

## **Embriaguez ao volante - o falacioso direito de não produzir prova contra si mesmo**

**Luís Fernando de Moraes Manzano**

Após dar causa a acidente automobilístico, o condutor culposo desce de seu veículo cambaleante. Instado a se submeter ao etilômetro, recusa-se. Na delegacia, perante a autoridade policial, sequer se cogita de lhe colher amostra de sangue para o exame de embriaguez. O direito de não produzir prova contra si ganhou ares de universalidade. Até um bêbado leigo se lembra de invocá-lo quando lhe convém. E a vida das vítimas? Os valores estão invertidos.

O direito de não produzir prova contra si mesmo é uma extrapolação da tradução da expressão *nemo tenetur se detegere* que, literalmente significa que ninguém é obrigado a se descobrir, cuja origem é impossível de se identificar, historicamente associado ao interrogatório do acusado.

Em nenhum lugar no texto da Constituição Federal está escrito que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. O que a Magna Carta prescreve é que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II) e que o preso tem o direito de permanecer calado (artigo 5º, inciso LXIII).

O artigo 277, *caput*, do CTB sujeita o condutor suspeito de embriaguez a se submeter a testes de alcoolemia. O artigo 339 do Código de Processo Civil dispõe que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. Se existisse um direito constitucional de não produzir prova contra si, o artigo 2º-A, parágrafo único, da Lei nº 8.560/92, seria inconstitucional, pois ninguém poderia ser prejudicado em sua defesa no legítimo exercício de um direito constitucional.

Não se está a obrigar alguém forçadamente a se submeter a exame contra a sua vontade. Nada obsta, porém, a que a lei preveja consequências para a recusa. Obviamente que, no processo penal, não se pode presumir a culpa. Mas se impõe convir que a pena prevista para o crime de desobediência torna vantajosa a recusa, e, por outra volta, insistir no "6 decigramas" como elementares do crime definido

no artigo 306 do CTB significa persistir em leda impunidade enquanto vitorioso nos tribunais o falacioso direito.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, não mencionou expressamente o princípio *nemo tenetur se detegere*, que, por outro lado, foi reconhecido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, nos seguintes termos: "**Art. 8º. Garantias judiciais (.) g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada**".

A extensão do *nemo tenetur se detegere* na jurisprudência norte-americana é limitada ao privilégio de não depor contra si; não abarca qualquer direito de não fornecer a fonte de prova para a realização da perícia.

O *leading case* sobre a aplicabilidade do privilégio contra a auto-incriminação no campo da prova científica nos Estados Unidos é o caso *Schmerber v. California*. Enquanto estava internado num hospital em tratamento dos ferimentos sofridos num acidente automobilístico, *Schmerber* foi preso por dirigir embriagado. Por determinação da autoridade policial que presidia o inquérito policial, um perito obteve uma amostra de sangue de *Schmerber*. Embora a defesa tivesse objetado tal procedimento, o sangue foi extraído e submetido a exame de dosagem alcoólica. Perante a Suprema Corte, *Schmerber* alegou que a extração de seu sangue havia violado o privilégio contra a autoincriminação. Ao rejeitar este argumento, a Corte sustentou que o privilégio se aplicava somente ao interrogatório, e não à perícia ou prova real.

Subsequentes julgados da Suprema Corte reafirmaram a distinção, reconhecida em *Schmerber*, entre o privilégio contra a auto-incriminação no interrogatório (prova oral) e na prova real.

Na esteira da jurisprudência que se formou a partir de *Schmerber*, a prova física ou real obtida por meio da maioria das técnicas forenses escapa a discussão sobre a sua ilicitude (por ofensa à V Emenda), salvo quando se trata do interrogatório do acusado. O entendimento esposado no caso *Schmerber* estendeu-se à coleta de material para as perícias grafotécnica, de identificação dactiloscópica, de comparação de voz, urina, de embriaguez, residuográfica, cabelo, entre outras.

Casos mais recentes excluem a aplicação do princípio na obtenção de amostras para exame de DNA.

A problemática da admissibilidade de intervenções corporais no acusado foi disciplinada pelo § 81 da lei processual penal alemã, que prevê que as extrações de sangue e outras ingerências corporais são admitidas para a constatação de fatos importantes para o processo, mesmo sem o consentimento do acusado, embora prescreva que as mesmas serão sempre precedidas por médico, desde que não exista nenhum perito à saúde.

Praticamente idêntica é a redação do Código de Processo Penal Tipo para Ibero América (art. 38).

*Fronzizi e Daudet, discorrendo sobre a prova pericial, concluíram que el derecho del individuo a no ser forzado a declarar ni a producir prueba en su contra [...] ampara a una persona como sujeto de la prueba, esto es, como quien, con su relato, incorpora al proceso un conocimiento, cierto o probable, sobre un objeto de prueba. No la ampara, en cambio, cuando es objeto investigado, como cuando, por ejemplo, se extrae una muestra de sangre, o de piel, o se lo somete a un reconocimiento por otra persona, actos para los cuales no es necesario su consentimiento.*

A doutrina espanhola adota a mesma posição: *"La persona de la cual se obtiene una muestra para su posterior analisis no está llevando a cabo una declaración contraria a la presunción de inocencia, pues no está autoincriminándose, ya que en ningún momento se le obliga a que reconozca determinados hechos. Además, el resultado de la prueba tanto puede conducir a la condena como a la absolución del sujeto destinatário de tal actuación, siendo por ello, por esa ´naturaleza neutra`, una simples pericia de resultado incerto. Por consiguiente, parece estar claro que el principio constitucional ´nemo tenetur se detegere` no queda vulnerado con la práctica de estas pruebas de ADN, a través de las cuales se intenta esclarecer lo sucedido así como identificar el autor de los hechos."*

Em suma, o espectro de tutela do direito à prova no campo pericial adquire amplitude maior, pois não apenas legitima a faculdade que assiste à parte e ao juiz de produzir a prova, mas também de exigir da parte contrária que forneça a fonte de

**prova necessária à sua realização, sob pena de ofensa à administração da justiça, sem que se possa invocar, em defesa, um suposto direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo.**