

DO DIREITO AO SILÊNCIO AO DEVER DE SILÊNCIO

Marcos Augusto Ramos Peixoto

Juiz Titular da 37ª Vara Criminal do TJRJ.

(Recebido: 14/05/2018 Aprovado: 18/05/2018 e 13/08/2018)

RESUMO: A partir de um acórdão lavrado pela magistrada Kenarik Boujikian junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo no ano de 2018, desenvolve-se a tese de que a vedação à produção de prova testemunhal prevista no artigo 207 do Código de Processo Penal brasileiro tem como fundamento o direito constitucional ao silêncio dos investigados e acusados.

PALAVRAS-CHAVE: Prova ilícita; Sigilo profissional; Direito ao silêncio.

ABSTRACT: Based on an Opinion delivered by Judge Kenarik Boujikian at the Court of Justice of São Paulo in 2018, follows the conclusion that the prohibition of testimonial evidence produced by legal professional privilege holders provided in article 207 of the Brazilian Criminal Procedure Code is rooted on the Constitutional right to silence granted to the investigated and accused.

KEYWORDS: Exclusionary rule; Legal professional privilege; Right to silence.

INTRODUÇÃO

No dia 08 de março de 2018, a 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria e em conformidade com o voto da desembargadora relatora Kenarik Boujikian, concedeu a ordem nos autos do *Habeas Corpus* nº 2188896-03.2017.8.26.0000 para determinar, em virtude do reconhecimento de ilicitude probatória, o trancamento de ação penal por ausência de justa causa, vencido o segundo julgador que denegava a ordem.

O aresto restou assim ementado:¹

HABEAS CORPUS. Aborto. Trancamento da ação penal. Inconstitucionalidade do tipo penal imputado à paciente, pela não recepção à ordem constitucional de 1988. Posição minoritária da relatora, o que impede encaminhar a tese para julgamento do Órgão Especial do TJSP, competente, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, anotando a súmula vinculante 10 (cláusula de reserva). Normativa constitucional de proteção da dignidade humana e intimidade, além do direito à saúde. Legislação infraconstitucional que dá concreitude à normativa constitucional. Prova ilícita originária e por derivação. Nexo de causalidade entre a prova ilícita e a prova derivada. Médicos e outros profissionais e todos vinculados à informação confidencial têm o dever ético e jurídico de guardar o segredo que têm acesso em razão da relação de confiança estabelecida e ínsita na relação médico-paciente. Reprovável a ação médica que viola o sigilo, sem o permissivo legal. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

(TJSP; Habeas Corpus 2188896-03.2017.8.26.0000; Relator (a): Kenarik Boujikian; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara do Júri; Data do Julgamento: 08/03/2018; Data de Registro: 12/04/2018)

Quanto aos fatos, segue o relato contido no corpo do voto vencedor:

A paciente, de 21 anos, afirmou que tinha ciclo menstrual irregular e passado um tempo, cerca de dois meses após ter mantido uma relação sexual, fez o exame e constatou que estava grávida. Não estava preparada para uma gravidez, estava desempregada e não contou o fato para qualquer pessoa e tampouco para sua

¹ Íntegras do acórdão e do voto vencido disponíveis em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversatio nId=&cdAcordao=11352914&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_a4756836220e4e08b84d859ad5e0ca c1&vICaptcha=hmN&novoVICaptcha=, acesso em 02 de maio de 2018.

mãe, que estava em gestação final, de uma gravidez de risco, e com um filho de dois anos para criar, sendo que a mãe trabalhava e o padrasto passava muito tempo fora da casa.

Não queria levar a gravidez adiante. Foi ganhando tempo para saber o que fazer, pois estava desempregada; tinha medo de contar para sua mãe, pois sofreria represálias e levou em conta a situação que sua mãe passava. Tinha ouvido que era possível o abortamento com o uso do medicamento conhecido como Citotec. Conseguiu informação sobre tal remédio pela internet e comprou o mesmo ao preço de quatrocentos e cinquenta reais, sendo que a compra foi efetuada na Praça da Sé. Provocou o abortamento, sem falar com qualquer pessoa, mediante a ingestão de dois comprimidos de Citotec e introdução de outros dois comprimidos do mesmo medicamento, por via vaginal. Neste dia, depois que sua mãe chegou do trabalho, nada disse para ela e como já estava sentindo dores, achou por bem ir para casa de sua tia, testemunha que foi inquirida na fase policial, onde passou muito mal e sentiu dor abdominal intensa. Foi levada ao hospital pela tia, onde foi atendida.

A tia da paciente asseverou que não sabia da gravidez. A sobrinha esteve em sua casa e começou a sentir fortes dores, razão pela qual a levou ao Pronto Socorro. Soube da gravidez e depois recebeu o documento que disseram que teria que levar para a delegacia.

A instauração do inquérito policial e toda prova produzida teve início em razão do encaminhamento que foi feito no hospital onde a paciente foi atendida, quando ela entregou o documento subscrito pela médica que atendeu sua sobrinha.

A tia da paciente recebeu o documento de fls. 194, com a orientação de que deveria levar o mesmo ao distrito policial, o que foi feito. (grifo no original).

1. A NÃO RECEPÇÃO DA TIPIIFICAÇÃO DO CRIME DE ABORTO

O aresto em questão, corretamente, não desceu até minúcias quanto à não recepção do tipo penal de aborto pela ordem constitucional vigente desde 1988, o que tampouco será objeto central deste artigo eis que focado na questão da prova ilícita – mesmo porque foi este o fundamento principal para a concessão do *Habeas* em comento.

De fato, não dispondo de maioria junto à 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo para levar o tema ao Órgão Especial daquele Tribunal, em observância à cláusula de reserva de plenário e aos termos da Súmula Vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal², limitou-se a desembargadora relatora Kenarik Boujikian a ressaltar seu entendimento pessoal sobre a matéria no sentido da não recepção do tipo incriminador previsto no artigo 124 do Código Penal, imputado à paciente do *Habeas Corpus*, salientando a necessidade de adensamento dos debates a tal respeito dentro do Judiciário, sobretudo após os julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF 54 (aborto de feto anencéfalo) e do HC 124.306, que tramitou perante a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a qual, por maioria, deu interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal, que tipificam o crime de aborto, e declarou a “inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre”.

Citou em seu voto a desembargadora Boujikian, ainda que *en passant* (pela razão acima indicada), a crescente demanda em torno da garantia da saúde da mulher, de seus direitos sexuais e reprodutivos, o direito à não manutenção de gestação indesejada, o direito à integridade física e psíquica da gestante, a autonomia de vontade da mulher quanto a suas escolhas existenciais, o direito à liberdade e igualdade, o número crescente de países

² Súmula Vinculante 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

que descriminalizaram o aborto e decisões das Cortes Internacionais de Direitos Humanos que tratam do direito à vida, tudo sem perder de vista o impacto dessa criminalização sobre as mulheres pobres³, relegando-as ao abortamento inseguro que constitui uma das maiores causas de mortes entre as mulheres gestantes brasileiras.

Vale acrescentar neste ponto – em que pese o quase exaurimento dos temas lembrados por Boujikian, de maior relevância em torno do direito ao aborto dentro de um Estado Democrático de Direito em que se confira plenitude aos direitos humanos e fundamentais da mulher –, ainda que também superficialmente (pelo motivo igualmente acima indicado), que muitos mencionam o direito à vida do feto em oposição ao direito ao aborto, mas se esquecem de alocar um pequeno adjetivo ao lado daquele substantivo: o direito à vida **digna**.

De fato, no que toca ao feto, é necessário lembrar que mesmo a vida não é um direito absoluto (por exemplo: pode ser retirada, em situações extremas, v.g. em legítima defesa ou estado de necessidade, a vida daquele que coloca em risco de forma ilegítima a vida de outrem).

Exigir que terceira pessoa mantenha gravidez indesejada, que potencialmente gerará uma vida não querida seja por razões de ordem psicológica seja por motivos de natureza material, é dar ensejo ao nascimento de crianças que serão, logo em seguida a seus nascimentos, abandonadas material ou imaterialmente, afetivamente, intelectualmente, e que jamais serão atendidas, sustentadas, criadas, educadas por aqueles que defenderam/exigiram seu nascimento – estes, muito provavelmente, pelo contrário, serão os primeiros a virarem o rosto diante da criança abandonada, miserável, pedinte, isto quando não são os mesmos que incoerentemente de um lado lutam contra o aborto enquanto de outro defendem a pena de morte.

3 Sobre a questão, relevantíssimo o levantamento feito pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro ao demonstrar que a maioria das mulheres processadas por aborto nesse Estado é negra e pobre, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/aborto-levantamento.pdf>, acesso em 03 de maio de 2018.

Portanto, o direito ao aborto é, também, em situações extremas (repi-to), uma forma de legítima defesa do feto: a depender das circunstâncias, evita a mãe que o nascituro venha à luz para subsistir de forma indigna, para levar uma vida desumana, cruel, de absoluto abandono e desamparo abaixo da linha da pobreza, sendo o aborto, nestes casos, não só uma opção totalmente legítima da mulher gestante por todos os fatores elencados por Boujikian (cabendo lembrar ainda a ausência de acesso efetivo, pela mulher miserável, a políticas estatais condignas e eficazes de controle de natalidade), como também um ato de amor extremo da mãe – em tudo similar a determinadas situações de eutanásia ou ortotanásia, nas quais presente o mesmo sentimento nobre no momento da morte de outrem a quem se ama – e ninguém duvida da transcendental potência de um amor materno.

2. A PROVA ILÍCITA

Passando ao tema principal, pode-se dizer que a prova ilícita é espécie do gênero nulidades processuais. Controvertida, sem dúvida, a afirmação. Sigo aqui, entretanto, o magistério de Ricardo Jacobsen Gloeckner, cabendo citá-lo:

Nesse momento entra em cena a dinâmica entre a teoria das nulidades e as provas ilícitas. O ato processual inválido trata de todos os atos processuais, atribuindo-se-lhes uma consequência jurídica negativa em caso de desobediência à forma prescrita. Um ato processual nulo poderá corresponder a um ato de comunicação (v.g., a citação), um ato de defesa ou acusação (não abertura de vistas do processo para memoriais), um ato recursal (não concessão de prazo para recorrer) e, inclusive, um ato relativo à produção probatória. Pode-se afirmar que a teoria da prova ilícita se enquadra dentro do gênero nulidade. O efeito do reconhecimento de uma prova como ilícita é a sua imprestabilidade para gerar efeitos. Essa imprestabilidade decorrerá de uma decisão declaratória da nulidade (invalidade) da realização da prova. (GLOECKNER, 2017, p. 167).

Tereza Armenta Deu, em profundo estudo de direito comparado sobre a prova ilícita, salienta a dificuldade para se estabelecer um conceito unívoco sobre o tema, ao menos no plano comparativo entre os diversos ordenamentos constitucionais e legais por ela analisados:

Como se comprovará mais adiante, ao tratar dos tipos de prova ilícita, essa pode ter diferentes causas: ser prova expressa e legalmente proibida; ser irregular ou se tornar defeituosa, imputando-lhe proibição em vista de seu objeto (proibição de prestar testemunho para aqueles que estão obrigados a guardar segredo); utilizar determinados métodos de investigação (torturas, coações ou ameaças); referir-se a determinados meios de prova (testemunho entre parentes, testemunhos de referência); violar direitos fundamentais; ser irregular ou se tornar defeituosa. Também pode produzir-se em diferentes momentos (antes ou no processo); operar em benefício do causador da ilicitude ou de um terceiro, ou, finalmente, consistir em atuações de diferentes sujeitos (acusadores ou acusados).

Essa diversidade de perspectivas, junto às inegáveis conotações sociopolíticas que acompanharam suas diferentes configurações, explica que o conceito de prova ilícita não seja unívoco, servindo para incorporar patologias jurídicas, em ocasiões bastante diversas. A isto contribui, por outro lado, a ausência frequente de um regime legal, ou que esse se encontre diluído em normas específicas e de conteúdo nem sempre equiparável. (DEU, 2014, p. 37).

Em sentido convergente caminha o ensinamento de Michele Taruffo:

Para poderem ser admitidos, os meios de prova relevantes devem ser também juridicamente admissíveis. Isso significa que todo elemento de prova relevante deve ser considerado também sob o prisma dos critérios jurídicos de admissibilidade. Um elemento de prova relevante pode ser descartado por razões jurídicas, isto é, no caso de uma norma jurídica específica

proibir sua admissão. Todos os sistemas processuais incluem normas relativas à admissibilidade da prova, mesmo que em geral reconheça-se que o âmbito da prova liga-se mais à lógica e à epistemologia do que propriamente à regulação jurídica. As normas relativas à admissibilidade da prova variam de acordo com as diferentes concepções acerca da sua natureza e função nos contextos processuais. Podem variar, também, com base nos diferentes enfoques à proteção de valores ou interesses que podem colidir com o princípio fundamental segundo o qual a apresentação de todo elemento de prova relevante deve ser permitida. (TARUFFO, 2014, p. 39).

Dentro do contexto e especificidades do Direito brasileiro – sobretudo sob a ótica acolhida não só neste artigo, mas também no julgado ora comentado – é necessário lembrar desde logo que a vedação à utilização da prova ilícita dispõe de assento constitucional na qualidade de direito fundamental (cláusula pétrea), o que torna inequívoca e incisiva sua proibição desde o constituinte originário, vindo insculpida no inciso LVI da Carta Maior nos seguintes termos: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” – o que nos leva à lição de Antonio Pedro Melchior e Rubens Casara (também lembrados, em passagem diversa, pelo voto da desembargadora Boujikian):

O princípio da inadmissibilidade de utilização de provas ilícitas traduz, acima de tudo, um imperativo da racionalidade.

O Estado, que se apresenta como reserva de razão, não pode agir de forma irracional e/ou ilegal. Enuncia este princípio, previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República, que as provas ilícitas são inadmissíveis, independentemente da sua relevância.

Percebe-se, portanto, que o direito à prova é limitado. A questão probatória encontra-se no ponto de tensão entre o interesse na busca da verdade e o respeito aos direitos fundamentais. A prova ilegal (ou prova vedada) é gênero (Nuvolone) do qual

são espécies a prova ilícita (em sentido estrito), ou seja, a obtida com violação a regras e princípios de direito substancial, e a prova ilegítima, isto é, a obtida com violação a regra ou princípio de direito processual. Diante desse quadro, e, por evidente, a violação de regras ou princípios constitucionais irá gerar a inadmissibilidade processual da prova. (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 345).

Há entendimento convergente da parte de Luiz Francisco Torquato Avolio. Doutrinando antes da reforma processual penal de 2008 e, em específico, anteriormente às modificações inseridas no artigo 157 do Código de Processo Penal pela Lei 11.690/2008, sustentou:

Com relação às provas ilícitas, a Constituição brasileira de 1988, a exemplo das Constituições da Nicarágua (art. 125), da Bolívia (art. 20) e de El Salvador (art. 159), e, posteriormente, de Portugal, explicitou a sua vedação no art. 5.º, inc. LVI, que as considera inadmissíveis no processo. Alcançou-se, assim, pela via constitucional, uma consequência que não se poderia deduzir a partir do sistema processual penal vigente, que sequer ensejaria, como resulta do tópico precedente, a cominação de nulidade absoluta para as provas consideradas inadmissíveis. O mínimo que se poderia afirmar, com Ada Pellegrini Grinover, é que, portanto, o ingresso da prova ilícita no processo, *contra constitutionem*, importa na nulidade absoluta dessas provas, que não podem ser tornadas como fundamento por nenhuma decisão judicial. (AVOLIO, 1999, p. 94).

Pondo em relevo, da mesma forma, o fator de ordem constitucional envolvido na prova ilícita, sobretudo quando violadas (outras) garantias fundamentais do cidadão, Antonio Scarance Fernandes encaminha, outrossim, a questão para o cerne do aresto aqui analisado, i.e., a possibilidade de se originar uma prova ilícita de ato não só de autoridades envolvidas na persecução criminal, mas também de particular; vejamos:

São várias as inviolabilidades postas como garantias na Constituição Federal para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (art. 5.º, XII), inviolabilidade do domicílio (art. 5.º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (art. 5.º, XII). A Carta Magna protege, ainda, o homem contra a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, III), e ampara o preso em sua integridade física e moral (art. 5.º, XLIX). A violação destas e de outras garantias individuais de natureza constitucional para a produção de prova acarreta a formação de prova ilícita.

Pretendendo pôr fim ao dissenso na doutrina e na jurisprudência, o legislador constituinte vedou expressamente a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5.º, LVI). Pouco importa quem conseguiu a prova. Normalmente, deriva de ato de autoridades encarregadas da persecução penal, mas também pode resultar da atividade desenvolvida por particular. (FERNANDES, 2002, p. 85-86).

Neste mesmo sentido, o posicionamento de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

De fato, a proibição de utilização de prova obtida por meio ilícito no processo é uma regra posta a serviço do princípio que declara as diversas espécies de inviolabilidades previstas no artigo 5º da Constituição: intimidade, vida privada, honra, imagem, domicílio, correspondência postal e comunicações em geral. Não se trata de um princípio carente de densidade (como visto no capítulo II), mas da própria regra que existe para atribuir densidade ao princípio que consagra as inviolabilidades referidas. (CARVALHO, 2006, p. 93).

De todo o exposto, em que pesem as mais diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca desta temática, parece incontroverso que violações, por autoridades públicas ou por particulares, a qualquer garantia

fundamental insculpida em norma constitucional, ensejam a pecha de nulidade justificando e fundamentando a declaração de ilicitude da prova assim gestada ou produzida, sendo incogitável o recurso ao princípio da proporcionalidade para conferir uma sobrevida a provas dentro de tal contexto ao argumento da alegada superioridade de um interesse público na apuração e punição de condutas criminosas sobre um pretensão interesse meramente privado, sendo relevante aqui buscar socorro junto às palavras de Aury Lopes Júnior:

O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do interesse público x interesse privado para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da “prevalência” do interesse público...

É um imenso perigo (grave retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto, manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais. Recordemos que o processo penal é democratizado por força da Constituição, e isso implica a revalorização do homem, en toda la complicada red de las instituciones procesales que solo tienen un significado si se entienden por su naturaleza y por su finalidad política y jurídica de garantía de aquel supremo valor que no puede venir sacrificado por razones de utilidad: el hombre.⁴

É mais, aqueles que ainda situam a discussão no campo público versus privado, além de ignorarem a inaplicabilidade de tais categorias quando estamos diante de direitos fundamentais, possuem uma visão autoritária do direito e equivocada do que seja sociedade (e das respectivas categorias de interesse público, coletivo, etc.).

4 Em tradução livre: “isso implica a revalorização do homem, em toda a complicada rede de instituições processuais que só têm um significado se se entendem por sua natureza e por sua finalidade política e jurídica de garantia daquele supremo valor que não pode vir sacrificado por razões de utilidade: o homem”.

Entendemos que a sociedade deve ser compreendida dentro da fenomenologia da coexistência, e não mais como um ente superior, de que dependem os homens que o integram. Inadmissível uma concepção antropomórfica, na qual a sociedade é concebida como um ente gigantesco, no qual os homens são meras células, que lhe devem cega obediência. Nossa atual constituição e, antes dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, consagram certas limitações necessárias para a coexistência e não toleram tal submissão do homem ao ente superior, essa visão antropomórfica que corresponde a um sistema penal autoritário. Em suma, no processo penal, há que se compreender o conteúdo de sua instrumentalidade, e recusar tais construções”. (LOPES JR., 2008, p. 550-551).

Idêntica, também aqui, a lição de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, agora especificamente em relação ao uso de prova ilícita:

Daí porque é extremamente difícil afastar a regra que declara a proibição de utilização processual de prova ilícita. É que a regra referida é resultado de uma ponderação já feita pelo constituinte: entre as inviolabilidades prescritas pela Constituição, de um lado, e eventualmente a segurança pública (e a verdade processual), de outro, o constituinte sobrevalorizou a primeira, em detrimento da segunda. Mais precisamente, entre a intimidade (e os demais bens protegidos pelos incisos X, XI e XII, do artigo 52, da Constituição) e chegar-se o mais próximo possível da verdade do processo, prevaleceu a proteção daqueles bens. Isso quer dizer que a Constituição assume que o Estado prefere não punir do que punir violando a personalidade das pessoas. (CARVALHO, 2006, p. 93).

Por fim, neste ponto, o ensinamento de André Nicolitt:

O objetivo do processo penal não é uma verdade absoluta, menos ainda a qualquer preço, e a condição de validade da prova é o respeito ao devido processo e às garantias individuais. Neste

passo, a acusação tem o ônus da prova e só pode se desincumbir deste ônus com respeito à lei. Sendo assim, a verdade que se busca no processo está limitada pelo devido processo e pelas garantias fundamentais. (NICOLITT, 2014, p. 635).

3. A PROVA ILÍCITA NO CASO CONCRETO

O magistério de Antonio Scarance Fernandes, conforme acima adiantamos, é oportuno porquanto no caso concreto levado ao conhecimento do Tribunal de Justiça de São Paulo no *Habeas Corpus* nº 2188896-03.2017.8.26.0000, a prova declarada ilícita, como visto, se originou da atitude de uma médica que, ao atender a paciente em situação (a princípio) adequada ao tipo penal contido no artigo 124 do Código Penal (autoaborto), descreveu explicitamente tal circunstância em documento entregue à família, que recomendou que fosse encaminhado à Delegacia Policial, o que ingenuamente foi providenciado por uma tia da paciente (da médica e no *Habeas*).

Como consta do aresto lavrado pela desembargadora Boujikian, “a médica registrou, além de diversas informações: “mãe compareceu no pronto-socorro de ginecologia, onde constatou-se medicação intravaginal abortiva” (fl. 194)”. E dá sequência a relatora do acórdão:

não fosse a médica efetuar o registro desta informação no documento, que recebeu sob o sigilo médico, e encaminhá-la para a delegacia, não haveria prova alguma contra a acusada e a persecução criminal não teria sido instaurada.

Constata-se, desta feita, que a prova ilícita se originou, como dito, de ato de particular em fase ainda pré-processual (na verdade ainda mesmo pré-investigatória, o que será melhor analisado mais à frente), o que de maneira alguma a desveste de seu caráter ilícito por violação a diversos ditames constitucionais.

4. OS FUNDAMENTOS DO VOTO VENCEDOR

A atitude da médica, chocante e reprovável (como sustenta a desembargadora Boujikian), além de violadora da ética médica (o que também será adiante melhor elucidado) e do direito constitucional à saúde, notabiliza-se, nas palavras do aresto, “por ter produzido prova ilícita, na medida em que feriu o princípio constitucional da tutela à intimidade e um dos fundamentos da República Brasileira, agasalhado no artigo 3º da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana”. E segue a magistrada em seu voto:

Sob o manto destes princípios e valores fundantes é que se encontra o direito ao segredo profissional, com normativa que pode ser encontrada: no artigo 154 do Código Penal (que tipifica o crime de revelação de segredo, sem justa causa, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem); artigo 207 do Código de Processo Penal (estabelece a proibição de depor para as pessoas que devem guardar segredo em função de ministério, ofício ou profissão); no artigo 229, inciso I do Código Civil; artigos 347, inciso II e 406, inciso II do Código de Processo Civil; além do Código de Ética Médica, do Conselho Federal de Medicina. (grifos no original).

5. DO DIREITO AO SILÊNCIO AO DEVER DE SILÊNCIO

Em que pese a profundidade do voto paradigmático lavrado pela desembargadora Boujikian e o quase exaurimento, por ela, dos variados e relevantes temas de ordem jurídica trazidos à magistrada pela difícil e delicada questão fática posta em Juízo, o direito constitucional ao silêncio não deve ser olvidado, justamente por ser o recôndito fundamento do artigo 207 do Código de Processo Penal, que dita: “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

Eugênio Pacelli e Douglas Fischer chegam a afirmar, quanto ao artigo 207 do Código de Processo Penal, que “os fundamentos do sigilo não estão bem esclarecidos, diante da multiplicidade de atividades protegidas (função, ofício), sem qualquer referência quanto a elas”. (PACELLI; FISCHER, 2017, p. 445).

Mas o fato é que determinados problemas da vida cotidiana impõem que o cidadão procure certos profissionais para com eles tratar desses temas em regime de confiança e confidencialidade: em questões religiosas (e lembremos que a liberdade de crença é assegurada pela Constituição Federal), querendo eventualmente, em respeito à própria fé, purgar mesmo que graves pecados, há de ser procurado um sacerdote; dificuldades jurídicas (e o acesso à justiça também é garantia constitucional) ensejam a busca de um advogado; questões de saúde (e o direito à saúde de igual modo recebe respaldo constitucional) implicam na consulta a um médico.

Não diligenciando, poderá aquele cidadão, por exemplo (a depender de sua religião), não ser absolvido em vida de seus pecados, ser processado e condenado judicialmente ou mesmo morrer por força de alguma enfermidade; logo, nestas como também em outras situações (daí a amplitude do artigo 207 do Código de Processo Penal, indevidamente condenada por alguns doutrinadores), a busca de um profissional especializado se mostra inderrogável, sendo o sigilo essencial a quem os procura, tanto quanto a confiança em quem é procurado, que assim fica dispensado de testemunhar.

Eduardo Espíndola Filho, lembrando a lição de Manzini, salienta que

a dispensa é fundada, não na qualidade social do profissional, e sim no fato de ter recebido, no exercício da profissão, uma confiança determinada pela confiança, necessária ou quase-necessária, ou de ter, de outra forma, mas em razão do exercício profissional, obtido o conhecimento de determinados fatos(...) (ESPÍNDOLA FILHO, 1955, p. 113).

Ocorre que alguns daqueles problemas eventualmente giram em torno da prática de crimes: o cidadão poderá confessar um delito ao sacerdote⁵, ao advogado que o defenderá e mesmo a um médico – como na hipótese vertente abrangida pelo aresto que aqui estamos a perscrutar, cuja situação fática adveio da necessidade que teve uma paciente de buscar auxílio médico por conta de um autoaborto que lhe gerou dores incontrolláveis.

Não se trata aqui, como claramente percebemos, de confissão espontânea, desinteressada, da prática de algum ilícito penal a conhecido ou amigo – estes bem poderão ser chamados a depor e obrigados a dizer a verdade nestas situações, sob o risco de responderem pela prática do crime previsto no artigo 342 do Código Penal, na hipótese de fazerem afirmação falsa, ou negarem ou calarem a verdade como testemunhas compromissadas, isto porque receberam a confissão fora do contexto de indispensabilidade do relatado, visando ao exercício de direito fundamental (v.g., ao exercício da própria fé, à busca do direito à saúde ou do acesso à Justiça).

Como visto, em dadas situações da vida, a busca de um profissional é compulsória, indispensável, e se a eles não for dita a estrita verdade pelo interessado, correrá sérios riscos de natureza religiosa, jurídica ou médica.

Sabemos (como diria Al Gore...) que algumas verdades são profundamente inconvenientes. “Sou humano, nada do que é humano me é estranho” (afirmou o sábio Terêncio); mas quem trabalha há décadas em Varas Criminais tem pleno conhecimento de que há estranhezas menores e outras bem maiores...

Nem sempre é conveniente, para acusados em processos criminais e por decorrência de estratégias defensivas concebidas por seus patronos, dizer a mais pura verdade – por vezes é até mesmo conveniente mentir, o que admite o processo penal pátrio sem qualquer prejuízo ao réu, como corolário do princípio constitucional da ampla defesa.

5 Dispõe o Código de Direito Canônico da Igreja Católica, promulgado em 1983, em seu Cânone 983: § 1. O sigilo sacramental é inviolável; pelo que o confessor não pode denunciar o penitente nem por palavras nem por qualquer outro modo nem por causa alguma. § 2. Estão também obrigados a guardar segredo o intérprete, se o houver, e todos os outros a quem tiver chegado, por qualquer modo, o conhecimento dos pecados manifestados em confissão.

E é justamente daí que advém, por outro lado, o direito ao silêncio.

Thiago Bottino do Amaral, profundo estudioso sobre o tema, ao passo em que sustenta a necessária ampliação do limitado entendimento atual acerca da vedação à autoincriminação, dispõe:

Atualmente, a vedação de auto-incriminação significa a garantia de que ninguém poderá ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal e que será igualmente vedada a criação de qualquer prejuízo ou interpretação desfavorável ao indivíduo que optar por exercer esse direito.

Se é verdade que todos os cidadãos têm a obrigação legal de colaborar com a justiça durante uma investigação de natureza penal (caso mintam, omitam ou se caírem serão processados e eventualmente punidos por falso testemunho), é igualmente verdade que isso não se aplica ao réu. Este réu (ou acusado, indiciado, investigado, suspeito ou qualquer pessoa que se veja em situação de ter que revelar um crime durante um depoimento) é o único de quem não se pode esperar colaboração com a acusação. (AMARAL, 2009, p. 33).

“Não que o indiciado esteja impedido de espontaneamente declarar contra si próprio”, sustenta Geraldo Prado. E continua, com grifo no original:

É claro que ele poderá fazer isso, que dispõe em alguma medida de seu direito fundamental, ao qual poderá legitimamente renunciar. É preciso, porém, para que a renúncia ao exercício do direito seja válida e eficaz, que o preso seja **claramente informado de que é titular de um direito e em que consiste, realmente, o conteúdo deste direito**”. (PRADO, 2010, p. 236).

Se “a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma espécie”, e se toda a pessoa acusada tem o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada” (parágrafo 3º e alínea g do parágrafo 2º do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos,

adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992), e ainda se “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado” (inciso LXIII do artigo 5º da “Constituição Cidadã”), não resta dúvida acerca do respaldo constitucional a tal direito, também erigido à categoria de cláusula pétrea.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli:

O direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada faz parte do princípio da não auto-incriminação, que envolve: (a) o direito ao silêncio ou direito de ficar calado - CF, art. 5º, LXIII (é a manifestação passiva da defesa); (b) direito de não declarar contra si mesmo; (c) direito de não confessar - Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 14, 3: Convenção Americana, art. 8º, 2 e 3; (d) direito de mentir (não existe o crime de perjúrio no direito brasileiro; de qualquer modo, é certo que a mentira do réu pode lhe trazer sérios prejuízos, porque ele perde credibilidade); (e) direito de não praticar qualquer comportamento ativo que lhe comprometa (ou que lhe prejudique). Exemplo: direito de não participar da reconstituição do crime, direito de não ceder material gráfico para exame grafotécnico (STF, Ilmar Galvão, Informativo STF 122, p. 1) etc.; (f) direito de não produzir nenhuma prova incriminadora que envolva o seu corpo humano (exame de sangue, exame de urina, bafômetro etc.). Como se vê, o acusado tem todo direito de não falar nada (direito ao silêncio); se falar, tem o direito de nada dizer contra si mesmo; mesmo dizendo algo contra si, tem o direito de não confessar. A confissão, por sinal, só constitui prova válida quando for espontânea. (GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 112-113).

Sequer se diga, como infelizmente pretendem alguns, que o direito ao silêncio somente exsurge para investigados após a voz de prisão ou em Delegacia. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *Habeas*

Corpus 78.708-1/SP, em acórdão da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, já teve o ensejo de dispor na fundamentação do aresto, quanto ao momento inicial de prevalência do direito ao silêncio, que

essa mesma preocupação já estava presente em *Miranda vs. Arizona*, quando prescreveu a Suprema Corte (dos EUA) que as regras então estabelecidas à instrução sobre o direito ao silêncio – as célebres *Miranda Rules* – aplicam-se desde quando o inquirido está em custódia ou de alguma outra forma se encontre significativamente privado de sua liberdade de ação(...). Por isso, depois de notar que ‘antes do interrogatório policial ou judicial, deverá a autoridade processante advertir o interrogado sobre o seu direito de permanecer calado’, Slaibi Filho (*Direitos do Preso em Anotações à Constituição de 1988, Forense*, 1989, 304, 317) adverte, porém, que por interrogatório é de entender ‘não só o ato formal previsto nas leis processuais, mas a oitiva, formal ou informal, do acusado, ainda que seja fora do âmbito processual-penal – o que importa é que não possam tais declarações servir, no futuro, contra o declarante’.⁶

No caso concreto aqui analisado, a paciente (acusada no processo instaurado pela denúncia recebida em primeira instância) foi ouvida informalmente, fora do âmbito processual-penal, por imposição de conjunturas afetas à sua saúde e intimidade, por uma médica para quem teve – repita-se: por força das circunstâncias, sem o que possivelmente morreria ou teria sérias sequelas físicas – de confessar que se encontrava sentindo fortes dores em razão da ingestão de pílula abortiva.

Assim é que do **direito** ao silêncio se passa ao **dever** de silêncio.

Em se tratando, no caso concreto, da confissão de um crime, ponderando que a paciente possui o direito de silenciar em Juízo a tal respeito, não pode tal silêncio ser rompido por interposta pessoa, sobremaneira

⁶ Acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77928>. Acesso aos 05 de maio de 2018.

quando se trata de uma médica a quem notoriamente incumbe o dever de sigilo (inclusive sob pena de responder por crime previsto no artigo 154 do Código Penal⁷), que foi procurada sob tal condição e que teve notícia do delito no exercício da profissão.

O Código de Ética Médica⁸ em sua versão de 2010 dispõe, em seu Capítulo IX, que trata especificamente do sigilo profissional, o seguinte (merece especial atenção o que dita o item c):

É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Contudo, o que aqui se sustenta é justamente que a obrigação de manter sigilo não se trata de dever exclusivamente decorrente da deontologia: o direito constitucional ao silêncio **impõe** o dever de silêncio a quaisquer profissionais que tomem contato com a confissão de crimes no exercício de suas profissões, razão pela qual o artigo 207 do Código de Processo Penal

7 Código Penal, artigo 154: Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

8 Vale lembrar que o Código de Ética e Disciplina da OAB possui regra ainda mais rígida, inspirada no artigo 7º, XIX, do Estatuto da Advocacia: Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

traz, na verdade e mais tecnicamente, uma hipótese de vedação probatória que, violada, importará em ilicitude (*lato sensu*).

Mesmo que inexistissem, portanto, os dispositivos inseridos nos diplomas de deontologia profissional, e mesmo que não existisse o supra referido dispositivo processual penal (o Código de Processo Criminal de 1832, v.g., não continha essa vedação probatória), seria impositivo aos profissionais de saúde (dentre outros, como visto) o dever de silenciar frente à confissão de crimes inerentes ao atendimento que prestam, como corolário do princípio constitucional *nemo tenetur se detegere*⁹, gênero do qual é espécie o direito ao silêncio.

Na esteira do aqui sustentado, Fernando da Costa Tourinho Filho faz as seguintes indagações, e as complementa:

um pastor protestante é obrigado a guardar segredo? O chefe espiritual de outro culto goza do mesmo direito? Assim como o padre é obrigado a guardá-lo, também o será o chefe espiritual de outra religião ou culto. A diferença está tão só nisto: quando se tratar da religião católica, o Direito canônico proíbe a revelação do segredo obtido no confessional. **Mas o dever de guardar segredo não decorre apenas de lei ou regulamento.** (TOURINHO FILHO, 2014, p. 694).

Violado tal direito, nas palavras de Nereu José Giacomolli,

outra função importante da garantia do direito ao silêncio e da não autoincriminação diz respeito à licitude da prova e à valoração dos efeitos dela decorrentes, no processo penal. A prova produzida com violação ao direito ao silêncio e ao *nemo tenetur* é uma prova inválida (ilícita), não podendo ingressar no processo e, uma vez nele incorporada, há de ser excluída,

⁹ *Nemo tenetur se detegere* (ninguém está obrigado a se descobrir), ou *nemo tenetur se ipsum accusare* (ninguém está obrigado a se auto acusar), ou *nemo tenetur se ipsum prodere, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém está obrigado a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a revelar a sua torpeza), ou *nemo tenetur contra se facere* (ninguém é obrigado a agir contra si mesmo).

extraída, destruída, por ser um nada jurídico, desprezível do ponto de vista ético e jurídico. Num segundo momento, há que ser averiguada a possível contaminação produzida pela invalidade nos demais atos processuais, mormente na prova. Verificada a contaminação, os atos processuais seguem o mesmo destino dos efeitos da prova ilícita, sua desconsideração, por defeituosos, viciados por contaminação. (GIACOMOLLI, 2014, p. 197).

Como se não bastassem, enfim, as fundamentações lançadas ao acórdão objeto inicial deste texto, igualmente sob a ótica da tese aqui sustentada (no sentido de que o dever de silêncio decorre do direito ao silêncio), se revela ilícita – tal como decidiu o aresto – não somente a prova consistente na indevida notificação médica dirigida à autoridade policial contendo manifestação expressa daquela profissional em torno do autoaborto de sua paciente, como também ilícitas todas as demais provas dela direta ou indiretamente decorrentes por derivação, por força da teoria dos frutos da árvore envenenada, tudo a importar no trancamento daquela malfadada ação penal como determinado pelo voto vencedor da desembargadora relatora Kenarik Boujikian.

CONSIDERAÇÕES FINAIS¹⁰

As regras constitucionais aplicáveis ao processo penal na qualidade de garantias fundamentais do cidadão, cláusulas pétreas, são frutos inderrogáveis do processo civilizatório e não podem simplesmente ser abstraídas ou ultrapassadas a pretexto de se “otimizar” investigações ou punições, já que tal implicaria em tender (e ceder) à barbárie de estados fascistas que representam o que há de pior na história recente da humanidade, perigosa tentação com a qual não se deve compactuar sob pena de frustrar mais esta legítima expectativa da sociedade frente às promessas de uma Constituição

10 Com sinceros agradecimentos aos Professores Doutores Leonardo Costa de Paula e Maurício Stegemann Dieter pelas inestimáveis sugestões formuladas e em grande parte acolhidas ao longo do artigo.

democrática, i.e., que para condenar há que se observar as regras do jogo, as quais não cabem ser burladas, seja lá por qual motivo ou com qual objetivo (ainda que pretensamente populares ou verdadeiramente oportunistas).

Justamente por isto, no presente artigo, se pretendeu conferir densidade constitucional à vedação contida no artigo 207 do Código de Processo Penal pátrio, ao se sustentar a relevância do ali contido sob o respaldo e a ótica do direito ao silêncio enquanto uma das pedras de toque do sistema de direitos e garantias fundamentais do cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Thiago Bottino do. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASARA, Rubens R.R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DEU, Tereza Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. v. 3.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES JR. Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários do Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

PRADO, Geraldo. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*, v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. v. 1.