

O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Alex Anderson Falcão Lima¹
Nadja Ariane Azevedo de França²
Danielle Freitas de Lima Oliveira³

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar o direito à não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro, bem como à sua importância para evitar abusos e arbitrariedades por parte do Estado e de seus representantes, com especial atenção ao princípio *Nemo Tenetur se detegere*. O objetivo específico é apontar à sua aplicabilidade ao Direito Penal e Processual Penal brasileiro, bem como sua atuação perante outras garantias processuais. A metodologia utilizada para a presente pesquisa é do tipo bibliográfica, em que a análise está fundamentada na revisão de leis, livros e jurisprudências relacionadas ao princípio da não autoincriminação. O tema é de significativa relevância, não apenas para o Direito Penal e Processual Penal, mas para toda a sociedade, uma vez que consagra um Direito Fundamental estabelecido no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direito à não autoincriminação. *Nemo Tenetur se Detegere*. Direito Penal. Direito Processual Penal.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the right to non-self-incrimination within the Brazilian legal system, as well as its importance in preventing abuse and/or atrocities by the State and its representatives, delimiting the principle *Nemo Tenetur Se Detegere*. The specific objective is to point out its applicability to Brazilian Criminal Law and Criminal Procedure Law and its relationship with other procedural guarantees. The methodology used is bibliographic research, based on the analysis of laws, books, and case law related to the right to non-self-incrimination. This topic is of extreme importance not only for criminal and Criminal Procedure Law but also for society as a whole, as it constitutes a fundamental right established in Article 5, item LXIII of the 1988 Brazilian Federal Constitution. 8483

Keywords: Right to non-self-incrimination. *Nemo Tenetur Se Detegere*. Criminal Law. Criminal Procedure Law.

I INTRODUÇÃO

O direito à não autoincriminação configura-se como uma garantia fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, bem como disciplinada no Código de Processo Penal Brasileiro. Esse princípio garante ao indivíduo o direito ao silêncio no Sistema penal e processual penal brasileiro. Constituindo um mecanismo jurídico que coíbe práticas autoritárias e abusivas no

¹ Bacharelando em Direito. Universidade Potiguar. Natal, Rio Grande do Norte, Brasil.

² Bacharelanda em Direito. Universidade Potiguar. Natal, Rio Grande do Norte, Brasil.

³ Orientadora. Universidade Potiguar. Natal, Rio Grande do Norte, Brasil.

exercício do *Ius Puniendi* Estatal. Dessa maneira, o brocardo *Nemo Tenetur se Detegere* fundamenta-se a um direito de liberdade, de forma que proíbe o excesso por parte do Estado no que se refere à persecução penal. A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXIII estabelece que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Complementarmente, o Código de Processo Penal brasileiro estabelece em seu artigo 186 que “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.”

Diante do exposto, observa-se que o princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* é amplamente protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, salvaguardando os direitos do acusado, ao impedir eventuais abusos no que se refere ao exercício do Estado em sua função punitiva.

2 ORIGEM DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO SUA EVOLUÇÃO NO BRASIL

A origem precisa do princípio da não autoincriminação é complexa, uma vez que diferentes doutrinadores atribuem sua gênese a períodos históricos diferentes. Alguns admitem ser inviável determinar sua origem exata, enquanto outros relatam vestígios deste princípio em ordenamentos antigos. No entanto, prevalece uma corrente majoritária que aponta sua origem na Europa, com o término do “acusado fala”, em que perdurou até meados do século XIX, o qual proibia a atuação de advogados de defesa do réu.

8484

Outra perspectiva doutrinária, afirma o ponto inicial ao advento do *privilegio Against self incrimination* que, em tradução, significa que ninguém é obrigado a se autoincriminar ou produzir provas contra si mesmo. Paralelamente, a máxima romana *Nemo Tenetur prodere se ipsum*, traduzida como “ninguém deverá acusar a si mesmo”, é possivelmente uma das expressões mais antigas conhecidas por doutrinadores referente ao direito da não autoincriminação na época medieval.

Alguns doutrinadores sustentam que o princípio *Nemo Tenetur se Detegere* teria sido inserido pelos eclesiásticos com base na legislação canônica medieval, conforme costumes da época. Há registros dessa influência em um decreto de Graciano, monge que compilou o direito canônico no ano de 1151, cujos preceitos foram mencionados no manual de procedimentos medievais, editado em 1296.

Por fim, deve-se mencionar que, à época, a garantia ao silêncio era fragmentada e não absoluta. Ou seja, essa garantia era traduzida em brocados espalhados que não tinham caráter vinculante e não obrigavam o juiz a aceitá-la. Um exemplo disso foi o princípio *Nemo Tenetur detegere turpitudinem suam*, o qual limitava ao homem a confissão de pecados no âmbito religioso. A posterior implementação da Santa Inquisição, sistema jurídico da Igreja Católica Romana, que tinha o objetivo de impedir a heresia, blasfêmia e costumes que se consideravam desviantes à época, revelou-se incompatível com a não autoincriminação, pois a confissão era um requisito crucial. O sistema processual inquisitorial demonstrou-se incompatível com o direito à não autoincriminação, uma vez que tal confissão culminava em práticas abusivas e métodos coercitivos, cujo sistema vigeu até o século XVIII.

A implantação do direito à não autoincriminação no ordenamento jurídico foi fruto de um processo marcado pela transição de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito, em que, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil não assegurava ao acusado o direito ao silêncio, porquanto o Código de Processo Penal, datado de 1941 sob o regime do Estado Novo, concebia o interrogatório como meio de prova, permitindo, por sua vez, que o silêncio fosse utilizado como prova desfavorável.

Sinalizando um rompimento com as práticas inquisitivas, a Carta Magna passou 8485 expressamente a prever o direito ao silêncio, cujo cenário reforçou o contexto de redemocratização e proteção das liberdades individuais e a dignidade da pessoa humana.

Para Aury Lopes Jr.: “trata-se de uma limitação ao poder punitivo estatal e expressão do sistema acusatório, que impede o uso do réu como objeto de prova”. Essa concepção também é influenciada pelas crescentes normas internacionais no âmbito dos Direitos Humanos, cujas normas foram incorporadas ao sistema jurídico pátrio.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (DECRETO No 592, DE 6 DE JULHO DE 1992) em seu artigo 14.3, letra 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.” e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 8, letra g:

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Ambos ratificados pelo Brasil – preveem que ao acusado é assegurado o direito a não depor contra si mesmo, consolidando a não autoincriminação como uma garantia processual internacional.

A doutrina tem avançado no sentido de que o silêncio também poderá incidir em outras situações, como por exemplo, a negativa de cooperação com produção de provas que possam incriminar o investigado em contextos administrativos, como pregado pelo Guilherme de Souza Nucci. Neste sentido, percebe-se um avanço para além do legislativo, houve uma marcha em relação à cultura de percepção humanística, que passou a respeitar à liberdade individual, o contraditório e à presunção de inocência.

3 DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E A CONFISSÃO

Assim como a prerrogativa de não produzir provas contra si mesmo, a confissão tem grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no direito penal e processual penal brasileiro. Entretanto, cumpre-se destacar que não é um direito absoluto, pois sua aplicação encontra restrições em razão da garantia contra a autoincriminação.

A confissão pode ser classificada em duas vertentes: espontânea e judicial. A primeira ocorre quando o réu admite a prática do crime de forma voluntária, sem qualquer tipo de coerção. A segunda, por sua vez, é formalizada no curso do processo, perante a autoridade judiciária.

No contexto processual penal, a confissão possui um papel significativo, haja vista sua importância na produção probatória, reforçando a credibilidade dos autos quando corroborada com outros elementos e pode ser utilizada na fase de dosimetria da pena como circunstância atenuante, incentivando o réu a cooperar com a justiça.

No entanto, em que pese sua relevância, não deve ser utilizado como meio de prova absoluto, sendo imprescindível a observância de garantias inerentes ao acusado, a exemplo do direito ao silêncio, que assegura ao réu o direito de não se incriminar, conforme previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Desse modo, a confissão deve ser feita de forma livre e consciente, sem qualquer tipo de pressão ou intimidação, sob pena de nulidade da declaração obtida mediante coação.

Além disso, é elementar que o acusado seja devidamente esclarecido acerca das implicações jurídicas de sua confissão. Isto é, qualquer manifestação obtida em discordância

com os preceitos fundamentais não pode ser admitida como prova válida, resguardando-se, portanto, a integridade do indivíduo.

3.1 A COLABORAÇÃO PREMIADA E O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

A colaboração premiada é um mecanismo de significativa relevância, sendo necessária para sua efetivação, a confissão do investigado ou réu acerca do delito em situações que haja uma pluralidade de agentes, seja por coautoria ou participação.

No âmbito processual penal, a garantia assegurada ao acusado de não produzir provas que o incriminem, confere-lhe a prerrogativa do silêncio. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a legislação infraconstitucional garantem que nenhuma pessoa pode ser induzida a confessar eventuais fatos delituosos, sob pena de nulidade das provas obtidas.

O artigo 4º, § 14 da lei 12.850/2013, que trata das organizações criminosas, assevera que o réu poderá renunciar ao direito de permanecer calado. Neste sentido, Cordeiro (2020, p. 71-72) explica:

8487

O Estado não possui interesse em vontades parciais, pela indicação de só alguns crimes ou autores, sendo conduzido pelo colaborador no direcionamento de quem perseguir criminalmente. O negócio da colaboração exige efetivamente a renúncia ao silêncio e a verdade plena, enquanto se quiser manter esse acordo. Quem colabora não silencia, não mente.

Portanto, verifica-se que é possível relativizar ao princípio *Nemo Tenetur se Detegere* diante da colaboração premiada, uma vez que o acusado é detentor de informações relevantes para a persecução penal, cuja confissão contribui significativamente para os esclarecimentos dos fatos investigativos. Com o fito de promover adesão dos investigados, a legislação prevê benefícios ao colaborador, especialmente na dosimetria da pena. Contudo, a colaboração não deve ser utilizada como meio único de prova, necessitando de corroboração por outros elementos que assegurem a fidedignidade das informações prestadas.

3.2 NEMO TENETUR SE DETEGERE E A PRODUÇÃO DE PROVAS

O direito à prova, no ordenamento jurídico brasileiro, assim como outros direitos fundamentais, possui um caráter não absoluto. Para sua aplicação, é salutar que a prova seja pertinente e lícita, devendo ser observados os limites estabelecidos pela legislação.

Por outro lado, as provas quando obtidas por meios crueis, ilícitos ou mediante tortura, são consideradas inadmissíveis e se tornam incompatíveis com a lisura do sistema jurídico pátrio. Neste diapasão, é necessário esclarecer a distinção de provas ilícitas de provas ilegítimas. Enquanto as primeiras correspondem àquelas que violam as normas de direito material, as segundas desonram disposições do direito processual.

Fernando Capez, neste sentido, esclarece que:

As provas ilícitas constituem-se em uma violação ao direito material e ocorrem no instante de sua colheita. As provas ilegítimas, por sua vez, infringem normas de direito processual e a violação se dá no exato momento que são introduzidas ao processo. Geralmente, surgem na ocasião em que são produzidas no processo e, por isso, são chamadas de endo ou intra-processual.

Assim, considerando que não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma imposição no sentido de o acusado ou réu produzir provas contra si mesmo, percebe-se um aparente conflito entre a produção probatória e a garantia da não autoincriminação.

Todavia, quando a consecução de provas se relaciona diretamente com a preservação da segurança e da vida das pessoas, deve-se ponderar um equilíbrio entre o interesse do acusado e a atuação do Estado, fazendo com que, neste sentido, o direito individual e a proteção coletiva sejam harmonizados, de modo que a garantia da não autoincriminação não seja entendida como obstáculo absoluto à persecução penal.

8488

Por fim, o equilíbrio entre os institutos jurídicos, deve ser analisado no caso concreto, sendo impreterível um juízo de ponderação para mediar até que ponto pode-se relativizar um direito ou outro. Sempre considerando a relevância do bem jurídico tutelado e os interesses envolvidos.

3.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O NEMO TENETUR SE DETEGERE

O princípio da presunção de inocência, considerado um dos pilares do Estado Democrático de Direito, é corolário do princípio da não autoincriminação, pois ambos asseguram uma segurança jurídica ao indivíduo, bem como evitam abusos pelo poder estatal. O princípio da presunção de inocência foi consagrado no artigo 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que estabelece que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado, e se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

No ordenamento jurídico brasileiro, esse princípio está positivado na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LVII, o qual estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Nesta redação, evidencia-se a imposição ao Estado e às instituições judiciais a necessidade de tratar o acusado como inocente até que haja uma condenação transitada em julgado, abstendo-se, ao máximo, a aplicação de medidas cautelares ou restritivas liminarmente.

Ademais, no que tange à relação entre a não autoincriminação com a presunção de inocência, tem-se a garantia da segurança jurídica do indivíduo ao assegurar-lhe proteção contra práticas arbitrárias. O primeiro princípio determina que a acusação deve comprovar a materialidade e autoria do delito, sem que haja a presunção de culpa do réu. Ao passo que o segundo, reforça a garantia do direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si próprio.

Assim, conclui-se que cabe ao acusador o ônus de demonstrar, de forma inequívoca, a materialidade do crime, sua tipicidade e a culpabilidade do acusado, sem que este seja compelido a contribuir para sua própria condenação.

3.4 O CONTRADITÓRIO E A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

8489

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, juntamente com a garantia da não autoincriminação, constituem pontos essenciais que asseguram a justiça e a imparcialidade no processo penal. Uma vez que garantem ao indivíduo o não cerceamento da defesa, proporcionando um processo ilibado e democrático para ambas as partes.

Outrossim, sem a observância desses princípios constitucionais e processuais, o processo penal se tornaria uma mera formalidade, conduzindo a uma condenação antecipada e partindo de um ponto desvantajoso em relação a parte acusadora, sem que o acusado tivesse a possibilidade de se defender adequadamente mediante a constituição de um advogado.

O contraditório e a ampla defesa assegura que qualquer individuo no processo tenha o direito de conhecer detalhadamente as acusações que lhe são imputadas, assim como apresentar todas as provas admitidas em direito no que se refere à sua defesa.

Paralelamente, o princípio da não autoincriminação garante ao acusado ou processado o direito ao silêncio e de não produzir provas que possam prejudicá-lo. Ambos os princípios são fundamentais e respaldados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no Código de Processo Penal brasileiro, fundamentando a verdade material dentro do processo.

A proteção constitucional ao contraditório e a não autoincriminação estende-se à assistência jurídica, assegurando ao acusado o direito de ser defendido por um advogado capacitado. A esse respeito, Aury Lopes Junior enfatiza que “A presença de um defensor técnico é indispensável para que o acusado possa efetivamente compreender as acusações que lhe são dirigidas e apresentar, de forma adequada, os elementos necessários à sua defesa”.

3.5 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E O DIREITO COMPARADO

Embora consagrado expressamente no ordenamento pátrio, o princípio da não autoincriminação está inserido em um contexto de ampla proteção das liberdades individuais. Comparando com as legislações estrangeiras, percebe-se uma sintonia fundamental, mas ao mesmo tempo, diferenças significativas na aplicação, oferecendo, neste sentido, perspectivas relevantes em nosso sistema processual.

A Declaração de Direitos de Virginia de 1774, em seu artigo 8º rezava que "em todos os processos criminais o acusado não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo", antecedendo a histórica 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que consagrou o mesmo direito. De acordo com Marteleto Filho (2012, p. 33): "O privilege, é, então, acrescentado à Constituição em 1791, por intermédio da 5ª Emenda, proclamando-se, expressamente, que '*no person [...] shall be compelled in any criminal case to be witness against himself*' ["ninguém será compelido, em qualquer processo criminal, a testemunhar contra si mesmo"]".

8490

Esse direito foi ratificado no caso *Miranda v. Arizona*, em 1966, no qual a Suprema Corte impôs que qualquer pessoa sujeita ao processo criminal fosse cientificada sobre seus direitos, entre eles, o de permanecer em silêncio e de ser assistido por um advogado, cujo caso resultou nas chamadas *Miranda Warnings*, que se tornaram símbolo de padrões culturais no tocante às garantias individuais e atuação policial.

Alguns Países da Europa continental, como Portugal, por exemplo, também reconheceram o direito à não autoincriminação como uma aplicação da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito. A Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 32º, que afirma inadmissibilidade na obtenção de provas por meio coercitivo física ou moralmente.

Quando analisados em comparativo ao Brasil, percebe-se uma harmonia formal no que se referem às garantias do acusado, porém existem diversos desafios que precisam ser revistos para que se cumpra com efetividade as normas fundamentais. A previsão constitucional do

direito ao silêncio, inserida no artigo 5º, inciso LXII, da Constituição de 1988, ratificada com as incorporações de tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, fazem com que exista essa sintonia internacional. Contudo, observa-se uma resistência cultural, principalmente em fases pré-processuais, em que o silêncio, por vezes, ainda é interpretado de forma pejorativa.

Julgados pelas Cortes Superiores têm sido fundamentais para consolidar a prática deste princípio. No julgamento dos Embargos de Declaração no *Habeas Corpus* n. 808.612/SP, o Superior Tribunal de Justiça ratificou que:

2. O direito ao silêncio é um consectário do nemo tenetur se detegere, sendo este uma garantia da não autoincriminação, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou seja, ninguém pode ser迫使ido, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente. Trata-se de princípio de caráter processual penal, já que intimamente ligado à produção de provas incriminadoras. 3. Nesse caso, não se constata prejuízo decorrente da alegada violação ao direito de não incriminação, tendo em vista que, no momento da abordagem, o embargante já era conhecedor de sua condição de investigado, e que durante a abordagem policial, ele foi advertido quanto a não ser obrigado a cooperar com a operação policial. 4. Desse modo, não há como reconhecer o vício indicado, pois não é possível constatar nenhuma mácula apta a autorizar a declaração de nulidade dos atos processuais, pois, diante do quadro fático delineado pelas instâncias antecedentes, não se vislumbram agravos ao exercício das garantias constitucionais.

8491

(EDcl no HC n. 808.612/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 14/8/2023).

Neste sentido, também preceitua o Supremo Tribunal Federal:

1- Não há ilegalidade na decisão da Corte local que absolve os apelantes do delito de posse de arma de fogo com numeração suprimida por entender que houve ofensa à garantia constitucional contra a autoincriminação, uma vez que os acusados não foram informados do respectivo direito de permanecerem em silêncio. 2. Segundo a jurisprudência desta Suprema Corte, a Constituição da República assegura aos indivíduos não apenas o direito ao silêncio, mas também o de ser informado da possibilidade de permanecer calado. A falta de advertência quanto ao direito de nada declarar torna nula a confissão informal realizada no momento da abordagem policial.

(RE 1158507 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 19-06-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 14-09-2023 PUBLIC 15-09-2023).

Assim, embora o Brasil tenha significativos avanços em termos normativos, ainda há necessidade de amadurecimento institucional e cultural nos operadores do Direito, com o fito

de que o princípio do *nemo tenetur se detegere* não se limite ao plano teórico, e sim em efetiva contenção do poder punitivo do Estado e respeito à condição humana do acusado.

4 A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO CONTEXTO DA TECNOLOGIA

O avanço tecnológico nas últimas décadas tem transformado a forma como se produzem e armazenam informações no mundo contemporâneo. No bojo do direito penal e processual penal, essas mudanças requerem inovações em como proteger os direitos fundamentais, especialmente quanto à garantia contra a autoincriminação. O princípio do *nemo tenetur se detegere*, que assegura ao indivíduo o direito ao silêncio e de não cooperar com sua condenação, precisa ser revisto à luz nas novas formas de investigação, que envolvem dispositivos eletrônicos, redes sociais, dados biométricos e acesso remoto a sistemas digitais.

Uma problemática atual é a obrigatoriedade ou não do fornecimento de senhas de dispositivos eletrônicos, tais como celulares, notebooks e contas em nuvem, pelo investigado. Trata-se de uma zona nebulosa entre o direito da defesa e a necessidade da produção probatória, especialmente em crimes informáticos, tráfico de drogas ou lavagem de dinheiro, em que os 8492 elementos probatórios muitas vezes estarão nos aparelhos eletrônicos.

A jurisprudência brasileira, diante da complexidade da matéria, tem oscilado sobre o tema. Em 2020, a 2^a turma do Supremo Tribunal Federal entendeu ser imprescindível a autorização judicial para o acesso ao aparelho:

[...]Tradicionalmente, a doutrina entendia que a inviolabilidade das comunicações não se aplicava aos dados registrados, adotando uma interpretação mais estrita da norma contida no art. 5º, XII, da CF/88. Partia-se da compreensão que os dados em si não eram objeto de proteção, mas somente as comunicações realizadas. (...) Naquela oportunidade, defendi a impossibilidade de interpretar-se a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral, porquanto a proteção constitucional seria da comunicação, e não dos dados. Creio, contudo, que a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, a promulgação de leis posteriores e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do tráfego de dados e dos aparelhos smartphones leva, nos dias atuais, à solução distinta. Ou seja, penso que se está diante de típico caso de mutação constitucional. Questiona-se se o acesso a informações e dados contidos nos celulares se encontra ou não expressamente abrangido pela cláusula do inciso XII do art. 5º. Contudo, ainda que se conclua pela não inclusão na referida cláusula, entendo que tais dados e informações encontram-se abrangidos pela

proteção à intimidade e à privacidade, constante do inciso X do mesmo artigo (STF, HC 168.052/SP, 2^a T, J. 20/10/2020).

Observa-se que até 2012 o Superior Tribunal Federal entendia que era válido o acesso direto pela Polícia às chamadas no celular do suspeito, pois entendia-se até então que:

Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados (STF, HC 91.867/PA, 2^a T, J. 24/04/2012).

Entretanto, restou-se superada a jurisprudência firmada no *Habeas Corpus* 91.867/PA, diante das novas circunstâncias fáticas e jurídicas, passando a ser necessária a autorização judicial. Ou seja, a obrigatoriedade do fornecimento da senha de desbloqueio e a invasão sem respaldo jurídico dos dados podem violar o direito à não autoincriminação, por entender-se configurar como colaboração compulsória com a produção de provas.

A coleta de dados por meio de vigilância digital, reconhecimento facial, interceptações eletrônicas e monitoramento de dispositivos também exigem atenção redobrada quanto aos limites constitucionais, pois o uso de tecnologias investigativas sem o devido controle judicial poderá fazer com que o processo penal seja convertido em instrumento de violação dos direitos. Neste sentido, cabe atenção ao tema relacionado a recusa ao exame etilômetro e à coleta de material genético como formas de produção de provas. Questiona-se se a recusa à submissão aos referidos procedimentos configuraria obstrução à justiça ou até mesmo influenciaria na presunção de inocência do indivíduo.

No caso do etilômetro, o Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 165-A, prevê penalidades ao condutor que se recusar a submeter-se ao teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita a identificação de influência de substâncias psicoativas, o que pode gerar controvérsias sobre a constitucionalidade dessa previsão, já que a previsão de sanção à recusa pode funcionar como coação indireta e forçar a autoincriminação.

Situação semelhante ocorre com a obrigatoriedade da coleta de DNA, em casos de crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, vida ou por crime sexual, em que há grande debate sobre o equilíbrio entre os direitos individuais e a segurança pública, entendendo, parte da doutrina, que a obrigatoriedade viola a dignidade da pessoa humana e o direito à resistência à autoincriminação. Em 2022, a 6^a Turma do Superior Tribunal Judicial abordou a questão, trazendo o seguinte entendimento:

É entendimento assente no STJ de que o art. 9º-A da Lei de Execução Penal expressamente prevê que os condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração do DNA.

No caso dos autos, o paciente cumpre pena por lesão corporal no âmbito doméstico, cárcere privado e estupro, estando contemplado pelo que reza a lei.

O Tribunal de origem concluiu pela possibilidade da coleta de material biológico para extração do perfil genético e sua inclusão em banco de dados estatal, não implicando em ofensa ao princípio da não autoincriminação (STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 675.408/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/02/2022).

A decisão supramencionada fundamenta-se no artigo 9º da Lei de Execução Penal que prevê que:

O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

Além de ter respaldo no artigo 5º, LVIII da Constituição Federal que diz que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”, porquanto entendeu o STJ que o fornecimento do material genético não violaria o princípio do *nemo tenetur se detegere*, partindo do pressuposto de que existe uma diferença entre o material genético para uma investigação em curso e a coleta para fins de identificação. Enquanto a primeira situação poderia violar o princípio da não autoincriminação, a segunda, não.

8494

Portanto, diante do cenário atual, a garantia contra a produção de provas contra si mesmo, deve ser reafirmada e expandida, de forma a não somente resguardar o direito de permanecer em silêncio, mas também ao de resistir a formas indiretas de cooperação forçada com a persecução penal, inclusive aquelas incialmente não previstas nas normas por questões de contextos inovadores. O respeito ao *nemo tenetur se detegere* torna-se mais essencial ao passar dos anos, considerando a crescente evolução tecnológica e o avanço do poder investigativo do Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise exposta alhures em relação ao princípio da não autoincriminação, observa-se que sua origem jurídica e histórica demonstra embasamento no sistema de garantias

individuais, configurando-se como um instrumento indispensável à defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos sujeitados ao processo penal e processual penal. Consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e respaldado por normas infraconstitucionais, o princípio supramencionado resguarda o acusado contra abusos estatais no exercício do *ius puniendi*, conferindo-lhe o direito de permanecer calado e de não produzir provas que lhes prejudiquem, sendo o silêncio, como destaca Guilherme de Souza Nucci, uma legítima estratégia de defesa e manifestação do princípio da presunção de inocência.

Ademais, existe uma estreita relação com outros princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, como o contraditório, a presunção de inocência e a ampla defesa, o que corrobora a importância na construção de um processo penal baseado na legalidade. A garantia ao silêncio não protege tão somente a dignidade do indivíduo, mas assegura uma defesa plenamente exercida, esquivando de condenações fundamentadas unicamente em confissões obtidas sob pressão ou coação.

Assim como muitos direitos, o princípio abordado não é absoluto e sua relativização pode ocorrer em situações específicas, como na colaboração premiada, que, embora seja uma prerrogativa essencial, sua aplicação não será de forma definitiva. A viabilidade de o acusado renunciar ao direito ao silêncio em troca das benesses oriundas da colaboração exige um cuidado interpretativo para que tal flexibilização não comprometa sua segurança jurídica e tampouco promova práticas arbitrárias por parte do Estado.

8495

Outrossim, os princípios da não autoincriminação e da produção de provas no processo penal requer uma ponderação no que se refere aos interesses individual e público na persecução penal. A admissibilidade de provas deve respeitar princípio da licitude, como rege o artigo 157, do Código de Processo Penal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, chamado de Princípio da árvore envenenada ou Teoria dos frutos da árvore envenenada, que estabelece que toda prova obtida por vias ilícitas, contamina as provas subsequentes que derivadas.

Neste panorama, destaca-se ainda a importância de resguardar o princípio *nemo tenetur se detegere* frente aos desafios impostos pela era digital. O uso de meios tecnológicos como coleta de material genético, extração de dados e desbloqueio sem ordem judicial, demandam interpretação constitucional perspicaz. Devendo ser reafirmado como limite à produção de

prova coercitiva mediada por tecnologia, assegurando que o avanço tecnológico não comprometa os direitos fundamentais.

De igual modo, as normas pátrias, se comparadas às normas internacionais garantistas, revelam comunhão de posicionamento, mas que, embora formalmente alinhado às normas internacionais, carecem de consolidação prática. A internalização da cultura jurídica garantista, como ocorre nos Estados Unidos da América com o *Miranda warnings*, precisa ser categoricamente reafirmada por meio dos órgãos persecutórios.

Portanto, conclui-se que o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* desempenha com suma importância a proteção do acusado dentro do sistema jurídico brasileiro. Embora haja a possibilidade de relativização nos casos pertinentes, sua aplicação deverá ser sempre seguida do equilíbrio entre a efetividade da justiça e a salvaguarda dos direitos fundamentais, garantindo que nenhum indivíduo seja compelido a colaborar com sua própria condenação, conforme ensina Aury Lopes Jr., para quem a autodefesa ou o silêncio são expressões constitucionais do sistema acusatório e da limitação do poder punitivo. Trata-se de uma conquista histórica que remontam à luta contra práticas inquisitoriais e à afirmação da dignidade humana. Sua consagração na Constituição de 1988 colocou o país em sintonia com os sistemas jurídicos mais avançados do mundo, necessitando, todavia, de uma aplicação substancialmente coerente, que ultrapasse a mera formalidade normativa a alcance a realidade dos tribunais, delegacias e órgãos incumbidos de exercer o *Ius Puniendi*.

Os novos desafios para a aplicação do princípio, principalmente diante das transformações tecnológicas, implicam numa necessidade de redimensionamento diante das mutações que o novo contexto traz aos direitos, colocando à prova os limites jurídicos e exigindo cada vez mais uma postura crítica, mas humana, diante da nova dimensão tecnológica.

Neste sentido, a consolidação do *nemo tenetur se detegere* não se esgota em sua previsão normativa legal. Requer, antes de tudo, uma institucionalização garantista que esteja comprometida com o devido processo legal, a presunção de inocência e a contenção do arbítrio. A imposição desta cultura é o que distinguirá um Estado garantista de um Estado materialmente democrático. Logo, a aplicação do princípio não deve ser enxergada como um obstáculo à justiça, mas sim como um instrumento legítimo de limitação do poder e de preservação da autonomia do sujeito, assegurando que nenhum indivíduo seja compelido a produzir prova contra si em seu próprio processo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**, artigo 186, caput, Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm

BRASIL. **Constituição (1988)**, artigo 5º, incisos LVII e LXIII, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRASIL. **Lei 12.850 de Agosto de 2013**, artigo 4º, parágrafo 1º. Lei de Organização Criminosa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.