em verdade, se trata da possibilidade do suspeito ou acusado se recusar a participar da produção de toda e qualquer prova que demande sua colaboração ativa.

Embora seja mais conhecido no âmbito do processo penal, o princípio da não autoincriminação oferece proteção ao indivíduo em qualquer ocasião em que esteja presente o risco de autoincriminação, sendo oponível perante qualquer autoridade, funcionário público ou até mesmo particular.

Em conclusão, para garantir a manutenção dos direitos individuais, antecipando-se às possíveis violações que poderiam ocorrer em um sistema inquisitório, o princípio do *nemo tenetur se detegere* restringe sobremaneira as possibilidades persecutórias do Estado. A limitação à liberdade da acusação na produção de provas e, por consequência, na própria repressão aos crimes, é o preço que um Estado Democrático de Direito paga para evitar o retorno das sevícias e de outros abusos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo penal**: parte geral. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015, p. 40-41. Tradução de Paulo M. Oliveira.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.792.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 62.8224. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 07 de dezembro de 2020. **Diário de Justiça**. Brasília, 09 dez. 2020. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?processo=628224&b=DTXT&p=true>. Acesso em: 07 setembro 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 688.748. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, DF, 26 de agosto de 2021. **Revista Consultor Jurídico**. 29 agos. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ministro-stj-garante-direito-silencio.pdf>. Acesso em: 07 setembro 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 78.708/SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 09 de março de 1999. **Diário de Justiça**. Brasília, 16 abr. 1999. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur109804/false>. Acesso em: 01 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80.949. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 30 de outubro de 2001. **Diário de Justiça**. Brasília, 14 dez. 2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur100665/false>. Acesso em: 01 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 203.163. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 13 de julho de 2021. **Diário de Justiça**. Brasília, 16 jul. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1220793/false>. Acesso em: 07 setembro 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 33.711. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 de junho de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 ago. 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=33711&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 07 setembro 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 971.959. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de agosto de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 10 nov. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral8742/false>. Acesso em: 01 maio 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004.

FELDENS, Luciano. **O direito do cidadão de ser informado sobre os seus direitos**. 2020. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-out-22/feldens-direito-informado-direitos#:~:text=Arizona%20\(384%20US%20436%2C%201966,na%20qual%20confessava%20os%20fatos.&text=A%20Suprema%20Corte%20dos%20Estados%20Unidos%20reverteu%20a%20decis%C3%A3o%20local](https://www.conjur.com.br/2020-out-22/feldens-direito-informado-direitos#:~:text=Arizona%20(384%20US%20436%2C%201966,na%20qual%20confessava%20os%20fatos.&text=A%20Suprema%20Corte%20dos%20Estados%20Unidos%20reverteu%20a%20decis%C3%A3o%20local). Acesso em: 20 fev. 2021.

FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 82.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. 2010. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia#:~:text=Significado%3A%20o%20privil%C3%A9gio%20ou%20princ%C3%ADpio,nem%20o%20acusado%2C%20nem%20a>. Acesso em: 21 mar. 2021.

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

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria**, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Martins Fontes: São Paulo, 2003. p. 121.

JANUÁRIO, Daniel. **A evolução histórica do princípio contra a auto-incriminação no cenário mundial e no direito brasileiro**. 2008. Disponível em: <https://www.revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/viewFile/2248/1849>. Acesso em: 20 fev. 2021.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2020.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Miranda v. Arizona**: 34 anos depois. 34 anos depois. 2020. Disponível em: <http://www.sedep.com.br/artigos/miranda-v-arizona-34-anos-depois/>. Acesso em: 01 fev. 2021.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VALE, Ionilton Pereira do. **Origens históricas do princípio nemo tenetur se detegere**. 2014. Disponível em: <https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/130573262/origens-historicas-do-principio-nemo-tenetur-se-detegere>. Acesso em: 20 fev. 2021.