

Os limites e as consequências do direito de silêncio

Cyro Wojcikiewicz de Almeida Coelho

Bacharelado da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Estagiário da 3º Procuradoria do Ministério Público Militar do Estado do Rio de Janeiro.

CV: <https://lattes.cnpq.br/1103436520748727>

ORCID: 0009-0006-8018-7275

E-mail: cyrocoelho5@hotmail.com

Irineu Carvalho de Oliveira Soares

Doutor e Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Professor do Curso de Direito e Coordenador de Pesquisa da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio (Mackenzie Rio) e do Centro Universitário São José (UniSJ). Membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/UFF).

CV: <http://lattes.cnpq.br/9690267141366482>

ORCID: 0000-0002-1201-7665

E-mail: irineu.juris@gmail.com

Revisores: Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)

Luciano Moreira Gorrilhas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorrilhas@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 30/04/2023

Data de aceitação: 02/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: Este artigo apresenta uma análise panorâmica do direito de silêncio como uma espécie do direito de não produzir provas contra si mesmo, levando em consideração diferentes posicionamentos doutrinários para uma melhor amplitude de entendimentos. A partir dessa discussão, o texto explora o debate entre verdade real e verdade formal, considerando a natureza e a importância do direito de silêncio no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, o artigo também aborda as consequências diretas do

uso desse direito no processo penal, como a perda de chance de apresentação de provas pelo réu e a subjetividade do convencimento do juiz. Por fim, são discutidas as situações específicas em que o direito de silêncio não possui alcance, considerando as implicações legais e éticas envolvidas.

PALAVRAS-CHAVE: direito de silêncio; limites do direito de silêncio; consequências do silêncio; verdade formal; verdade real.

ENGLISH

TITLE: The limits and consequences of the right of silence.

ABSTRACT: This article presents a panoramic analysis of the right to remain silent as a species of the right not to produce evidence against oneself, taking into account different doctrinal positions for a better understanding of its scope. From this discussion, the text explores the debate between real truth and formal truth, considering the nature and importance of the right to remain silent in the Brazilian legal system. In addition, the article also addresses the direct consequences of exercising this right in criminal proceedings, such as the defendant's loss of the opportunity to present evidence and the subjectivity of the judge's conviction. Finally, specific situations are discussed in which the right to remain silent does not have any effect, considering the legal and ethical implications involved.

KEYWORDS: right of silent; limits of the right of silence; consequences of silence; formal truth; real truth.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Verdade real x verdade formal – 3 Limites ao uso do direito de silêncio – 3.1 Sobre os exames periciais – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se originou a partir de um questionamento simples: quais são os limites do Direito de Silêncio? Para responder esta pergunta, foi realizada uma pesquisa doutrinária para analisar os fundamentos e a própria natureza desse direito, assim podendo compreender seu propósito e até onde ele pode se estender.

Cabe assim um esclarecimento sobre do que exatamente está sendo tratado: o Direito de Silêncio é o poder de se calar diante da persecução penal, sem assim ser obrigado a responder quesitos, no caso sendo esse direito atribuído normalmente ao acusado. Desta forma, pode-se afirmar que o Direito de Silêncio é espécie do gênero "*nemo tenetur se detegere*"¹, já que, se o acusado tem a capacidade de se recusar a responder alguma questão que lhe ofereça algum risco, ele então tem a capacidade de não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Essa constatação já define bem a amplitude do Direito de Silêncio, sendo ele algo além de não responder perguntas numa audiência ou inquérito. O silêncio do acusado pode ser o não comparecimento a uma inquirição ou até mesmo a falta de cooperação com as investigações ao recusar fornecer o celular para uma perícia, já que ambos os exemplos demonstram uma inação do acusado diante da persecução penal, sendo nesse sentido uma espécie de manifestação de silêncio.

O que está em jogo quando se fala de Direito de Silêncio é o fato de o acusado ser ou não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo ao participar dos atos probatórios, ou seja, o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

¹ "Ninguém é obrigado a se mostrar" em tradução literal do latim. É o nome do princípio de não produzir provas contra si mesmo.

Outra questão importante de se antecipar sobre a amplitude e poder do Direito de Silêncio envolve a distribuição da carga da prova². Como no Direito Penal há o princípio da presunção de inocência, todos serão inocentes até que ocorra uma condenação com trânsito em julgado, tendo isso em mente, não seria absurdo dizer que um acusado não precisa provar sua inocência: até que ocorra sua condenação efetiva, ele será inocente, então nada terá de provar sobre sua inocência (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 234). Por isso o ônus da prova no Processo Penal acaba por recair no Ministério Público, não somente pela carga probatória, mas também pela necessidade que se terá de derrubar a presunção de inocência do acusado (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 236).

É importante notar que por mais que o Direito de Silêncio seja um reflexo imediato do princípio de não produzir provas contra si mesmo, ele se encontra intrinsecamente conectado com outros princípios, como é o caso do princípio da presunção de inocência anteriormente mencionado. Essa acumulação de princípios por detrás do Direito de Silêncio remonta a diferenças entre o processo inquisitório e o processo acusatório, intrinsecamente ligados com a busca pela verdade no processo, o que será mais bem tratado no capítulo seguinte.

Outro princípio que se mistura com o Direito de Silêncio neste mesmo sentido é o da ampla defesa, o qual traz a seguinte reflexão: a persecução penal é um momento no qual a força estatal, seja pelos recursos do órgão de acusação, seja pelos da polícia, é colocada contra o acusado, o qual via de regra é um cidadão comum. A discrepância de recursos e poderes em abstrato que o Estado tem em relação ao indivíduo investigado é notória, fazendo-se necessário que, ao buscar uma ampla defesa ao acusado, tenham que ser fornecidos privilégios a ele. É o que Renato Brasileiro de Lima diz em seu Manual de Processo Penal:

² A distribuição da carga da prova diz sobre a quem no processo fica o encargo de produzir a prova, ou melhor dizendo, a quem fica o ônus da prova.

Por força da ampla defesa, admite-se que o acusado seja formalmente tratado de maneira desigual em relação à acusação, delineando o viés material do princípio da igualdade. Por consequência, ao acusado são outorgados diversos privilégios em detrimento da acusação, como a existência de recursos privativos da defesa, a proibição da *reformatio in pejus*, a regra do *in dubio pro reo*, a previsão de revisão criminal exclusivamente *pro reo*, etc., privilégios estes que são reunidos no princípio do *favor rei*. (LIMA, 2020, p. 59)

O Direito de Silêncio acaba se incluindo neste rol de direitos conferidos ao acusado sob pretexto de igualar as armas entre o Estado e o acusado, em busca assim de oferecer a ampla defesa. É nessa linha que Guilherme de Souza Nucci realiza uma provocadora declaração, evocando uma gama sem fim de doutrinadores:

Se o Estado ainda não atingiu meios determinantes para tanto, tornando imprescindível ouvir o réu para formar sua culpa, é porque se encontra em nítido descompasso, que precisa ser consertado por outras vias, jamais se podendo exigir que a ineficiência dos órgãos acusatórios seja suprida pela defesa. É o que igualmente sempre defenderam ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCA FERNANDES, VICENTE GRECO FILHO, JULIO FABBRINI MIRABETE, PAULO HEBER DEMORAIS, JOÃO BATISTA LOPES, ADRIANO MARREY, ALBERTO SILVA FRANCO, RUI STOCO, DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO e CELSO LIMONGI. (NUCCI, 2020, p. 753)

Em outras palavras, o que a corrente do garantismo processual coloca é que os órgãos acusatórios, em prol da preservação da dignidade humana e dos direitos fundamentais, são obrigados a respeitar certos privilégios – dentre eles é notório o *nemo tenetur se detegere* – que o acusado possui sob um viés equiparável ao que ocorre no direito trabalhista e no direito do consumidor, no qual se argumenta que o empregado/consumidor, por geralmente ser mais vulnerável que o empregador/comerciante, precisa receber vantagens processuais para tornar o litígio mais justo. Mal comparando, é uma lógica similar que ocorre no processo penal acerca dos

direitos que o acusado detém perante os órgãos de acusação (YOKOYAMA, 2007, p. 119).

2 VERDADE FORMAL X VERDADE REAL

O presente item não se dispõe a discutir as nuances e teorias sobre o que é a verdade no processo penal, mas sim expor como que o Direito de Silêncio reverbera e molda o tipo de verdade que haverá de ser buscada dentro da persecução penal.

É bem verdade que, dentro do intuitivo e da vivência pessoal, alguém se recusar a responder algo gera um desconforto inigualável, levando o questionador a pensar em algo ruim, já que se fosse bom, não teria motivo para esconder (KALIL, 2020). Nesse caso, é interessante mostrar o relato do Procurador da República José Lucas Perroni Kalil:

Já me deparei, na prática, com a seguinte situação: sujeito estrangeiro, preso por tráfico internacional, alegava ser um mendigo em seu país de origem e que não estaria envolvido de forma alguma com organização criminosa. No entanto, perguntado sobre como um mendigo conseguiu viajar da Europa para a Argentina meses antes, e a finalidade da viagem, preferiu ficar em silêncio. O silêncio, nesse caso, foi muito eloquente quanto ao que não foi respondido. Seria um verdadeiro absurdo o juiz não poder utilizar esse silêncio quando da avaliação da prova. (KALIL, 2020)

Por outro lado, cabe menção de um caso sobre uma mulher que havia assassinado um homem e confessara seu crime (informação verbal)³. Ao ser interrogada pelos motivos daquele homicídio, a mulher se recusava a compartilhar as razões, recorrendo ao seu direito de silêncio, porém após muita insistência ela acabou cedendo: o motivo por trás daquele homicídio foi porque o *de cujus* teria abusado sexualmente do filho da mulher no passado, com ela se recusando a explicar isso para não expor seu filho. Esse

³ Relato compartilhado em aula de Processo Penal ministrada pela professora Tatiana Trommer Barbosa na Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio, durante o segundo semestre de 2022.

caso acabou sendo um exemplo de uso do direito de silêncio que não necessariamente eximia o acusado ou tivesse interesse em atrapalhar a persecução penal, mostrando que nem sempre a recusa em responder é uma manobra jurídica da defesa para comprometer as investigações. Por mais que em certos casos influencie numa dosimetria da pena ou maior entendimento do caso, a recusa pode ser perfeitamente sobre questões de foro íntimo que não importam para uma condenação concreta – talvez uma condenação mais formalmente adequada, mas ainda assim uma condenação.

A apresentação desses dois relatos serve de ilustração para o desconforto contraintuitivo que o uso do direito de silêncio gera diante do verbete popular “quem cala, consente”, mostrando em especial no segundo caso apresentado que esse desconforto é mais denso do que parece. Diante disto que se vê necessário analisar o propósito da busca pela verdade na persecução penal e que tipo de comprometimento o direito de silêncio gera nessa verdade.

Para tal análise, cabe citação de Renato Brasileiro de Lima como ponto de partida:

Em contraposição a esse sistema, no âmbito processual penal, estando em discussão a liberdade de locomoção do acusado, direito indisponível, o magistrado seria dotado de amplos poderes instrutórios, podendo determinar a produção de provas ex officio, sempre na busca da verdade material. Dizia-se então que, no processo penal, vigorava o princípio da verdade material, também conhecido como princípio da verdade substancial ou real. A descoberta da verdade, obtida a qualquer preço, era a premissa indispensável para a realização da pretensão punitiva do Estado. Essa busca da verdade material era, assim, utilizada como justificativa para a prática de arbitrariedades e violações de direitos, transformando-se, assim, num valor mais precioso do que a própria proteção da liberdade individual. A crença de que a verdade podia ser alcançada pelo Estado tornou a sua perseguição o fim precípua do processo criminal. Diante disso, em nome da verdade, tudo era válido, restando justificados abusos e arbitrariedades por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal, bem como a ampla iniciativa probatória concedida ao juiz, o que acabava por comprometer sua imparcialidade. Atualmente, essa dicotomia

Cyro Wojcikiewicz de Almeida Coelho; Irineu Carvalho de
Oliveira Soares

entre verdade formal e material deixou de existir. Já não há mais espaço para a dicotomia entre verdade formal, típica do processo civil, e verdade material, própria do processo penal. (LIMA, 2020, p. 70)

O autor observa como dois tipos de busca da verdade ocorriam, um no processo cível e outro no penal, sendo que atualmente esse tipo dicotomia não tem mais espaço por causa de excessos e exageros que ocorriam na esfera penal. No cível teria vigorado uma verdade formal, pois ela era limitada pelo que as partes traziam como provas ao juiz, este sendo passivo e restrito a essas provas (LIMA, 2020, p.70). Já no penal, por tratar da liberdade do acusado, a verdade precisaria ser mais trabalhada para condizer com a gravidade do direito em jogo, assim se busca a verdade real, mais aproximada possível com os fatos.

Por um lado, a verdade formal é moldada por artificialidades processuais que possuem cada uma suas justificativas como forma de garantir que, quando o Estado agisse em efetivo, ele agisse com legitimidade. Já a verdade real, por mais que ela forneça mais recursos para tentar se alcançar uma verdade mais aproximada dos fatos, esses recursos acabam por exceder as atribuições do Estado (pelo menos no caso do Estado Democrático de Direito), o que a este traria ilegitimidade. Sem contar que questões essenciais para a obtenção de uma verdade satisfatória, como de um juiz imparcial, podem ser comprometidas com uma busca pela verdade real ao torná-lo ativo na produção de provas.

Este protagonismo do agente jurisdicional na busca pela verdade inclusive é o que está no cerne da distinção de um processo inquisitório contra um processo acusatório, já que no inquisitório se recorria até a torturas para tentar extrair alguma verdade, ofendendo a dignidade da pessoa humana dado o tamanho do esforço em se alcançar alguma resposta, a qual teoricamente seria uma verdade real. Já no acusatório, que é o processo utilizado no Brasil, por ter o respeito aos direitos do acusado, muito da força

estatal é limitada no que tange aos meios que o Estado pode usar para obter as provas, mas assim a verdade alcançada seria uma verdade legítima.

Assim sendo, por mais que uma verdade real possa ser desejável, a sua busca pode acabar sendo desvirtuada com excessos e sobreposições de direitos que poderiam não se justificar num Estado Democrático de Direito. Até mesmo Günter Jakobs, autor da controversa ideia do direito penal do inimigo vê que essa busca precisa ser delimitada para ser mais coerente com o Estado Democrático de Direito, como se pode ler a seguir:

Na perspectiva do Estado de Direito, um Direito penal do inimigo claramente delimitado é menos perigoso do que todo o Direito penal misturado com fragmentos de regulações próprias ao Direito penal do inimigo (tradução nossa ⁴) (JAKOBS, 2003, p. 54)

Vale lembrar que o direito penal do inimigo é a noção de despersonalizar o acusado para tratá-lo como inimigo do Estado em vez de cidadão, sob pretexto de assim eliminar o perigo que o réu, ao ser culpado, representa. Dessa forma, o Estado poderia realizar excessos e arbitrariedades em razão da periculosidade oferecida pelo “inimigo”. É um conceito muito poderoso, revestindo o Estado de muitas prerrogativas que poderia abrir precedentes dignos de ditaduras, por mais que houvesse esforço em deixar essa exceção bem delimitada para situações de imensa periculosidade jurídica e social.

A menção do direito penal do inimigo com relação a busca da verdade real se conecta por causa da experiência histórica já mencionada e amplamente rememorada por doutrinadores garantistas para evidenciar como que essa busca acaba em alguma medida se equiparando com a transformação

⁴ No original da tradução espanhola: “Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo”.

Cyro Wojcikiewicz de Almeida Coelho; Irineu Carvalho de
Oliveira Soares

da figura do acusado em um inimigo que pode ter seus direitos desconsiderados.

Porém, isso não muda o fato de que uma busca pela verdade formal também pode acabar por artificialmente dificultar que evidentes crimes sejam devidamente punidos. Não é à toa que Aury Lopes Júnior, ao defender que a distribuição de cargas probatórias no processo penal é exclusiva do Ministério Público, se indigna com sentenças e acórdãos não seguindo tal tese:

Erro crasso pode ser percebido quase que diariamente nos foros brasileiros: sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras são as sentenças condenatórias fundamentadas na “falta de provas da tese defensiva”, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente. (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 254)

Por mais que a tese dos doutrinadores garantistas possa ser constitucionalmente bem fundamentada e coerente com o *animus* constituinte, não há como se ignorar que magistrados em todo o país, através de sua experiência, acabam se convencendo de questões dentro da persecução penal e depois se vendo engessados por terem de submeter a verdade às formalidades da busca da verdade formal. Isso acaba por ser tão extremo que em artigo de 2022, Carlos Biasotti, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, enumera um compêndio de mais de 100 vezes que ele argumentou em ementas sobre sua convicção de que o inocente diante da injusta acusação não conseguirá se calar, ele irá reivindicar sua inocência, sendo assim muito difícil de considerar que um inocente vá realmente usar o seu direito de silêncio.

Esse acaba sendo um entendimento complicado já que a própria lei vem sendo modificada em prol da tese garantista de que o direito de silêncio não pode ser usado em prejuízo da defesa, o que dá mais peso para tal tese

mesmo que haja uma resistência jurisprudencial. É o que se evidencia com tal fala de Nucci:

Com a modificação introduzida pela Lei 10.792/2003, torna-se claro o acolhimento, sem nenhuma ressalva, do direito ao silêncio, como manifestação e realização da garantia da ampla defesa. Sempre sustentamos que a necessidade de permanecer calado, muitas vezes, é uma consequência natural para pessoas frágeis, emocionalmente perturbadas ou que não possuem a devida assistência jurídica. 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. 752)

A última parte da fala de Nucci é muito interessante, já que fala da necessidade de o magistrado fundamentar sua decisão junto da impossibilidade que ele tem de arguir neste momento o uso do direito de silêncio contra o acusado. Ora, se o único indício que o juiz tiver for o silêncio do acusado, ele possivelmente se verá impossibilitado de proferir uma condenação já que sua fundamentação poderá ser recorrida sem grandes esforços. Agora, se houver outros indícios que fundamentem sua decisão, e o silêncio acabou sendo só um deles, o magistrado se veria capaz de proferir uma condenação sem precisar argumentar do silêncio em sua decisão para evitar o recurso, mantendo tal influência expressa somente em seu foro íntimo. Com certeza seria algo que deixaria um garantista de cabelo em pé, mas na prática possibilitaria o alcance de uma “verdade real” dentro dos ritos da verdade formal.

O ideal para um garantista, como Nucci afirma na citação feita, é que o magistrado realize a abstração dessa influência, justamente pelo valor

constitucional e histórico que o direito de silêncio possui. E definitivamente, o oposto não é o mais coerente com os rumos que o Estado Democrático de Direito vem tendo. Mas como se averiguaria que o juiz, sem exteriorizar a influência do silêncio em seu julgado, não teria feito essa abstração?

Não de se estranhar diante dessa certa brecha do convencimento do juiz que o já mencionado José Lucas Perroni Kalil defenda a seguinte tese sobre o direito de silêncio:

Nosso entendimento, portanto, é no sentido de que conteúdo do direito constitucional ao silêncio resume-se a uma garantia de que (i) o Estado não utilizará de métodos inadequados de interrogatório para extrair a verdade do acusado e (ii) não será suficiente para decreto condenatório - unicamente - o silêncio do acusado, sem outras provas corroboradoras. (KALIL, 2020)

O segundo ponto é extremamente interessante, já que traz expresso que o direito de silêncio somente não é suficiente para uma condenação, mas a partir do momento que houver outras provas, ele pode acabar tendo seu valor para o juiz ter um convencimento mais completo. Importante frisar que essa tese vem em diametral confronto com muitos autores consagrados mencionados no presente artigo, evidenciando que, apesar da predominância doutrinária dos garantistas, ainda há um embate entre que tipo de verdade é buscada no processo penal. Sendo honesto, a tese de Kalil estipula que o direito de silêncio pode servir como combate a métodos inadequados de interrogatório, o que, ao limitar a força estatal ao estabelecer métodos, já se limita a verdade real para ser ela uma verdade formal.

Se a tese apresentada por Kalil sobre o uso do direito de silêncio em prejuízo do réu ao ser combinado com outras provas for uma tese aplicável, poderíamos dizer que esta seria um limite do direito silêncio, no entanto, quando neste presente artigo se falar de outros limites ao direito de silêncio, o que estará em jogo não é o uso dele em prejuízo do réu, mas sim de hipóteses nas quais ele não pode ser utilizado.

No final das contas, a busca pela verdade real é uma busca que confere grandes poderes ao Estado, o que na atual conjuntura do Direito ocidental, se vê como um absurdo diante do Estado Democrático de Direito. É o que se diz quando se fala da primeira onda dos direitos humanos, na qual o Estado garante direitos à sociedade ao simplesmente limitar seu agir. Sendo assim, a busca pela verdade formal é a mais coerente com o Estado Democrático de Direito, apesar de haver espaço sobre os alcances e justificativas para as formalidades adotadas. Tal espaço foi o que se almejou expor no presente capítulo.

3 LIMITES AO USO DO DIREITO DE SILÊNCIO

O direito de silêncio, por ser uma espécie do gênero *nemo tenetur se detegere*, acaba por ter validade em seu uso a qualquer um que se veja podendo produzir provas contra si mesmo, então ele não tem seu uso restrito somente ao acusado, como também pode ser usado por exemplo por uma testemunha. Porém, no que tange à pessoa do investigado em si, cabe uma exceção interessante ao uso do direito de silêncio apresentada por Nucci a respeito do depoimento de inimputável menor de idade comparsa do réu:

Nessa hipótese, deve ele ser arrolado, normalmente, como testemunha, porque, na esfera penal não pode ser considerado parte na relação processual estabelecida. Tem, pois, o dever de dizer a verdade. Nem se diga que ele precisa ter o mesmo tratamento do corréu, tendo direito ao silêncio e não sendo considerado testemunha, porque estaria respondendo – ou poderia vir a responder – pelo que fez na Vara da Infância e da Juventude. (NUCCI, 2020, p. 794)

Como o menor infrator tecnicamente não é considerado réu por ser inimputável, a sua condenação não é uma punição estatal, mas sim medida socioeducativa que serve para sua reeducação e melhor formação para a vida adulta, assim efetivamente não sendo um réu sob risco da *ultima ratio* do processo penal. Assim sendo, não há que se falar em direito de silêncio para o

menor infrator, já que a prova que ele produziria não iria contra ele mesmo, mas em seu favor: teoricamente, a medida socioeducativa é algo que será bom para o menor, não será uma punição, mas uma ajuda necessária. Neste caso, o adolescente maior de 14 anos será ouvido como testemunha, estando assim compromissado em falar a verdade, ao passo que o menor de 14 anos deve ser ouvido como informante devido ao art. 208 do Código de Processo Penal (NUCCI, 2020, p. 794)

Outra hipótese na qual o direito de silêncio não tem cabimento segue a grafia do art. 186 do Código de Processo Penal Brasileiro:

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. (BRASIL, 1941)

Como se pode ler, o direito de silêncio só é informado ao acusado após a devida qualificação deste, desta forma, é intuitivo pressupor que a qualificação do acusado não é alcançada pelo direito de silêncio. Em verdade, o uso do direito de silêncio na qualificação do acusado pode ser até mesmo considerado ato ilícito, seja por força do artigo 68 do Decreto-Lei n. 3.688/41, seja por acabar sendo crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal) ou falsa identidade (art. 307 do Código Penal) (YOKOYAMA, 2007, p. 138). Assim, como qualquer pessoa apresentada às autoridades tem de ser devidamente identificada na persecução penal, não tem como se falar em se negar a fornecer os dados pessoais mediante o direito de silêncio, muito menos mentir sobre a desculpa de não estar produzindo provas contra si.

Essa questão a respeito da devida qualificação do acusado reverbera até mesmo em outra situação da qual se discute o direito de silêncio do acusado, no caso a de ter de comparecer a interrogatório. Nesse caso, se teria outra exceção do uso do direito de silêncio, que no caso é a possibilidade de o réu ser conduzido de forma coercitiva até o interrogatório de qualificação

quando há dúvida da identidade do réu (NUCCI, 2020, p. 737). O réu ao ser intimado a comparecer a um interrogatório poderia entender que ele estaria se expondo muito e assim preferir não comparecer para não gerar provas contra si mesmo mediante o uso do seu direito de se manter silente perante a persecução penal, porém, como nesse caso o interrogatório tem como finalidade confirmar sua identidade, e como foi dito na exceção da qualificação, o réu tem a obrigação de se identificar perante a força estatal, sendo assim, ele não poderia usar de seu direito de silêncio para esse tipo de interrogatório.

3.1 Sobre os exames periciais

Por fim, uma outra hipótese que poderia ser considerada também uma exceção ao uso do direito de silêncio é no que tange a submeter o acusado a exames periciais, sendo esta hipótese bastante extensa e com muitas variáveis.

Preliminarmente, cabe citação de Eugênio Pacelli de Oliveira ao introduzir o tema:

As legislações europeias, de modo geral, bem como a anglo-americana e algumas de países da América do Sul (...) preveem situações nas quais o réu, embora sujeito de direitos, e não mero objeto do processo, deve se submeter a (ou suportar) determinadas ingerências corporais, com finalidades probatórias.

Em todos os casos, porém, como regra, deverá haver previsão expressa na lei e controle judicial da prova. É o que ocorre, nesses países, com os exames para coleta de sangue, com os testes para a comprovação de DNA – desde que realizados por médicos –, os exames de alcoolemia, o fornecimento de padrões gráficos e de voz etc., para a realização de perícia técnica. (OLIVEIRA, 2017, p. 203)

Pacelli continua ao expor que há previsão e aplicação do *nemo tenetur se detegere* em todas as legislações que ele citara, mas pautadas em limites coerentes com o propósito de tal princípio, que seriam “a proteção da

dignidade humana da pessoa, da sua integridade, física e mental, de sua capacidade de autodeterminação e do exercício efetivo do direito de não ser obrigado a depor contra si” (OLIVEIRA, 2017, p. 203). Então como esse propósito trata de questões essenciais à pessoa do acusado, ações que podem afetar essa inviolabilidade pessoal do acusado precisam ser muito bem delimitadas, sendo submetidas a rigorosas exigências para se permitir esse tipo de exceção do alcance do direito de não produzir provas contra si mesmo. Pacelli então conclui seu raciocínio:

É preciso, primeiro, expressa previsão na lei. Em segundo lugar, é preciso que se cuide de infração penal para cuja comprovação o exame pericial técnico seja efetivamente necessário, quer pela complexidade do crime, quer pela impossibilidade prática de obtenção de outras provas. É também necessário que a diligência se realize sob o controle judicial, exceto nos casos de urgência inadiável, quando o controle deverá ser feito posteriormente. (OLIVEIRA, 2017, p. 203)

O autor, ao se valer de direito comparado, enxerga que, ao ser previamente estabelecido por lei e muito bem controlado, há espaço para que exames periciais sejam feitos sem que isso seja considerado uma violação do direito de não produzir provas contra si mesmo. Nesse sentido, Eugênio Pacelli demonstra insatisfação com o cenário jurídico brasileiro, já que temos raras hipóteses estabelecidas para esses tipos de exame, além de uma doutrina e jurisprudência que dão um poder *ao nemo tenetur se detegere* que não encontra igual em outros ordenamentos jurídicos (OLIVEIRA, 2017, p. 204).

A posição de Pacelli diverge da de Aury Lopes Júnior, o qual defende uma primazia do *nemo tenetur se detegere* neste tópico ao entender que submeter o investigado a exames periciais pode constituir prova contra ele mesmo, mencionando a impossibilidade em seu entendimento de que o acusado seja não só obrigado a fornecer material para realização de exames periciais, como exame de sangue, DNA ou de escrita, como também de participar de acareações e de reconstituições (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 57-

58). Apesar dessa discordância com Eugênio Pacelli, Aury Lopes Júnior menciona um caso que aparentemente foge de seu entendimento acerca da primazia do direito de silêncio diante da colaboração com exames periciais:

Mas, é importante sublinhar, a Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012, prevê a coleta de material genético como forma de identificação criminal, tendo gerado uma grande polêmica, na medida em que parece querer fulminar o direito de não produzir provas contra si mesmo ao obrigar o investigado à extração compulsória em caso de recusa. A nova lei altera dois estatutos jurídicos distintos: a Lei n. 12.037/2009, que disciplina a identificação criminal e tem como campo de incidência a investigação preliminar e, por outro lado, a Lei n. 7.210/84 (LEP), que regula a Execução Penal. (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 57-58)

Como dito anteriormente, o réu é obrigado a se identificar e ser devidamente qualificado no processo, porém no caso de uma coleta de DNA isso pode acabar sendo uma prova definitiva de um crime, gerando assim grande mal-estar entre a obrigação do acusado em se identificar com o seu direito de não produzir provas contra si mesmo. Aury Lopes Júnior chega a fazer uma comparação forte ao observar que certos exames exigem intervenção corporal, como é o caso de exame de sangue, e assim concluir que submeter o acusado sem seu consentimento a uma intervenção corporal seria o mesmo que autorizar uma tortura sob pretexto de obter uma confissão, o que para o doutrinador seria uma clara volta ao processo inquisitório (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 272-273).

A respeito da Lei n. 12.654 de 2012, Aury Lopes Júnior comenta sobre dois casos distintos do qual tal lei versa acerca da coleta de material genético. Um deles é o da coleta do material genético do apenado, sob pretexto de alimentar banco de dados de perfis genéticos que sirvam para apurar crimes futuros de autoria conhecida – ou seja, é uma coleta para munir o estado de recursos para lidar com possíveis crimes futuros – enquanto o outro caso é da coleta de material genético que sirva de prova para um crime

já ocorrido, assim sendo para um caso concreto e determinado (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 274).

Evitando adentrar nas nuances de tal lei para manter o foco no direito de silêncio, o interessante é observar a conclusão do doutrinador acerca da hipótese de coleta de material genético do investigado:

A grande questão é: será que esse material poderá ser extraído compulsoriamente? Como fica o direito de não produzir provas contra si? Entendemos que se houver o fornecimento voluntário ou a coleta em locais de crime, não há problemas. Mas e se o suspeito se recusar, poderá ser compelido a fornecer material para alimentar esse Banco Multibiométrico? Entendemos que não, mas sem dúvida é uma questão que exigirá uma manifestação do Supremo Tribunal Federal. (LOPES JÚNIOR, 2021, pág. 276)

Outra hipótese de exame pericial em específico que Aury Lopes Júnior observa é a do teste do bafômetro, no qual a recusa poderia trazer vários prejuízos ao acusado, porém no entendimento do doutrinador, somente é cabível a sanção administrativa referente à recusa de realizar o teste, já qualquer repercussão penal da recusa seria violadora do direito de silêncio, não sendo ela cabível (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 280).

Assim, Aury Lopes Júnior demonstra discordar que quaisquer tipos de exame pericial sejam utilizados diante do uso do direito de silêncio do investigado, apesar das ressalvas sobre a sanção administrativa do teste do bafômetro e da não pacificação do tema da Lei n. 12.654 de 2012.

Já o anteriormente mencionado Eugênio Pacelli possui entendimento bem diverso, já que para ele o que está sendo protegido com o direito de silêncio é a integridade física e mental do acusado, a sua capacidade de autodeterminação, a dignidade da pessoa humana, a honra do acusado e o reconhecimento do princípio de inocência (OLIVEIRA, 2017, p. 204). Sendo assim, alguns procedimentos seriam incabíveis, como é o caso de soro da verdade ou similares, já que impediriam a autodeterminação e a integridade física e mental do acusado; enquanto no caso de reprodução simulada ou

reconstituição dos fatos o problema seria o da dignidade, a honra e o reconhecimento de inocência do acusado sendo atacados com a encenação.

Por causa disso, o doutrinador se coloca em desacordo com certa decisão do STF que não admitiu a exigência de fornecimento de padrões gráficos por causa do uso do direito de silêncio (HC nº 77135/SP, Rel. Ilmar Galvão, em DJ 6.11.1998), sendo que havia dispositivo legal prevendo tal exigência (art. 174 do CPP), além de Pacelli não ver como a coleta de manuscrito poderia afetar quaisquer dos valores protegidos pelo *nemo tenetur se detegere* (OLIVEIRA, 2017, p. 204). Seguindo o seu raciocínio, Pacelli até chega a especular que, se for continuar com essa grande valorização do direito de silêncio, até mesmo o reconhecimento de pessoas seria algo inaceitável, já que exige ações do acusado ao passo que o direito de silêncio seria justamente escolher não agir.

É com isto que Pacelli sintetiza seu pensamento da seguinte forma:

Determinadas intervenções corporais, quando não puserem em risco a integridade física e psíquica do acusado em processo penal, e desde que previstas em lei, não encontram obstáculos em quaisquer princípios constitucionais, sobretudo quando se destinarem a colher prova em crimes que atingiram direitos fundamentais das vítimas. Afinal, o Direito Penal, intervenção estatal mais radical, não é também destinado à proteção dos direitos fundamentais? (OLIVEIRA, 2017, p. 205)

Dessa forma, Pacelli defende que, para o caso de exames periciais em geral sem que ofendam o direito de silêncio do investigado, o exame tenha que estar previamente estabelecido por lei; e o investigado não pode ser forçado a realizar atos físicos que exijam manifestação ativa de vontade, o que permite que um exame médico passivo, sem ingerência corporal abusiva ou ilegal seja possível. Nesse sentido Pacelli menciona a admissão da identificação criminal prevista na Lei nº 12.037 de 2009 como um caso de intervenção corporal, já que essa intervenção seria mediante o registro datilográfico e fotográfico, sendo ele bem justificável por se tratar de

situações nas quais a identificação do investigado não é possível ou não é plenamente confiável dentro das hipóteses da lei – o que remete ao já falado sobre a obrigatoriedade do investigado se identificar sem poder recorrer ao direito de silêncio (OLIVEIRA, 2017, p. 205-206).

Tendo toda essa ênfase no alcance do direito de silêncio como uma garantia para evitar abusos mentais e físicos, Pacelli também discorda de Aury Lopes Júnior a respeito da inadequabilidade da extração de material genético compulsória do investigado da Lei n. 12.654 de 2012. Desde que tal extração não viole a integridade física e psíquica do investigado e que o caráter de extrema excepcionalidade dessa norma seja mantido, não haveria inconstitucionalidade nessa coleta (OLIVEIRA, 2017, p. 207).

Com tudo isto, Renato Brasileiro Lima acaba por concordar com o posicionamento de Pacelli acerca do exame em que seja exigido uma postura passiva do investigado:

Em relação às provas que demandam apenas que o acusado tolere a sua realização, ou seja, aquelas que exijam uma cooperação meramente passiva, não se há falar em violação ao nemo tenetur se detegere. O direito de não produzir prova contra si mesmo não persiste, portanto, quando o acusado for mero objeto de verificação. Assim, em se tratando de reconhecimento pessoal, ainda que o acusado não queira voluntariamente participar, admite-se sua execução coercitiva. (LIMA, 2020, p. 77)

Nesse sentido cabe mencionar um parecer de Renato Brasileiro sobre uma espécie de “bafômetro passivo”, desenvolvido de forma que ele consiga, pelo ar próximo do investigado, detectar o álcool a uma distância de 20 a 30 centímetros. Já que este bafômetro só precisa estar próximo da pessoa examinada, sem exigir que ela tome nenhuma ação além de evitar a proximidade com o aparelho, ele evitaria a polêmica do bafômetro convencional, o qual obriga uma participação ativa da pessoa. Assim sendo, esse bafômetro passivo estaria em situação semelhante ao reconhecimento

pessoal, já que o investigado seria mero objeto de verificação (LIMA, 2020, p.77).

Sendo assim, pode-se concluir que, no que tange aos exames periciais, o direito de silêncio não exime o investigado de ser submetido ao exame nas hipóteses em que o tal procedimento seja legalmente formalizado e regularizado por lei, não atente contra a integridade física ou psicológica do investigado nem o force a realizar uma ação ativa para tal exame, só sendo admitida a mera postura passiva e tolerante do investigado.

Por fim, ainda é interessante de se mencionar uma colocação de Renato Brasileiro sobre a prova invasiva, ou seja, aquela amostra genética do investigado que é coletada mediante uma ação contra o corpo dele, o que pode ir desde a coleta de sangue mediante seringa até a tirar um fio de cabelo da cabeça do investigado. Tal colocação fala sobre a abominação da produção forçada desse tipo de prova, só sendo ela cabível no caso de consentimento do acusado, porém um detalhe interessante que Renato Brasileiro apresenta é o do material descartado. Segue exemplo apresentado pelo autor em questão:

Situação semelhante ocorreu em caso envolvendo a descoberta do episódio em que uma criança recém-nascida foi retirada do berçário da maternidade por uma mulher que passou a assumir perante todos ser a verdadeira mãe. Como a suposta mãe não aceitou submeter-se à coleta de material genético, esperou-se uma oportunidade para arrecadar uma ponta de cigarro descartada pela “filha”, contendo partículas das glândulas salivares, o que permitiu, após a análise do DNA, ter-se a certeza de que ela, de fato, não era filha da investigada. Essa prova foi considerada válida, porquanto o que torna a prova ilícita é a coação por parte do Estado, obrigando o suspeito a produzir prova contra si mesmo. Como a prova foi produzida de maneira involuntária pela suposta filha, a prova então obtida foi considerada lícita. (LIMA, 2020, pag. 80-81)

Uma lógica similar do exemplo apresentado é o de amostra encontrada no local do crime, como sangue do agressor embaixo das unhas da vítima ou marcas digitais pelo ambiente. Como são rastros deixados por

ações voluntárias do indivíduo, tais provas deixam de ser invasivas, apesar de servirem de igual modo a como seria a coleta invasiva de tal prova. Sendo assim, não seria uma situação na qual o investigado se veria obrigado a produzir provas contra si mesmo, estaria mais para um ato falho em interrogatório, no qual o criminoso acaba por deixar escapar uma informação preciosa que invalida seu álibi.

4 CONCLUSÃO

Com o presente artigo, foi discutido de forma panorâmica sobre nuances do direito de silêncio enquanto espécie do direito de não produzir provas contra si mesmo, valendo-se para isso de análise doutrinária que visou contrapor diferentes posicionamentos para melhor amplitude de entendimentos, esperando assim descobrir se havia limites ao direito de silêncio e quais que eles seriam, sem rejeitar sua natureza e importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Parte central desta análise acabou por cair no debate sobre verdade real e verdade formal, pois muito do mérito do direito de silêncio se vê intrinsecamente conectado com ela. Uma rejeição desse direito tem como interesse primar pela verdade real, enquanto uma aceitação foca em manter a legitimidade obtida pela verdade formal.

Já por parte das consequências direito de silêncio, é importante ter em mente que no processo penal não há distribuição de carga probatória, por força da presunção de inocência do réu, assim, por mais contraintuitivo que seja, o seu uso em nada deve significar como prova contra réu. Agora, no que tange a ele servir como convencimento particular do juiz diante da perda de uma chance de o réu apresentar uma prova matadora de sua acusação, é difícil de se avaliar dada a subjetividade da formação do pensamento humano, configurando um forte dilema sobre como lidar com tal situação.

Agora, no que se analisa de situações específicas pelas quais o direito de silêncio não possui alcance, pode-se dizer que o direito de silêncio é cabível sem nenhuma ressalva acerca de sua eficácia ou legitimidade, desde que: (a) não seja em situações que prejudiquem a identificação do indivíduo enquanto pessoa – não como culpada – diante da persecução penal; (b) não ofereça risco ao indivíduo de lhe atribuir crime (como é o caso do menor de idade, que por ser inimputável não pode ter crime atribuído contra si); (c) exija uma postura exclusivamente passiva e tolerante do indivíduo diante de certo exame pericial; (d) o exame pericial não atente contra a dignidade psicológica ou física do indivíduo; e (e) o exame pericial esteja devidamente previsto e regulamentado em lei.

REFERÊNCIAS

BIASOTTI, Carlos. O silêncio do réu e sua interpretação. Teresina: *Revista Jus Navigandi*, 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/100781>. Acesso em: 29 abr. 2023.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2023.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Thomson civitas, 2003.

KALIL, José Lucas Perroni. *O silêncio e a mentira dos acusados no Direito Processual Penal*. [S.l.]: Escola Superior do Ministério Público da União, 2020. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/a-escola/comunicacao/quer-debater/o-silencio-e-a-mentira-dos-acusados-no-direito-processual-penal>. Acesso em: 29 abr. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: JusPODIVM, 2020.

Cyro Wojcikiewicz de Almeida Coelho; Irineu Carvalho de
Oliveira Soares

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2017.

YOKOYAMA, Marcia Carceres Dias. *O direito ao silêncio no interrogatório*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.