

DIREITO AO SILÊNCIO E O PRIVILÉGIO CONTRA AUTO-INCRIMINAÇÃO (NEMO TENETUR SE DETEGERE)

Eduardo CAMBI*

RESUMO

Este breve ensaio tem por objetivo abordar o direito ao silêncio como privilégio contra auto-incriminação assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trata ainda, de forma sucinta, como a jurisprudência nacional e estrangeira encara o tema.

ABSTRACT

This brief essay seeks to address the right to silence and privilege against self-incrimination guaranteed by the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, is also briefly, the case law faces the subject.

PALAVRAS-CHAVE

Vedação da auto-incriminação; direito fundamental; extensão.

KEYWORDS

Prohibition of self-incrimination; fundamental right; extension.

O direito a não produzir provas contra si mesmo não está expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico. Sua construção é jurisprudencial e decorre da interpretação extensiva do art. 5º, LXIII, da CF (“*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*”).

Historicamente, o direito ao silêncio possui conotação religiosa. É atribuído à São João Crisóstomo que, ao interpretar trecho da Carta de São Paulo aos Hebreus, estabeleceu: “*Eu não digo que vocês devem trair-se a si mesmos em público ou acusar a si mesmos perante outros, mas que vocês devem obedecer o profeta quando disse: ‘Revele seus atos perante Deus’*”. A partir da Idade Média, entendeu-se que as pessoas deveriam confessar seus pecados a Deus, não devendo ser compelidos a revelar seus crimes a mais ninguém.

Nos Direitos Internacional e Estrangeiro, não há referência a um direito genérico de não produzir prova contra si mesmo.

* Pós-Doutor pela Università degli Studi di Pavia. Mestre e Doutor pela UFPR. Organizador da obra: “Direitos Fundamentais Revisitados” com Fernando de B. Alves e Andrea B. Klock. Artigo submetido em 10/09/2009. Aprovado em 05/12/2009.

O artigo 8.º, 2, “g”, do Pacto de São José da Costa Rica e o artigo 14, item 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 das Organizações das Nações Unidas, asseguram, tão-somente, o silêncio e não um direito geral e irrestrito de não produzir prova contra si mesmo.

A Suprema Corte norte-americana já decidiu que o direito ao silêncio não abrange: i) o fornecimento de sangue para um teste (*Schmerber v. Califórnia*, 1966); ii) o fornecimento de amostras caligráficas (*Gilbert v. Califórnia*, 1967); iii) o fornecimento de amostras fonéticas (*United States v. Wade*, 1967); iv) a ser reconhecido por uma testemunha ou pela vítima (*United States v. Wade*, 1967); v) a ter sua estatura, peso etc. mensurados (*United States v. Wade*, 1967); vi) o fornecimento de impressões digitais (*United States v. Wade*, 1967); vii) a obrigatoriedade de suspeito de ter causado acidente de automóvel ser obrigado a fornecer à autoridade policial seu nome e a mostrar-lhe seus documentos (*California v. Byers*, 1971); viii) a gravação, por parte dos agentes policiais, de conversa com suspeito de dirigir embriagado, que foi advertido que a conversa seria gravada e que havia consentido com ela, a fim de se comprovar o estado de embriaguez (*Pennsylvania v. Muniz*, 1990); considerou que as respostas relativas ao nome, endereço, altura, peso, cor dos olhos, data de nascimento e idade, que foram respondidas de formas estapafúrdias poderiam ser consideradas para fins de demonstrar o estado de embriaguez, não para fins de confissão do ato ilícito.

Por outro lado, no Brasil, o STF (HC 79.812-SP) erigiu o privilégio contra auto-incriminação como um direito fundamental e, não sendo o acusado advertido de seu direito ao silêncio, a prova produzida será ilícita. Os Tribunais Superiores têm adotado posição extensiva, afirmando ser tal direito aplicável a todos os acusados, em geral (v.g., os que vêm a depor em CPI), e mesmo às testemunhas.

Quanto à extensão do direito ao silêncio à impossibilidade de fornecimento de material genético, o STF, no HC 71.373/RS, afirmou a impossibilidade de condução debaixo de “vara” à realização do exame do DNA. Considerou que a recusa na realização do exame presumiria a paternidade, o que depois foi seguido pelo Código Civil (art. 232) e pelo STJ (Súmula 301). Todavia, essa posição é insatisfatória, porque não exclui, com prova científica, a dúvida quanto à paternidade, não tutelando adequadamente o direito à identidade pessoal. Posteriormente, na Reclamação 2040-DF, o STF aplicou o postulado da proporcionalidade e reconheceu a possibilidade do fornecimento do material genético.

Ainda, o art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) exige o teste de alcoolemia dos condutores envolvidos em acidentes de trânsito ou que forem alvo de fiscalização de trânsito, sob a suspeita de dirigir sob a influência de álcool ou de substância entorpecente. Porém, não obriga à realização do exame, devendo a recusa ser apenas certificada pelo agente de trânsito, que atestará os notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, fazendo presumir o consumo de álcool ou de entorpecentes.

Nos EUA, nas hipóteses em que o desforço físico seja impossível ou vicie a própria prova (v.g., não fornecimento de amostras caligráficas ou fonéticas), o

imputado poderá ser condenado por crime de desobediência (*contempt of court*). Todavia, essa não é a melhor solução, porque não assegura a efetiva proteção ao direito infringido.

A exegese mais correta do art. 5º, inc. LXIII, da CF é a que não contempla um direito irrestrito ao silêncio, mas que veda alguém de ser compelido a falar algo contra a sua vontade. Não está incluída a prova dependente de *material genético* que somente pode ser fornecido pelo acusado/demandado. Caso contrário, cria-se um ônus da prova impossível de ser cumprido satisfatoriamente, dificultando ou inviabilizando a tutela do direito material violado.

Portanto, havendo *recusa injustificada* no fornecimento do material indispensável à produção da prova, cabe ao juiz, baseado no direito fundamental à tutela jurisdicional adequada (art. 5º, inc. XXXV, CF), inverter o ônus da prova e, se a parte contrária não se desincumbir de produzir a contraprova, presumir a existência do ilícito. Tal posicionamento, contudo, não deve se limitar aos casos civis, quando o material genético é indispensável para demonstrar a conduta criminosa (*v.g.*, sem o fornecimento de amostra de sangue ou de sêmen pode se tornar impossível a prova científica dos crimes de homicídio ou de estupro). Porém, a prova indiciária nos processos criminais deve, na medida do possível, ser evitada, quando outra alternativa melhor se apresenta. Assim sendo, para não gerar a impunidade do crime tipificado no artigo 306 do CTB, posto que a proteção absoluta do direito ao silêncio torna impossível a comprovação de que o teor de álcool etílico no sangue é superior a 6 decigramas (cfr. STF-HC 100.472), a melhor solução é retornar a redação anterior do mesmo dispositivo, a fim de que notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor possam ser utilizados para a responsabilização criminal, com o intuito de prevenir novos casos de mortes ao volante.

