

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO



BERNARDO IZAN AMARAL COSTA

Direito ao Silêncio no Âmbito Administrativo

Rio de Janeiro, junho/2010

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO



BERNARDO IZAN AMARAL COSTA

Direito ao Silêncio no Âmbito Administrativo

Trabalho de Conclusão de Curso sob orientação do professor **Thiago Bottino do Amaral**, apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, junho/2010

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO



Direito ao Silêncio no âmbito administrativo

Elaborado por BERNARDO IZAN AMARAL COSTA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à FGV DIREITO RIO como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do Orientador: Thiago Bottino do Amaral

Nome do Examinador 1: _____

Nome do Examinador 2: _____

Assinaturas:

Professor Orientador

Examinador 1:

Examinador 2:

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, _____ de junho de 2010.

DEDICATÓRIA

A minha mãe (in postuman), por todo o carinho e suporte que me proporcionou ao longo de nossa convivência, e ao meu padrinho e minha madrinha que me ajudaram de todas as formas, com todo amor.



AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor e amigo Thiago Bottino do Amaral, pela contribuição em minha vida acadêmica e social.

Aos meus pais, pela educação que me deram, assim como pelo amor e compreensão.

Aos meus tios, pela ajuda e suporte em todos os momentos e pelo amor.

À Anelise Soares Jordão, por seis anos de amizade, compreensão e carinho.

Aos amigos Bruno Urmen, José Lobato, Eduardo Alves, Jayme Figueiredo e Caio Lívio por proporcionarem os momentos mais divertidos e por toda amizade.

À Lívia Ferreira e Carlos Humberto por toda ajuda e troca de conhecimento no decorrer do curso.

"Se ages contra a justiça e eu te deixo agir, então a injustiça é minha."

(Mahatma Gandhi)

RESUMO:

A garantia do Direito ao Silêncio e sua aplicabilidade no Direito Administrativo serão os temas ventilados nesta monografia. O poder público garantido pelo monopólio do poder de polícia, aplica sanções e restrições através de normativas a fim de garantir certas condutas do cidadão. Acontece que, por varias vezes, o cidadão, quando submetido à normativa administrativa do Estado, acaba sendo coagido a produzir provas contra si mesmo. E, por sua vez, tais evidências produzidas mediante aplicação de sanção, são utilizadas em eventual processo penal em desfavor do cidadão. No decorrer da monografia vamos estudar a abrangência do direito ao silêncio, sua evolução como princípio fundamental e sua introdução no direito pátrio. Através de casos internacionais, procuraremos delimitar o entendimento pela aplicabilidade plena do preceito em todas as esferas do direito e por fim explicitaremos alguns exemplos no direito pátrio onde as sanções do direito administrativo são utilizadas como meio de coerção para obtenção de provas.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito Constitucional. Direito Penal. Direito Processual Penal. Direito Administrativo. Direitos Humanos. Garantia Fundamental.

SUMÁRIO

Introdução.....	09
1. O Direito ao Silêncio.....	10
1.1 Conceito e histórico de Direito ao Silêncio.....	10
1.2 Experiências internacionais de conexão entre o direito ao silêncio e o direito administrativo.....	20
2. Problemas concretos do direito pátrio.....	26
2.1 Nova lei de Trânsito e direito ao silêncio.....	26
2.2 Crimes contra a ordem econômica e tributaria e direito ao silêncio.....	32
3. Conclusão.....	36
4. Bibliografia.....	37

INTRODUÇÃO:

O tema do presente trabalho de conclusão de curso visa estabelecer e delimitar a aplicabilidade do princípio do direito ao silêncio fora do âmbito do processo penal.

Analisaremos primeiramente e de forma breve a trajetória histórica do princípio desde sua formação com o iluminismo e a revolução francesa passando por sua evolução e aumento de abrangência até sua consolidação no âmbito mundial no dia de hoje.

Passaremos então a conceituação do direito e sua inserção na normativa pátria, seja como garantia constitucional ou norma infraconstitucional no processo penal.

Uma vez delimitados tais conceitos, analisaremos no âmbito internacional, através de dois famosos casos julgados na Corte Européia de Direitos Humanos, a consolidação do princípio como garantia fundamental do processo e sua aplicabilidade no âmbito do direito administrativo.

Tentaremos dessa forma e com a ajuda desses casos demonstrar que o princípio aqui discutido deve ter aplicação plena em qualquer esfera do direito. Sendo que sua aplicação dever ser completa e não somente abarcando o processo penal.

Tal exposição busca embasamento para expor a teoria de que o processo administrativo vem sendo utilizado de forma vil para obtenção de provas ilícitas por meio de coerção. Uma vez que o Estado não aplica o direito ao silêncio fora da esfera do processo penal e abre caminho para que através de medidas de coerção administrativas tais como, multas pecuniárias, restrições de direito e até cerceamento de liberdade sejam utilizadas como meio de coerção para obtenção de provas a fim de instruir e embasar posterior ação penal.

Demonstrando que no âmbito internacional tal prática vem sendo rechaçada pelos tribunais, internalizaremos o problema para o direito nacional.

Através da análise de duas famosas normativas nacionais que dão ensejo a utilização das medidas sancionatórias do direito administrativo como método coercitivo

para obtenção de provas para posterior persecução penal, demonstraremos que isso vem acontecendo de forma a ferir o direito a silêncio.

A primeira normativa analisada diz respeito às leis de trânsito, a famosa “Lei Seca” que vem estabelecendo sanções graves caso condutor do veículo se recuse a prestar o teste do bafômetro e caso o mesmo preste e o resultado venha a acusar certa concentração de álcool, tal prova será utilizada como base para a instauração de inquérito penal e o condutor ainda pode ser preso em flagrante pelo agente de trânsito.

A segunda normativa analisada diz respeito aos crimes tributários e contra a ordem econômica, que estabelece sanções até mesmo envolvendo cerceamento de liberdade caso o suspeito não apresente documentos e livros contábeis quando a autoridade assim demandar.

Assim demonstraremos que tais normativas estão indo de encontro à garantia constitucional da não auto-incriminação e direito ao silêncio e estão, dessa forma, ferindo os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

PARTE I – O DIREITO AO SILÊNCIO

CAPÍTULO I – CONCEITO E HISTÓRICO DE DIREITO AO SILÊNCIO.

Um breve relato histórico da evolução do Direito ao Silêncio se faz necessário antes de sua conceituação, uma vez que a exposição de sua evolução contribui de forma generosa ao seu entendimento.

Na época do Império Romano em um processo interrogatório, um homem livre não podia ser obrigado a prestar quaisquer informações sobre os fatos investigados no interrogatório. Com sua queda e início das divisões territoriais em reinos, com a concentração do poder do Estado nas mãos do rei ou imperador, iniciou-se a possibilidade de submeter à tortura um homem livre que estivesse sendo acusado de um crime grave, normalmente e principalmente se tal crime lesava o rei ou a coroa.

Com o avanço da idade média e a crescente ascensão da Igreja Católica tanto religiosamente quanto politicamente, criou-se o sistema do processo inquisitório,

primeiramente para investigação e sanção de crimes contra a igreja e bons costumes como o de heresia, mas tão logo aplicada aos demais delitos sociais. Denominada como Santa Inquisição, a igreja católica agora tinha como estabelecida, por seu poder e influência, uma jurisdição única e centralizada, com procedimentos secretos e quase sem quaisquer garantias ao acusado, que ainda tinha como legalizada a tortura como meio de obtenção de prova.

Foi instituído da mesma forma um sistema em que valorava as provas de acordo com o caso em questão, sendo assim, determinava-se com antecedência o valor de cada prova a ser obtida e tais provas passavam a vincular o resultado processo, ou seja, se o investigador conseguisse a prova determinada, a corte estava legalmente obrigada a condenar o acusado. De forma contrária, não importa o quanto a corte estivesse convencida da culpa do acusado baseada em alguma prova circunstancial ou defeituosa, a corte não tinha autoridade para condenar o acusado.

A única prova que sempre vinculava a condenação do acusado usada no sistema processual inquisitivo era o da confissão do acusado, sempre que o acusado confessava o delito, tinha que ser condenado. Com isso, o sistema inquisitivo tinha a prova legal mais certa, rápida e econômica de se conseguir em um processo inquisitivo, uma vez que a tortura era meio totalmente lícito e aplicável como meio de obtenção de prova.¹

Dessa maneira, a confissão tornou-se a prova mor por excelência, não tendo apenas o condão de provar a culpabilidade do acusado mais também tendo seu valor religioso de expurgação do mal, onde, através de sua confissão o acusado buscava redenção divina e aceitava sua pena.

Com a perda de força da Igreja Católica pela chegada do Iluminismo e da Revolução Francesa e com ela os conceito de direitos fundamentais do homem prezando por uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, inúmeras críticas foram sendo levantadas a cerca do sistema inquisitório aplicado pela igreja católica, primeiramente na dúvida a cerca da aplicação da tortura como meio eficiente de obtenção de provas e por fim o fato do sistema inquisitório subestimar a capacidade do julgador em valorar as provas por sua própria convicção e livre conhecimento.

¹ Quintana, Tomás Ojea: El Privilegio Contra La Autoincriminación: Reflexiones Acerca de dos Sistemas Distintos de Procedimiento Criminal. Buenos Aires, Argentina: AD-HOC, 2002, p. 255.

Com a tortura sendo proibida e institucionalização do princípio do livre convencimento, em grande parte ajudadas pelos princípios iluministas da Revolução Francesa, o sistema inquisitório foi dando lugar ao sistema acusatório em que se prezava pela integridade física e psíquica do acusado e, ao menos formalmente, o revestia de proteção durante o processo de investigação.

O processo acusatório encontrou sua sedimentação com no surgimento do privilegio contra a auto-incriminação, tal privilegio se refletia em duas idéias, dava a opção do acusado escolher prestar alguma declaração durante o processo ou não e se caso prestasse, a mesma não estaria sob juramento de verdade, dando a possibilidade do acusado inclusive mentir em juízo.

Abolido o sistema inquisitivo e amplamente reconhecida a doutrina de que não se pode usar o acusado como instrumento de prova da própria condenação. Foi sendo amplamente institucionalizada, a idéia de que o suspeito tem o direito de se recusar a prestar testemunho contra si próprio, primeiramente tal prática era restrita aos procedimentos de acusação especial e posteriormente foi estendido aos processos comuns.

Se na teoria a garantia da não auto-incriminação já se mostrava bem delineada e atuante nos processos acusatórios, na prática isso não se mostrava realidade. O suspeito argüido continuava a ser obrigado a testemunhar sob juramento de verdade, sendo que no início do julgamento era obrigado a falar em juízo se, se considerava culpado ou inocente. Visto que no sistema os jurados ainda decidiam segundo sua convicção pessoal e não pela verdade real oriunda da apresentação de provas válidas, ficar calado em uma audiência de julgamento era quase com assinar sua própria sentença de culpado.

Grande evolução que contribuiu bastante para a aplicação real do princípio do direito ao silêncio foi a possibilidade do acusado ser assistido por advogado em seu processo. Com a crescente participação do advogado no processo acusatório a estrutura deste modificou-se de forma significativa, o acusador, antes agente de influência direta na pessoa do acusado, não se confrontaria mais diretamente com o mesmo, mas sim com a figura do advogado. Isso possibilita de forma real e efetiva, uma defesa em que o acusado não tem que se tornar um meio de obtenção de provas.

Tal direito tornou-se garantia por lei na Grã-Bretanha em 1836 (*Act of enabling persons indicted of Felony to make their defence by Counsel or Attorney*), isso permitiu a real utilização do princípio do Direito ao Silêncio, uma vez que o acusado podia simplesmente manter-se calado, durante todo o processo porque outro falaria e defenderia por ele.

De fato estabelecido o direito, agora o que entrava em debate era a amplitude e abrangência do mesmo, seu conceito de apenas permanecer calado ou ter o direito de prestar declaração falsa em processo foi sendo alargado na medida em que foi crescendo e estabelecido o conceito de *Fair Trial* ao redor do mundo.

O processo equitativo, ou *Fair Trial*, garante ao argüido o efetivo exercício de sua defesa perante a ameaça persecutória do Estado. Estabelecido formalmente no Artigo 6º da Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais ele traz como corolários no âmbito do processo penal o direito à assistência de um advogado, examinação de provas, arrolamento e interrogatório de testemunhas, o direito a ser julgado por juiz imparcial, de não ser obrigado a cooperar na sua incriminação, direito de manter-se calado no processo, direito da presunção de inocência, entre outros.² Diante da análise do referido artigo veremos que a intenção Corte Européia de Direitos Humanos foi claramente dar a maior abrangência possível ao princípio na redação do artigo:

Artigo 6º

Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida

² Ramos, Vânia Costa: *Corpus Juris 2000 – Imposição ao argüido de entrega de documentos para prova e Nemo tenetur se ipsum accusare*. Lisboa, Portugal. Revista do Ministério Público 108, 2006, p. 141.

privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;

b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;

c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;

d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;

e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

Estabelecida a normativa, o conceito de Direito ao Silêncio foi tomando forma e se ampliando da forma que temos hoje um entendimento muito mais abrangente que o concebido inicialmente, muito disso devido ao estabelecimento do processo equitativo como padrão de proteção aos direitos do acusado.

Essa nova e maior abrangência do direito ao silêncio é estabelecida no sentido de que é reconhecido amplamente que aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito de permanecer em silêncio, de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e ainda 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.

Assim, direito do acusado não se restringe de forma alguma apenas a se reservar a possibilidade de manter-se em silêncio, toda e qualquer prova que dependa da

colaboração do acusado para ser produzida esta abarcada pelo direito e não pode, dessa forma, ser alvo de qualquer tipo de coação para sua produção.

Outra percepção da delimitação do princípio aqui abarcado diz respeito a sua aplicabilidade nas diversas áreas do direito, sendo utilizado de forma muito mais recorrente na esfera penal, é, como será demonstrado a seguir, entendimento pacífico da doutrina que o direito ao silêncio não pode ser restrito somente ao indiciado ou ao processado criminalmente, o entendimento é no sentido de que não há distinção entre o momento de incidência do princípio, podendo ele operar-se no âmbito processual ou extraprocessual, criminal ou não criminal, visto que no ultimo caso esse direito resguarda uma eventual incriminação com base em prova obtida em procedimento não criminal.³

Nesse âmbito podemos auferir que incide o direito ao silêncio e o princípio da não auto-incriminação sempre que se exigir a colaboração do indivíduo em qualquer procedimento não importando ser este judicial ou não, criminal ou não, isto é, sempre que o Estado instaurar procedimento para apurar determinado fato que pode trazer algum *jus puniendi* ao individuo deve recair sobre o procedimento o princípio do Direito ao Silêncio.

No âmbito internacional, após inúmeros casos de grande repercussão, o entendimento foi sedimentado nesse sentido que preza pela total aplicabilidade e abrangência da garantia.

No direito pátrio, o direito ao silêncio foi totalmente recebido pela legislação e doutrina, isso se corrobora com o fato de que tal princípio estar legitimado no Artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, como se pode observar com a transcrição do referido artigo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

³ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 418-419.

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Por ter sido normatizado como garantia individual e sendo considerado um direito fundamental pétreo, esse se distingue entre os demais direitos positivados em razão de sua plena concretização e acaba por adquirir varias características inerentes a essa qualidade de garantia para que possam cumprir suas finalidades sem qualquer óbice, dessa forma o direito ao silêncio acaba por possuir inalienabilidade; imprescritibilidade; irrenunciabilidade; inviolabilidade; universalidade; efetividade; interdependência e complementariedade.⁴

Os direitos fundamentais dispensam a produção legislativa infraconstitucional para sua implementação e por sua vez não estão sujeitos a um só ordenamento legislativo, podendo e devendo ser aplicado em todo e qualquer utilização da normativa, seja ela constitucional ou infraconstitucional.⁵

Reafirmando a tese da abrangência do direito, cabe ressaltar alguns breves comentários sobre a chegada e incidência de tal princípio no ordenamento brasileiro.

Lendo o artigo supracitado em que o princípio aqui analisado foi normatizado, podemos atentar o fato da redação somente assegurar o direito ao preso de permanecer calado. Uma interpretação meramente gramatical do referido artigo poderia nos levar a crer que somente ao acusado acautelado seria garantido tal direito, ou seja, o acusado livre não faria jus ao Direito ao Silêncio. Essa interpretação equivocada foi completamente superada pela doutrina atual, como teremos a oportunidade de comprovar a seguir.

⁴ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos fundamentais : teoria geral. 5º Ed. São Paulo: Atlas 2003. P 41.

⁵ CANOTILHO, JJ Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 379.

Em 1992, foram convalidados no Brasil, através dos Decretos nº 592 de 6 de julho e nº 676 de 6 de novembro, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica. Tais tratados internacionais, agora internalizados pelos decretos citados, traziam a seguinte redação: *“Toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem declarar-se culpada”*. Não restringindo de forma alguma o direito apenas ao acusado prezo.

Apesar da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de alguns doutrinadores já terem decidido pelo entendimento que os tratados e convenções que venham a ser incorporados pela normativa pátria tenham hierarquia de lei ordinária⁶.

Temos forte corrente doutrinária no entendimento de que em se tratando de tratados e convenções que versem sobre direitos fundamentais e direitos humanos, tais normativas internacionais quando internalizadas pela normativa pátria, teriam a hierarquia de norma constitucional. Filiados a essa corrente temos doutrinadores renomados como José Afonso da Silva, Hidelbrando Accioly, Haroldo Valladão, Celso D. Albuquerque Mello, entre outros nomes.

Corroborando a tese dos doutrinadores supracitados, temos o ensinamento do autor Antonio Trindade que leciona o seguinte:

*"A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação do Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção dos direitos humanos em que o Brasil é parte os direitos neles garantidos passam, consoante o artigo 5º parágrafos 1º e 2º e 5º da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno".*⁷

⁶ RTJ 83/809; 82/530 e 121/270

⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Proteção internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1991, PP. 631-632.

Diante o exposto, a corrente do entendimento que os tratados e convenções internacionais internalizados pela normativa nacional têm sim força de norma constitucional de direito fundamental parece ser a mais correta e coerente como os ideais de liberdade de regem nossa constituição.

Chegamos à conclusão que o acusado estando acautelado ou não, mesmo que o dispositivo constitucional trate de forma exclusiva do vocábulo “preso”, tem direito a permanecer calado e não produzir provas contra si próprio.

Sem prejuízo a doutrina apresentada, em nada perece o Direito ao Silêncio se tendermos ao entendimento que tais tratados internalizados tenham força de lei ordinária, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou em inúmeros julgados que o acusado não precisa estar acautelado para que faça jus ao Direito ao Silêncio. E ainda que o direito aqui ventilado não esteja somente embasado no artigo constitucional, mas sim em inúmeros outros princípios já consagrados pela doutrina e jurisprudência como o já analisado *fair Trial* ou devido processo legal, direito a ampla defesa e direito a inviolabilidade pessoal ou material e uso de provas oriundas de métodos ilícitos.

Já plenamente consolidado em âmbito Constitucional, o Direito ao Silêncio também foi incluído no Código de Processo Penal em seu artigo 186, in verbis:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Tal artigo sofreu importante modificação pela Lei 10.792 de 1º de Dezembro de 2003, antes de a referida lei entrar em vigor e modificar o artigo o Processo Penal admitia, pelo menos teoricamente, que o silêncio do acusado pudesse ser imputado em desfavor do réu podendo causar-lhe algum prejuízo no processo, isso acontecia porque o referido artigo foi colocado justamente no capítulo destinado as provas, abrindo caminho para tal entendimento.

Contudo a doutrina já havia afastado tal entendimento por acreditar que a defesa e a acusação não podem interferir no interrogatório do acusado, considerando o mesmo unicamente como meio de defesa e que se o juiz tirar alguma inferência em desfavor do acusado por seu eventual silêncio estaria dessa forma neutralizando sua defesa, cerceando-a de forma inadmissível pelo direito. Entendimento esse compartilhado em inúmeros outros países, como por exemplo, no direito alemão em que, da mesma forma, o interrogatório do réu somente é considerado meio de defesa e não um meio de produção de provas.⁸

Não bastasse a idéia de que a declaração do acusado não pode ser interpretada como meio de provas, somente sendo admitida como meio de defesa, a doutrina nacional ainda foi além no intuito de garantir a plena possibilidade de defesa do réu e garantia máxima do direito ao silêncio, recebendo do direito internacional inclusive a idéia de que, por não existir a possibilidade dessa declaração ser prestada sob juramento, o acusado tem o pleno direito de mentir e omitir fatos e dados em sua declaração em respeito ao princípio da não auto-incriminação, sem que isso possa ser usado em seu prejuízo.

Nesse sentido, acompanhando a corrente de Tourinho Filho, já se manifestou a conceituada doutrinadora Ada Pellegrini Grinover, em que leciona o seguinte entendimento sobre o tema:

"O réu, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem. Pode calar-se ou até mesmo mentir. Ainda que se quisesse ver no interrogatório um meio de prova, só seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade dada ao acusado de não responder. A autoridade judiciária não pode dispor do réu como meio de prova, diversamente do que ocorre com as testemunhas; deve respeitar sua liberdade, no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se, e ainda advertindo-o da faculdade de não responder". (...) "o único arbítrio há de ser sua consciência, cuja liberdade há de ser garantida em um dos momentos mais dramáticos para a vida de um homem e mais delicado para a tutela de sua dignidade".⁹

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1992, PP 391-393, Vol II.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo em sua Unidade. São Paulo: saraiva. 1984, p. 111.

A presente explanação serviu de base para expormos a idéia de que o Direito ao Silêncio foi sendo desenvolvido e chegou ao Brasil com sua eficácia e abrangência plena, certo é que a sociedade se vale do princípio de forma mais freqüente, quanto são submetidas a processo da esfera penal, mas, como já visto, trata-se de preceito fundamental, não se restringindo de forma alguma somente a persecução penal.

Da mesma forma que o Direito ao Silêncio não se restringe a esfera penal, o mesmo também de forma alguma se restringe ao silêncio, podendo o acusado se recusar a prestar qualquer informação, seja ela verbal, material, documental, ou qualquer outro meio de prova que se possa extrair mediante submissão do acusado ao ente coercitivo do Estado. Podendo inclusive prestar informação ou depoimento falso, caso não opte por silenciar-se.

CAPÍTULO II – EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS DE CONEXÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO NO DIREITO ADMINISTRATIVO.

Uma vez já estabelecidas a amplitude do Direito ao Silêncio, passaremos a analisar sua incidência e aplicabilidade no Direito Administrativo e seu respectivo poder de polícia. Para operarmos tal análise estudaremos dois casos paradigma que formaram precedentes globais. Todos os casos foram julgados pela Corte Européia de Direitos Humanos, são eles o caso Funke contra a França e Saunders contra do Reino Unido.

No caso Funke contra França, Jean-Gustave Funke, um residente de Lingolsheim, França, foi visitado no dia 14 de janeiro de 1980 por três oficiais aduaneiros e um oficial de polícia. Os mesmos estavam investigando um caso de evasão fiscal de impostos e após interrogá-lo, revistaram sua residência por cinco horas e meia e por fim foram apreendidos um número de documentos financeiros, uma nota fiscal de reparos de carro e duas câmeras fotográficas.

As apreensões realizadas não levaram os fiscais a descobrirem a causa de sua investigação que seria a possível quebra de lei regulamentadora de negociações financeiras com países estrangeiros. Contudo, tais apreensões levaram os oficiais a demandarem a apresentação de outros documentos por Funke. Foram requisitados

documentos e demonstrações financeiras de contas específicas e documentos relativos a compra de uma casa em Schonach por Funke. O acusado, inicialmente, se prontificou a entregar tais documentos, mas depois de pouco tempo recusou-se a fazê-lo.

Em Abril de 1982, autoridades aduaneiras peticionaram a Corte de Strasbourg por um arresto nas propriedades de Funke no valor de 100.220,00 FRF (cem mil duzentos e vinte e dois Francos Franceses). Sendo que tal sanção seria destinada em parte ao confisco de fundos não declarados e em parte para o pagamento de multas por não observação do Código Alfandegário. A corte de Strasbourg concedeu a ordem cinco dias depois.

Em maio do mesmo ano Funke foi notificado pela corte de que as autoridades aduaneiras protestaram por uma multa diária e um mandado de prisão em desfavor de Funke por que o mesmo não aceitou cooperar com a investigação sem uma razão válida. Em setembro do mesmo ano a corte impôs uma multa no valor de 1.200,00 FRF (Mil e Duzentos Francos Franceses) em desfavor do acusado e ainda ordenou que o mesmo entregasse os documentos bancários solicitados sob pena de uma multa diária no valor de 20 FRF (astreinte).

Funke apelou da decisão com base na Corte Européia de Direitos Humanos e na Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais em seus artigos 6º e 8º, contudo, os argumentos de sua apelação foram rechaçados, e a mesma não prosperou na Corte de Apelação de Colmar devido ao argumento de que uma autoridade pública pode interferir em direitos individuais “*desde que a interferência esteja de acordo com a lei...seja necessária em...interesses do bem-estar econômico do país ou para a prevenção de desordem ou crime.*” Não bastasse, a corte de apelação aumentou a multa diária por não cumprimento para 50 FRF (Cinquenta Francos Franceses). Funke apelou novamente desta vez para a Divisão Criminal da Corte de Cassação que se limitou a seguir o entendimento da Corte de Apelação e denegar seu pleito.

Em fevereiro de 1984 Funke acionou a Corte Européia de Direitos Humanos alegando que sua convicção em se recusar a colaborar com a produção de documentos estava de acordo com o princípio do *Fair Trial*, conhecido também como Direito ao Processo Equitativo como já visto. A demanda inicial das autoridades aduaneiras se mostraram violadoras do direito de não produção de provas contra si próprio e as

demandas subseqüentes eram apenas uma forma de compeli-lo a produção dessas provas quando as autoridades poderiam procurar outras maneiras de obter tais documentos. Ainda alegou que seu processo não foi conduzido em tempo razoável, o princípio de presunção de inocência teria sido respeitado e ainda que a primeira revista em sua casa teria sido uma verdadeira afronta ao direito de privacidade.

Nesse meio tempo o acusado se recusou a pagar a multa pecuniária por não cumprimento da ordem e com isso foi ordenada uma penhora valor na em sua conta para garantir o pagamento das multas.

O caso foi aceito na Corte Européia e o entendimento foi de que, em um primeiro momento, a demanda inicial feita pelas autoridades aduaneiras em requisitar documentos e informações e suas penalidades subseqüentes pelo não cumprimento da ordem não eram contrários ao princípio do *Fair Trial*.

Expressaram a opinião de que não ocorreu afronta ao direito ao silêncio por se tratar de um pedido que faz parte de um regime declaratório que consiste em resguardar o indivíduo de uma investigação estrita e sistemática em troca do mesmo aceitar certas incumbências perante o Estado, as penalidades subseqüentes eram apenas uma consequência da recusa em cooperar.

Contudo, a Corte decide que, as autoridades aduaneiras, valendo-se de meras convicções na suposta existência de documentos que seriam usados como prova de incriminação, não poderiam compelir o acusado a revelar tais documentos sem antes, esgotar todas as opções de tentar obter-los por outros meios. Apesar das leis aduaneiras permitirem tais ações das autoridades, as mesmas estariam claramente infringindo o direito do individuo permanecer em silêncio e de não contribuir para sua auto-incriminação.

Assim se pode entender mediante a leitura de parte do acórdão que trouxe a decisão em favor do acusado:

“O tribunal constata que as autoridades alfandegárias provocaram a condenação do senhor Funke a fim de obter certos documentos que supunham existir, embora não estivessem certas de fato. Sendo incapazes ou não querendo obtê-los por outro meio, tentaram compelir o recorrente a produzir ele próprio a prova das infrações que teria alegadamente cometido. As particularidades do direito aduaneiro

(ver parágrafos 30-31) não podem justificar tal violação do direito de todo o “acusado de uma infração criminal”, no sentido autônomo desta expressão no artigo 6º, guardar silêncio e não contribuir para se incriminar a si próprio”¹⁰

Ademais a Corte também julgou que o governo Frances desrespeitou o direito de privacidade de vida, lar e correspondência do acusado.

Com isso a Corte garantiu a Funke a quantia de 50.000 FRF (Cinquenta mil Francos Franceses) a título de danos morais sofridos e 70.000FRF (Setenta mil Francos Franceses) por seus sustos legais.

O caso aqui descrito retrata importante avanço na jurisprudência mundial a respeito do Direito ao Silêncio fora do âmbito penal.

Os tribunais franceses pretendiam, através da aplicação de medidas de coação no âmbito administrativo, obrigar o senhor Funke a apresentar documentos que eventualmente comprovariam infrações de natureza penal.

A Corte Européia deixou claro que, inerente à exigência de um processo equitativo (*fair Trial*) e a garantia de presunção de inocência, está em evidência um conceito muito mais amplo que o mero direito ao silêncio. O direito ao silêncio no caso concreto não está limitado a provas de caráter testemunhal ou pessoal, mas, abrangem inúmeros outros tipos de provas sejam elas documentais ou reais. Transfere o ônus da prova para o acusador, fazendo que ele próprio tenha a incumbência de produzir sua evidências comprobatórias sem que o acusado seja usado como fonte. Dessa forma, assegura que o individuo não pode ser compelido, através de coação física, psicológica ou mesmo financeira a produzir tais provas que venham a incriminá-lo.

Outro caso que ilustra de forma clara o entendimento é o caso Saunders contra Reino Unido que passamos a descrever.

Saunders foi indiciado e condenado em doze das quinze acusações que foram imputadas a respeito de conspiração, falsa contabilidade e roubo, relativos a uma oferta pública de aquisição que ocorrera em 1986. Durante a investigação de tais acusações a policia se valeu do Ato das Companhias de 1985, que transforma em ofensa a recusa de resposta a questões colocadas por inspetores indicados pelo Ministério de Comércio e

¹⁰ Acórdão Funke, parágrafo 44. (Tradução e grifo nosso), em <http://www.echr.coe.int/echr>.

Indústria Britânica e que institui que tais repostas serão admissíveis em juízo, para obter provas incriminatórias a respeito de Saunders. Dessa forma, o acusado tinha apenas a opção de ou se auto-incriminar ou ser punido, com penas pecuniárias ou mesmo restritivas de liberdade que atingiam o prazo de dois anos, pela corte pela ofensa de não resposta da mesma maneira de que como estivesse sendo considerado culpado de não obedecer as leis da corte.

Saunders escolheu por responder as questões feitas pelos inspetores durante nove entrevistas de Fevereiro até Março de 1987 e suas respostas foram apresentadas ao juízo durante seu julgamento em 1990. A legalidade de suas afirmações obtidas sob compulsão e apresentadas em juízo, foram contestadas em duas ocasiões com base nos artigos 76 e 78 do Ato de Polícia e Evidência Criminal de 1984 que tratam sob confissão e exclusão de prova ilegal respectivamente e nas duas ocasiões a corte manteve o entendimento sobre a legalidade da prova, terminando o julgamento com a condenação do acusado com base nas provas obtidas em suas respostas.

A apelação do caso foi rejeitada pela Corte de Apelação em 1991 com base na legalidade das entrevistas realizadas e que a possibilidade de utilizar as afirmações do acusado como objeto de provas poderia sobrepor o privilégio da vedação a auto-incriminação.

Da mesma forma com o ocorrido no caso Funke, Saunders apelou para a Corte Europeia de Direitos Humanos e a mesma entendeu haver um ferimento ao artigo 6º na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

A corte Europeia rejeitou o argumento do governo britânico de que a complexidade de fraudes de grande porte e o interesse público no caso justificava a compulsão imposta ao acusado para prestar esclarecimentos. Nas palavras da corte temos que *“O interesse público não pode ser evocado para justificar o uso de declarações obtidas por meio compulsório obtidas numa investigação não judicial para incriminar o acusado durante o trâmite processual”* e que *“o direito de não contribuir para a sua própria incriminação, em especial, pressupõe que, em matéria penal, a acusação deve procurar a sua argumentação sem recorrer a elementos de prova obtidos mediante medidas coercitivas ou opressivas, desrespeitando a vontade*

do argüido. Nesse sentido, este direito está intimamente ligado ao princípio da presunção de inocência consagrado no art 6º da Convenção”¹¹

Com esse entendimento Saunders acabou por receber £75.000,00 (Setenta e cinco mil libras esterlinas). Contudo, o Tribunal ainda adentra em uma delimitação negativa do direito. A fim de temperar o debate, o acórdão da corte também salientou que *“esse mesmo direito (não auto-incriminação) não abrange a utilização num processo penal de dados que podem ser obtidos do acusado mediante o recurso a poderes coercitivos, mas que existem independentemente da sua vontade, por exemplo os documentos apreendidos mediante um mandado, as recolhas de hálito, de sangue e de urina, assim como de tecidos corporais tendo em vista uma análise de DNA .”¹²* De forma relativa a esta restrição ao direito ao silêncio e do princípio contra a auto-incriminação existem dois votos vencidos no acórdão que levantam questão interessante: Por que razão um suspeito haveria de ter o direito de não ser objeto de pressões para fazer declarações que o incriminem, mas já poderia ser forçado a cooperar no fornecimento de dados que o incriminem?

Rapidamente nos remetendo ao primeiro caso analisado, vimos que pelo entendimento da Corte Européia no caso Funke, sem prejuízo aos princípios da não auto-incriminação e do Direito ao Silêncio, as autoridades devem conseguir provas que corroborem suas alegações no processo persecutório por seus próprios meios, sendo que antes mesmo de levantarmos a questão supra suscitada, é dever do acusador conseguir as provas sem interferir na vontade do acusado, podendo e devendo sempre que possível obter as evidencias por seus próprios meios. Dessa forma, nas palavras da citação do acórdão, se tais provas podem ser obtidas independentemente da vontade do acusado, por que forçá-lo a produzir provas contra si próprio? Ou, utilizando um exemplo do próprio acórdão no que tange recolhas de hálito, sangue ou tecidos corporais, seria muito mais coerente com o direito ao silêncio esperar que um fio de caia do que arrancá-lo do acusado para obtenção de provas. Dessa forma estaríamos preservando o direito ao silêncio e ainda obtendo provas necessárias a instrução criminal.

Com o exposto inicialmente e agora com a análise desses dois casos, podemos ter clara visão de como o Direito ao Silêncio se encontra delimitado no cenário mundial,

¹¹ Acórdão Saunders, parágrafo 68 (Tradução nossa), em <http://www.echr.coe.int/echr>.

¹² Acórdão Saunders, parágrafo 69 (Tradução nossa), em <http://www.echr.coe.int/echr>.

mais especificamente, quais suas influências nas outras áreas do direito e principalmente o direito administrativo.

Nos dois acórdãos tem-se a impressão que o processo administrativo é utilizado somente para a obtenção de provas a fim de instruir eventual persecução penal caso alguma evidência seja descoberta e acaba por servir como uma tentativa de contornar o preceito fundamental do direito ao silêncio.

A utilização e principalmente a validade das provas obtidas por esse método no processo penal é o que se contesta

Se os tribunais protestam pela incidência do direito ao silêncio em todas as formas, e plausível que uma vez obtidas evidências incriminatórias por métodos coercitivos, as mesmas devam ser descartadas como prova ilegal.

Uma vez estabelecido uma amostra dos entendimentos sobre o tema no cenário internacional, passamos a seguir a demonstrar como tal fenômeno esta inserido no cenário nacional e como os tribunais estão lidando com os casos. Iremos analisar dois exemplos em que sanções administrativas são utilizadas como meio de coação, ferindo o direito ao silêncio, a fim de obtenção de provas para posterior incriminação do acusado.

PARTE II – PROBLEMAS CONCRETOS NO DIREITO

CAPITULO I – NOVA LEI DE TRÂNSITO E DIREITO AO SILÊNCIO.

Muito já se debateu e até hoje se debate sobre a constitucionalidade da presente lei, certo é que até hoje ela vem sendo utilizada, sendo posta em prática cada vez com mais força.

No dia 19 de junho de 2008, foi promulgada a Lei nº. 11.705, denominada por alguns de “Lei Seca”, com o objetivo de reduzir o índice de mortalidade decorrente de acidentes de trânsito causados por motoristas embriagados, como amplamente divulgado a época. Ainda hoje a lei vem sendo aplicada de forma ampla e ainda com bons resultados, reduzindo de fato a taxa de acidentes e mortalidade no trânsito. Não

obstante a boa intenção da nova legislação, a mesma trouxe inovações que impactam diretamente com as garantias fundamentais promulgadas por nossa Carta Magna de 1988. Uma dessas inovações lida diretamente com nosso objeto de estudo, já estabelecendo terreno para debate a cerca da constitucionalidade da modificação.

Deixo claro desde já que não sou contra a lei aqui discutida, muito pelo contrário, a nova lei tem reduzido no número de acidentes de trânsito e conta com o meu apoio e de toda a sociedade. O que se questiona na lei é a forma como ela esta sendo posta em prática. Como veremos a seguir, a modificação trazida por ela no Código de Trânsito Brasileiro, veio a trazer verdadeiro retrocesso em matéria de garantias individuais.

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº. 9.503/97) sofreu alteração nos seus artigos 10, 165, 276, 277, 291, 296, 302 e 306; ou seja, tanto na parte administrativa quanto na penal, sendo que a principal modificação, de cunho administrativo, veio estampada no artigo 165, na qual a redação original exigia a concentração mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue para a imposição de penalidade administrativa.

Agora, prevalece a tolerância zero: permite-se a aplicação das penalidades de multa, suspensão do direito de dirigir e retenção do veículo independentemente da quantidade de álcool encontrada no sangue do motorista, conforme dispõe o novo artigo 276, do Código de Trânsito Brasileiro:

“Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código”.

Dispõe o art. 165 da Lei 11.705/08:

“Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração – gravíssima;

Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida Administrativa – retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação”.

Já em relação à parte penal, a nova disposição trazida pela Lei para o artigo 306, passou a vigorar com o seguinte conteúdo:

“Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:
Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.”

Com base no texto legislativo podemos observar que se introduziu, no tipo penal do art. 306, a discriminação do percentual de álcool no pulmão/sangue do condutor do veículo para que seja penal e administrativamente punido.

Desta forma, comete crime aquele que conduzir veículo automotor e estiver com índice de três décimos de miligrama de álcool por litro de ar expelido dos pulmões ou seis decigramas de álcool no sangue, os quais têm como meio de medição o exame de sangue, o bafômetro ou etilômetro e o exame clínico.

Ocorre que, em conformidade com a nossa Carta Magna, com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, todos ratificados no Brasil como já visto, o condutor do veículo não pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, podendo abster-se de produzir qualquer ato ou declaração sem que por causa ou em razão disso seja punido de qualquer forma, sendo seu direito constitucional o de recusar-se a realizar qualquer dos dois métodos de medição de teor alcoólico quando parado em diligência policial.

Assim, as recusas em se submeter ao bafômetro e ao exame de sangue, estão em completa sintonia com o direito ao silêncio e princípio da não auto incriminação, sendo que, em tese, não podem acarretar ao motorista nenhuma sanção, seja administrativa ou penal.

Outro método admitido e utilizado pelas autoridades seria o teste de observação tipificado no artigo 277, parágrafo 2º do Código de Transito Nacional, que consiste em visualização e análise do condutor para constatar a presença de sinais que indiquem o consumo de bebida alcoólica, tais como excitação, falta de equilíbrio ou torpor. Saliente-se que tal método de avaliação, a principio, não iria de encontro ao Direito ao Silêncio, uma vez que a constatação seria meramente visual não dependendo de forma alguma do condutor.

Ocorre que, para se atestar a concentração de seis decigramas de álcool no sangue, previstas na nova lei de tolerância zero, só aproveita-se mesmo o etilômetro ou o exame de sangue, que por sua vez, dependem da cooperação do motorista, sendo o mesmo obrigado a produzir amostras de hálito ou sangue. Os testes visuais não são suficientes para atender às exigências da nova legislação, uma vez que as pessoas reagem de forma diferente ao consumo de álcool e algumas podem não apresentar os sintomas de quem ingeriu substancia alcoólica.

Assim temos que, ao se confrontar com a aplicação legislativa no caso concreto, o policial ou agente de trânsito que ao parar o motorista em diligência e suspeitar do estado etílico do mesmo, tem como orientação a interpretação conjunta dos arts. 165, 276 e 277, nos seguintes termos:

- 1) Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor à multa de R\$ 955,00, (novecentos e cinquenta e cinco reais), suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses e retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado, além do recolhimento do documento de habilitação e até prisão em flagrante;
- 2) A infração de dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor;
- 3) Serão aplicadas as mesmas penalidades e medidas administrativas para o condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos testes de alcoolemia.

Além disso, o condutor do veículo será conduzido à Delegacia para a instauração de Inquérito Policial com base nas provas produzidas de modo coercitivo na diligência, porque, em tese, cometeu o crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito, e encaminhado para exame clínico a fim de que se prove a ingestão de álcool.

Dessa forma, a luz da doutrina sobre o tema e dos casos internacionais aqui analisados temos que qualquer medida ou penalidade administrativa imposta ao condutor ou mesmo um inquérito instaurado a partir da recusa na realização do teste do bafômetro se tratar de verdadeira afronta aos princípios do direito ao silêncio e vedação a auto-incriminação.

Em todos os casos analisados, temos que as leis e métodos que são impostos aos suspeitos têm o condão de resguardar a sociedade e o Estado de condutas lesivas do cidadão. Contudo, os meios para se alcançar estas finalidades não podem ultrapassar limites da razoabilidade, sobrepujando garantias básicas individuais do Estado Democrático de Direito. Se por um lado temos a diminuição do número de acidentes de trânsito com essa modificação no CTB, pelo outro estamos ferindo de forma grosseira direitos fundamentais que baseiam nossa democracia.

Tal posicionamento de que matéria administrativa é recepcionada pelo referido princípio constitucional não é isolado como já explicitado e vem ganhando terreno quanto a sua aplicabilidade plena como aqui observado, no Brasil encontramos um eco

em juristas de renome, como o festejado doutrinador Miguel Reale Junior, que define em matéria publicada no Jornal Valor Econômico, no sentido de que mesmo em procedimento administrativo tem-se o direito a não cooperar na própria incriminação.

Nas palavras dos doutrinadores Andre Luiz Callegari e Fabio Motta Lopes¹³ temos que:

Assim, estará protegido pelo direito ao silêncio desde o momento da abordagem policial, ainda que não haja “a imputação formal de um delito”, pois a prova colhida na polícia pode levar à imputação judicial, restando feridos os princípios constitucionais da ampla defesa, que abrange a autodefesa negativa, e da presunção de inocência caso se obrigue o motorista a submeter-se, sob coação, aos testes de alcoolemia. Além do mais, como não esta obrigado a produzir prova contra si mesmo, deve ser avisado sobre tal garantia, deve ser avisado sobre tal direito antes de ser submetido aos testes de alcoolemia. Inobservada tal garantia, deverá o resultado do bafômetro, tão somente pelo fato de não assegurar ao motorista o direito de informação, ser considerado como prova ilícita (Art. 5º, LVI, da CRFB\1988, e art. 157, caput e parágrafos do CPP.)

Completando e corroborando nossa posição no presente estudo, trazemos os ensinamentos de Antonio Magalhães Gomes¹⁴, que diz:

“... o direito a não incriminação constitui barreira intransponível ao direito às provas de acusação, sua denegação sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional”

Com isso temos o entendimento que o uso do bafômetro como método de produção de prova de delito constante do Código de Trânsito Brasileiro ou que qualquer penalidade advinda da recusa a submissão ao mesmo pelo condutor é considerada uma violação do direito ao silêncio.

¹³ Callegari, André Luiz. Lopes, Fabio Motta. A imprestabilidade do bafômetro como prova no processo penal. Em [HTTP://www.callegariadvogados.com.br/download.php?id=11](http://www.callegariadvogados.com.br/download.php?id=11).

¹⁴ Gomes, Antonio Magalhães. Constituição Interpretada de Alexandre Morais. Editora Atlas. P 400.

CAPITULO II - CRIMES COM A ORDEM ECONÔMICA E TRIBUTÁRIA E DIREITO AO SILÊNCIO.

O direito ao silêncio em matéria tributária, apesar de muito pouco discutido pela doutrina e jurisprudência pátria, é assunto de grande relevância e interesse prático como poderemos observar.

O tema que pretendemos abordar gira em torno da dicotomia entre o dever de colaboração do contribuinte para com o Estado quando requisitado pelas autoridades e o direito ao silêncio para não produção de provas contra si.

O Estado no exercício da sua competência tributária não é absoluto e ilimitado, deve respeitar as restrições que lhes são impostas pelo ordenamento jurídico-constitucional e pelos princípios básicos do Estado Democrático de Direito, pautando-se ainda na moral e na ética.

Tal dicotomia pode ser constatada tendo em vista que o descumprimento de uma obrigação tributária principal tal como a apresentação de livros contábeis, além de acarretar sanções de caráter pecuniário, pode desencadear conseqüências na esfera penal com mediadas de cerceamento de liberdade. Veremos que é igualmente indispensável que seja assegurado à relação jurídico-tributária todos os direitos e garantias fundamentais assegurados aos acusados de crimes em geral, dentre eles o direito ao silêncio.

Em matéria tributária, campo em que, assim como no direito penal se pode aplicar a restrição da propriedade e da liberdade dos indivíduos, vige o Princípio da Legalidade, Tipicidade Regrada, Princípio da Reserva Legal ou Princípio da Estrita Legalidade, segundo o qual não há tributo sem lei anterior e prévia que o defina.

Dessa forma se a atividade administrativa do Estado no exercício da sua competência tributante rege-se pelo Princípio da Legalidade, da mesma forma que acontece com o direito penal em relação aos ilícitos criminais, a ele cabe o dever de através dos seus agentes fiscais demonstrar a efetiva realização do fato típico gerador

tributário pelo contribuinte de acordo com o artigo 142 do Código Tributário Nacional, tudo com observância aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Como visto no caso Funke, o ônus da prova no caso é da acusação não havendo o que se falar em inversão do ônus da prova, não se pode impor ao contribuinte a prova da não ocorrência do fato típico tributário, sob pena de violação a direitos e garantias fundamentais consagrados em sede constitucional, entre eles o direito ao silêncio, como importantes limitações a arbitrariedade e ao exercício do poder de tributar.

Contudo, se já se tem pacificado o entendimento que a incumbência de produção de provas é do Estado, o contribuinte, como tipificado no artigo 195 do CTN, também tem o dever de colaborar com as autoridades tributárias na busca da verdade no que diz respeito a eventual ocorrência de fato gerador de obrigação tributária.

Dessa forma, adentramos na lei 8.137/90 que prevê penalidades severas para o contribuinte que se recusa a prestar informações para o Estado a respeito de obrigações tributárias:

"Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornece-la em desacordo com a legislação.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A **falta de atendimento da exigência da autoridade**, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, **caracteriza a infração** prevista no inciso V."

"Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa."

Vale ressaltar que o artigo 83 da Lei 9.430/96 estabelece que, na ocorrência de tipificação de qualquer artigo supracitado a autoridade fiscal deve encaminhar o processo administrativo-fiscal ao Ministério Público e após proferida decisão sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente o Ministério Público, poderá oferecer denúncia contra o contribuinte, embasando-se tão-somente em tal procedimento administrativo, no qual o contribuinte fora obrigado a prestar esclarecimento e serve como único meio de prova.

Apesar da existência de normas explícitas obrigando o contribuinte a prestar informações às autoridades fiscais, tais dispositivos legais exigem uma interpretação à luz dos preceitos fundamentais, principalmente aquelas que estabelecem limitações ao poder de tributar do Estado garantem o *fair trial* ao contribuinte.

Desta forma, compreendidas à luz do direito ao silêncio e demais garantias constitucionais, os dispositivos legais supramencionados terão retiradas do seu âmbito de eficácia as hipóteses em que o atendimento às solicitações da autoridade fiscal puder gerar consequências na forma de *jus puniendi* para o sujeito passivo da obrigação tributária ou ainda para aquele indivíduo a quem é dirigida a intimação.

Não bastasse a clara subsunção da normativa tributária aos princípios constitucionais o artigo 145, parágrafo 1º, da CRFB/88, estabelece critérios de restrição sobre a matéria que visam dar maior segurança ao contribuinte, delimitando o poder de fiscalização da administração tributária, fortalecendo os direitos e garantias individuais e impedindo grosseiros atentados à ordem jurídica nacional. Vejamos:

Art. 145.

Parágrafo 1º: "Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a

capacidade econômica do contribuinte, **facultado à administração tributária**, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, **identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte**". (*Grifo nosso*).

Desta forma, tendo em vista que a prerrogativa contra a auto-incriminação, garantia assegurada a qualquer pessoa, que deva prestar esclarecimentos, informações ou qualquer tipo de dado, perante quaisquer órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, não pode prevalecer o dever de colaboração do contribuinte para com o fisco nas hipóteses em que tal dever lhe puder gerar conseqüências punitivas.¹⁵

Não tão somente o Estado não pode exigir qualquer prestação de informação por parte do contribuinte, mas como também não pode puni-lo por prestar informações falsas também nesta hipótese, o dever de colaboração do contribuinte deve ceder ao seu direito fundamental de não produzir provas contra si mesmo.

Com isso temos que o contribuinte que se nega a prestar informações, presta declarações falsas ou nega-se a atender as exigências das autoridades fiscais não estará cometendo o ilícito penal da Lei 8.137/90, porque o que pretende o Estado é apurar a existência de responsabilidade criminal do sujeito passivo.

À summa do que fora exposto acima, concluímos não apenas nesse, mas em todos os casos pela prevalência absoluta do direito fundamental ao silêncio em face do dever de colaboração do contribuinte imposto pela legislação infraconstitucional sempre que esta obrigação lhe possa implicar conseqüências de cunho punitivo.

Os direitos e garantias fundamentais do homem, dentre eles o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF), são invioláveis, cabendo ao Poder Público a garantia da sua plena efetividade. Como limitações ao arbítrio do poder de polícia do Estado, os direitos

¹⁵ STF - HC 79.812-8/SP – Rel. MIn. Celso de Mello – Diário da Justiça, Seção 1, 16 fev. 2001, p. 91.

fundamentais estabelecem condições mínimas a uma existência digna e ao convívio em sociedade, de modo que se permita o desenvolvimento da personalidade humana.

CONCLUSÃO:

Após analisar o conceito de direito ao silêncio, sua evolução e atual delimitação no direito pátrio, chegamos a conclusão de que a presente garantia constitucional abrange e protege qualquer indivíduo que possa vir ser coagido a prestar informações em procedimento que tenha o condão de eventualmente aplicar qualquer sanção punitiva ao acusado.

Com base no exposto na presente monografia, não restam dúvidas a respeito da primazia do direito ao silêncio sobre as demais normativas, fica clara a tendência pela aplicabilidade plena do direito ao silêncio em sua forma mais abrangente em qualquer esfera do direito.

Mesmo que haja normativa explícita autorizando o poder público a aplicar sanções administrativas em caso de recusa de colaboração do acusado, em nenhuma hipótese pode-se deixar os princípios fundamentais serem ignorados ou sobrepujados por normativa infraconstitucional.

Nos casos e normativas analisadas viu-se que apesar do poder público buscar garantir a ordem e prevenir danos ao Estado e ao cidadão ao exercer seu poder de polícia o modo como o faz, acaba por ferir bens basilares garantidores do Estado Democrático de Direito, ao tentar relativizar o direito ao silêncio em razão de defesa de outras políticas o dano causado a democracia e ao próprio cidadão extrapola o eventual benefício que tal conduta poderia vir a alcançar.

Sendo assim, o que se critica não é a tentativa do Estado de garantir sua ordem econômica e tributaria, de evitar fraudes societárias ou mesmo de diminuir o índice de acidentes de trânsito, todas essas iniciativas são salutares, o que se critica é o modo nocivo pelo qual o poder de polícia do Estado é utilizado a fim de alcançar tal objetivo.

BIBLIOGRAFIA:

AMARAL, Thiago Bottino. *Direito do ao silêncio na jurisprudência do STF*. 1. Ed.

Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARANDIER, Antonio Carlos. *As Garantias Fundamentais e a Prova*. 1. Ed.

São Paulo: Lumem Iuris, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 5. Ed.

São Paulo: Saraiva, 2006. (5 Vol.)

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BRITO, Edvaldo, *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. Ed.

São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3. Ed.

São Paulo: Lumem Iuris, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6. ed., Rio de Janeiro; Forense, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. Ed.

São Paulo: Atlas, 2009.

FISCHER, Octavio Campos (coordenador). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: dialética, 2004.

LACOMBRE, Américo Masset. *Princípios Constitucionais Tributários*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

LEITE, George Salomão (organizador). *Dos Princípios Constitucionais. Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2004. v. 2.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. Ed.

Rio de Janeiro: Forense, 2007.