

## A PRODUÇÃO DA PROVA PENAL: LIMITES IMPOSTOS COMO REFLEXO DO DIREITO AO SILÊNCIO

**Marcia Caceres Dias Yokoyama<sup>1</sup>**

Alocada dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito como princípio fundamental geral previsto na Constituição Federal, está a dignidade da pessoa humana como núcleo norteador das relações pessoais, bem como da relação Estado-indivíduo enquanto garantidor do direito da individualidade e da personalidade.

A realização da dignidade humana ocorre por meio da garantia dos direitos individuais, que dela são indissociáveis, e a ofensa a estes são uma ofensa àquele supraprincípio. Assim, para a fruição dos direitos fundamentais do indivíduo, indispensável venham garantidos por instrumentos aptos à sua assecuração e efetivação através dos órgãos estatais. As garantias limitam determinadas ações do Poder Público para evitar qualquer violação a direitos, pois o Estado, antes de tudo, deve ser seu guardião.

Neste diapasão, a Carta Política de 1988 garante o direito ao silêncio como garantia fundamental, consagrado no art. 5º, inciso LXIII, *in verbis*: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais, o de permanecer calado [...]”, em consonância com as regras internacionais de proteção a direitos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no art. 14, n. 3, ‘g’, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 8º, n. 2, ‘g’, ambos ratificados pelo Brasil.<sup>2</sup>

O direito de não provar contra si – *nemo tenetur se detegere* – princípio que segundo Ferrajoli (2006, p. 560), é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, está implícito na Constituição Federal e é decorrente da lógica de seus princípios e garantias, principalmente da garantia do direito ao silêncio.

A proteção contra a autoincriminação teve inspiração próxima na Quinta Emenda à Constituição norte-americana de 1791 e o grande marco foi o julgamento da Suprema Corte no julgamento *Miranda x Arizona*, em 1966, em que o tribunal absolveu o réu por cinco votos

<sup>1</sup> Advogada. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Mestre em Processo Penal pela PUC/SP. Professora do Centro Universitário Anchieta – Unianchieta e da Universidade São Francisco.

<sup>2</sup> Respectivamente em 24.01.92 e 25.09.92.

a quatro, porque este não fora informado de que tinha direito a consultar um advogado, tampouco do direito de não ser coagido à autoincriminação e ao silêncio. Ao tempo do processo inquisitivo, o acusado era coagido a responder a todas as perguntas, mesmo que para isso tivesse de ser torturado tanto quanto necessário, além de ser obrigado a fazer o juramento público de dizer a verdade.

O direito ao silêncio é previsto também no Código Processual Penal nos dispositivos disciplinadores do interrogatório (art. 186), especialmente após a reforma perpetrada com da Lei n. 10.792/03, que na alteração do artigo 186 acrescentou o parágrafo único: “*o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa*”.

O direito de calar encontra seu fundamento na dignidade da pessoa humana em que o Estado respeita esse direito do indivíduo como liberdade de opção de decidir por aquilo que não lhe prejudique, privilegiando a autodeterminação de abster-se de falar, como premissa dos valores e dignidade humanos.

É também uma das manifestações da intimidade, através do direito de escolha entre revelar e manifestar seus pensamentos ou não, de fechar-se em si mesmo, de não se expor e de tomar livremente uma postura diante de uma determinada situação de acordo com sua consciência.

O princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, Constituição Federal) isenta o réu da colaboração na produção das provas (*nemo tenetur se ipsun accusare*: não cabe ao acusado fornecer provas contra si). Deste princípio, também chamado de presunção de não culpabilidade, resulta que o indivíduo não precisa fazer demonstração de sua inocência, que é presumida desde a investigação até sua condenação definitiva.

Assim, o ônus da prova da autoria e da materialidade da infração penal não cabe à defesa. Desta forma, incumbe à parte acusadora provar a existência de todos os elementos constitutivos do tipo, sua autoria, cabendo demonstrar também os elementos subjetivo e normativo. (MARQUES, 1998, p. 265; TOURINHO FILHO, 2003, p. 238; NORONHA, 1998, p. 11).

Segundo a regra no sistema processual penal da busca da verdade real ou material, chamada também de verdade atingível ou processualmente possível, de acordo com Tucci (2002, p. 228), tem-se de um lado a preservação do interesse comunitário e, do outro, a assecuração da liberdade jurídica do indivíduo envolvido.

Por esta razão, diferentemente do que ocorre no processo civil em que o silêncio ou inércia implica em confissão quanto à matéria fática, não é possível empregar no

âmbito adjetivo penal a máxima de que *quem cala consente*. Neste, não é admissível confissão ficta. Se o acusado não fizer prova a seu favor, não significa que admitiu a culpa.<sup>3</sup>

Sequer haverá a exigência para que o acusado justifique o porquê de ter calado na polícia ou em juízo ou se quedado inerte, afastando a interpretação de que *quem é inocente nada tem a esconder* ou *deve logo bradar por sua inocência*, como conclusão contrária a quem silenciou, pois se justifica pelo exercício de um direito por seu titular (COLTRO, 2003).

Infere-se que é permitida a inércia através do silêncio, proibidos quaisquer indícios de culpa diante desta postura. A irradiação deste direito atinge a não intervenção corporal do investigado ou réu na colheita da prova, bem como a participação na reprodução simulada dos fatos, no teste de alcoolemia (“bafômetro”), no fornecimento de dados para exame hematológico, no exame grafotécnico ou residuográfico, como exemplos.

A recusa em participar ativamente na produção da prova não pode trazer nenhuma consequência desfavorável, respeitando-se a decisão do acusado. Fosse o contrário, além de esbarrar na garantia contra a autoincriminação, atingiria outros direitos fundamentais como a intimidade e a presunção de inocência.

Pela livre apreciação das provas propugnada pelo estatuto processual penal, o juiz forma seu convencimento com ênfase na liberdade limitada, devendo, assim, fundamentar suas decisões. Como afirma Nucci (2009, p. 419):

Não se nega que no espírito do magistrado o silêncio invocado pelo réu pode gerar 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.

De outro lado, como o próprio regramento impõe, o convencimento ocorre pela análise da prova e não é possível individualizar o silêncio como fonte de prova, mesmo porque tal não constitui prova no sentido jurídico do termo (MORAES; MOURA, 2003).

Calar ou ficar inerte são posturas intrínsecas da autodefesa, provenientes do direito natural, consagrado na ampla defesa como direito e garantia fundamental (art. 5º,

---

<sup>3</sup> A Corte Européia de Direitos Humanos firmou jurisprudência no sentido de que “a presunção de inocência confere ao acusado o direito ao silêncio, sem lhe tirar o direito à contraprova, e protege-o da obrigação de fornecer prova da sua inocência” (STEINER, 2000, p. 125)

LV, Constituição Federal). É o direito de escolha daquilo que seja mais conveniente à defesa.

O exercício do direito ao silêncio e contra a autoincriminação depende de um outro, o direito à informação. Para a escolha da melhor forma de defesa e quais os benefícios e malefícios da colaboração na produção da prova, é necessário haver liberdade esclarecida para que tais direitos sejam plenos.

Diante da máxima *nemo tenetur se detegere*, qual a posição do investigado ou acusado: objeto da prova ou seu meio? Tal questionamento é pertinente quando se pretende que por meio do seu corpo físico ou atitude positiva facilite a instrução, sem perder a qualidade de sujeito do processo. Em que medida as intervenções corporais do investigado ou acusado, positivas ou negativas, podem figurar-se como elementos de prova?

De início, na definição de Gonzales-Cuellar Serrano (1990, p. 290, tradução nossa), por intervenções corporais:

cabe entender, dentro do processo, as medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obter seu consentimento, e por meio da coação direta se for preciso, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam de interesse para o processo, com relação às condições e o estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos escondidos nele.

Não há que se confundir réu como objeto da prova com réu objeto do processo. Ele sempre será sujeito do processo e não seu objeto na medida em que se lhe reconhecem todas as garantias de defesa, o direito de não colaborar com a prova e a possibilidade de mentir.

Nesta esteira:

Afirmar-se pois, como agora se afirma, que o argüido é *sujeito* e não *objecto* do processo significa, em geral, ter de se assegurar àquele uma posição jurídica que lhe permita uma participação constitutiva na declaração do direito do caso concreto, através da concessão de *autónomos direitos*

*processuais, legalmente definidos*, que não-de ser respeitados por *todos* os intervenientes no processo penal. (DIAS, 1974, p. 429-430, grifos do autor).

Assim, o direito do acusado a não incriminação impede que seja ele sujeito ativo da produção de qualquer prova requerida pela acusação. Trata-se de prerrogativa, pois, no magistério de Gomes Filho (1997, p. 118) “o direito à prova não vai ao ponto de conferir a uma das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra”.

Por isso, a questão crucial é a demarcação da atitude do acusado através de uma ação positiva, como participar da reconstituição do crime ou exibir documentos fiscais, e o mero tolerar passivo de uma atividade persecutória por terceiro, como um exame clínico das pupilas, uma revista ou um reconhecimento, que não fira sua intimidade (ANDRADE, 1992).

Forçoso é reconhecer que a dignidade da pessoa somente é atingida quando o sujeito é forçado a participar de uma ação que prejudicará a defesa ou a tolerar uma medida contra o próprio corpo, invasiva de sua esfera individual, como ser obrigado a permitir a coleta de sangue para exame ou permitir a utilização do polígrafo (*lie-detector*) ou da narcoanálise.

Dissertando nesta esteira, Silva (2001, p. 131) traz à colação:

sempre que o imputado seja meio de prova para a obtenção de alguma prova, este tenha sempre respeitada a sua decisão de vontade, tanto durante o inquérito policial quanto durante a ação penal, de tal forma que a ele caberá a decisão da qual posição pretenda tomar perante a matéria que se ponha com objeto de prova.

O autotestemunho não pode ser considerado meramente uma comunicação que envolve palavras, é dizer, verbal ou escrita, mas também gestual, aquela que depende de um agir. O direito ao silêncio é maior que o direito de simplesmente ficar calado. Neste sentido, obrigar o acusado a participar de uma ação é obrigá-lo a testemunhar em seu desfavor.

Na produção da prova que não dependa da ação do investigado ou acusado, mesmo que invasiva, como uma busca e apreensão, não há que se falar em coerção, pois não o está utilizando como instrumento para reconhecer e descobrir os fatos. O mesmo pode-se dizer sobre a coleta de material destinado a exame sem a participação do sujeito: vestígios de sangue, de sêmen, cabelo, saliva etc. Ao contrário, é patente a violação da garantia contra a autoincriminação quando existe coação para tolerar que se pratique uma ação contra si ou, ainda, quando a negação da colaboração nesta circunstância é revertida em seu desfavor.

Em julgado bastante significativo, o Supremo Tribunal Federal se posicionou e pôs um marco no tema da colheita de prova com a participação ativa ou passiva do investigado ou réu:

Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constringido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 02.07.09).

Se a prova ilegal é aquela obtida mediante violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, a prova obtida mediante a coerção do acusado à demonstração da verdade dos fatos que fira a sua intimidade é prova ilícita porque confronta com o princípio de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo.

De outro lado, se o silêncio é garantia constitucional festejada por outras como a ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal, a inviolabilidade da intimidade, a proibição da utilização de provas ilícitas e a presunção de inocência, a inércia do imputado frente à produção da prova que irá servir de base para sua condenação, não pode contra ele sopesar negativamente, pois é exercício conjunto de todas essas garantias. A raiz é a mesma

daquela que proíbe seja o silêncio interpretado em desfavor de quem o usufrui. O direito ao silêncio não se exaure em si. Ele tem seus reflexos na produção da prova.

Portanto, seja qual for o meio de prova, a colaboração do investigado ou réu na produção da prova que irá incriminá-lo há de passar pelo crivo da voluntariedade e aquiescência quando dependa de um agir ou de tolerar uma violação física, sob pena de violação dos direitos e garantias fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias. *A cláusula constitucional do direito ao silêncio*. *Revista do ILANUD*, São Paulo, nº 24, p. 139-155, 2003.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volumes 1, 2, e 3. 1. ed. – 2. tiragem. Campinas: Bookseller, 1998.

MORAES, Maurício Zanoide de; MOURA, Maria Thereza R. de Assis. *Direito ao silêncio no interrogatório*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, nº 6, p.133-147, abr./jun. 1994.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Processo Penal*. Volume 1 e 3. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.