



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

GABRIEL RODRIGUES MARIANO DE LIMA

**O DIREITO À MENTIRA NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

FORTALEZA
2023

GABRIEL RODRIGUES MARIANO DE LIMA

O DIREITO À MENTIRA NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL

Trabalho de conclusão de curso
apresentada ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal do Ceará
como requisito parcial à obtenção do título
de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda
Arruda.

FORTALEZA

2023

L1d LIMA, Gabriel rodrigues mariano de.
O DIREITO À MENTIRA NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL /
Gabriel rodrigues mariano de LIMA. – 2023.
72 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do
Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2023.
Orientação: Prof. Dr. SAMUEL MIRANDA ARRUDA.
1. nemo tenetur se detegere. 2. direito à mentira. 3. não autoincriminação. I.
Título.

CDD 340

GABRIEL RODRIGUES MARIANO DE LIMA

O DIREITO À MENTIRA NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal do Ceará
como requisito parcial à obtenção do título
de bacharel em Direito.

Aprovado em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Ma. Ana Paula Ferreira de Almeida Vieira Ramalho
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

À minha esposa, Shirley.

Aos meus pais, Solange e Erivaldo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sua infinita graça e bondade em minha vida.

À minha amada esposa Shirley, por sua companhia, carinho e auxílio em toda a jornada da graduação e da vida.

Ao Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda, pela excelente orientação na produção deste trabalho, assim como por todo conhecimento compartilhado nas aulas ministradas e na condução da monitoria na cadeira de Penal III.

À Profa. Ma. Ana Paula Vieira, pelo tempo, pelas críticas e pelas valiosas sugestões dadas.

Ao Prof. Dr. Glauco Barreira, por todo o apoio durante a graduação. Suas lições, seus ensinamentos e seu exemplo foram fundamentais para que a minha fé permanecesse em Deus durante toda a graduação.

Aos meus pais e avós, Solange, Erivaldo, Maria e Edilson, por terem me trazido até este momento.

Aos meus familiares, Kátia, Daniele, Gisele, Guilherme, Ieda, Sérgio, Tomaz, Francisco Antônio, Clauber, Joyce e Gustavo, pela caminhada percorrida até aqui.

Aos meus amigos e irmãos, Priscila e Francisco, por todo ensino, carinho e amor durante toda a minha vida, dando-me o exemplo de fé que devo seguir.

Aos meus amigos de graduação e do grupo Literaturma, Augusto, Basílio, Gabriel, Gustavo, Igor, Larissa e Luan, por todo companheirismo, apoio, risadas e auxílio no longo, mas alegre, bacharelado em Direito na Universidade Federal do Ceará.

Aos meus amigos Luciano, Rafaela, Lucas Plácido, Larissa, Adriano e Nilda, pela amizade durante todo esse tempo e pelo carinho dispensado a mim em todos os momentos de nossas vidas.

Aos professores, que tão efetivamente colaboraram para que esse momento chegasse, ofertando, além de conhecimento, alívio e apoio durante todo o percurso acadêmico.

Aos meus colegas e amigos de trabalho, curso, igreja e comunidade, pela companhia e suporte até aqui.

“E conhecereis a verdade, e a verdade
vos libertará.” (Evangelho de João 8:32)

RESUMO

A mentira, como uma constante na sociedade, permeia todas as relações sociais, não sendo isento o âmbito jurídico, e em especial o processo criminal deste fenômeno. Desse modo, visando compreender como o Supremo Tribunal Federal (STF) compreende o uso da mentira por parte do réu no curso da persecução criminal, o presente trabalho busca analisar, de modo aprofundado e completo, o entendimento da Suprema Corte brasileira sobre o direito à mentira como decorrência do direito ao silêncio, previsto no texto constitucional. Para isso, se analisará as principais obras acadêmicas acerca do assunto e, principalmente, os julgamentos mais relevantes sobre a temática decididos pela STF desde 1988, ano da promulgação da atual Constituição Federal. Nesse sentido, poder-se-á concluir, a partir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, sobre a existência do direito a mentir como forma de autodefesa em decorrência do princípio contra a autoincriminação, bem como detalhar os limites, contornos, equívocos e consequências desse entendimento.

Palavras-chave: *nemo tenetur se detegere*; direito à mentira; não autoincriminação.

ABSTRACT

Lies, as a constant in society, permeate all social relationships, not exempting the legal sphere, especially within the criminal process. Therefore, aiming to comprehend how the Brazilian Supreme Federal Court (STF) understands the use of lies by the defendant during criminal prosecution, this paper seeks to analyze, in a thorough and comprehensive manner, the understanding of the Supreme Court regarding the right to lie as a consequence of the right to silence, as provided in the constitutional text. To achieve this, it will analyze the main academic works on the subject and, primarily, the most relevant judgments on the theme decided by the STF since 1988, the year of the promulgation of the current Federal Constitution. In this sense, it will be possible to conclude, based on the position of the Supreme Federal Court, about the existence of the right to lie as a form of self-defense stemming from the principle against self-incrimination, as well as to detail the limits, contours, misconceptions, and consequences of this understanding.

Keywords: *nemo tenetur se detegere*; right to lie; non-self-incrimination.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
HC	Habeas Corpus
Min.	Ministro
RE	Recurso Extraordinário
Resp	Recurso Especial

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO	15
2.1 Miranda v. Arizona.....	19
2.2 Desenvolvimento do direito a não autoincriminação no Brasil	24
3 DIREITO À MENTIRA NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	34
3.1 Direito a não autoincriminação nas Comissões Parlamentares de Inquérito.....	39
3.2 Posicionamento da doutrina	40
3.3 Posicionamento do autor	43
3.4 Possibilidade de mudança no posicionamento do STF	46
4. LIMITES AO DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO	50
4.1 Falsa identidade	53
4.2 Uso de documento falso.....	58
4.3 Qualificação antes do interrogatório	59
4.4 Casos excepcionais para o uso do direito	63
4.5 Limites a não autoincriminação em outros países.....	65
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS.....	71

1 INTRODUÇÃO

A mentira, enquanto fenômeno humano, sempre esteve presente nas relações sociais estabelecidas na vida em comunidade. O homem em toda a história usou da mentira como meio de trazer benefícios para si, mesmo que isso significasse causar algum prejuízo a outrem.

Sendo a mentira essa constante na sociedade, não poderia ela ficar apartada das regras que delimitam o convívio social, adentrando até mesmo na organização jurídica dos povos.

Objetivando analisar como o uso da mentira no processo penal é entendido pelo Supremo Tribunal Federal, o presente trabalho buscará examinar as principais decisões da Suprema Corte que tratam a respeito de réus que mentiram no decurso do processo criminal que enfrentaram.

Assim, o estudo efetuado tentará responder de modo satisfatório a indagação quanto à existência ou não, para a Corte Máxima do país, de um direito a mentir do réu, bem como delimitar os possíveis contornos desse direito e refletir sobre a assertividade ou não do referido entendimento.

Nesse sentido, para se alcançar esse objetivo geral, passar-se-á pelos objetivos específicos de realizar um levantamento histórico da origem e desenvolvimento do direito contra a autoincriminação, de explicar como a garantia constitucional ao silêncio se estendeu a outras prerrogativas omissivas e de analisar como o STF entende a mentira do réu como uma decorrência direta do direito ao silêncio.

Além disso, ainda como objetivos específicos, se buscará expor os limites estabelecidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal ao uso da mentira e comparar o posicionamento da Suprema Corte nacional frente ao entendimento do tema em outros países.

Para alcançar os objetivos supracitados, usar-se-á a metodologia bibliográfica e jurisprudencial, realizando-se uma ampla análise das principais

decisões proferidas pelo STF a respeito da matéria, não se furtando de aprofundar os assuntos com o apoio dos principais trabalhos acadêmicos existentes acerca da temática.

Analisar-se-á decisões prolatadas a partir de 1988, tendo em vista a promulgação da atual Constituição Federal, a qual garantiu o direito ao silêncio. Haverá menção a decisões anteriores a 1988 como base para compreensão das alterações trazidas com o novo texto constitucional.

A relevância desta pesquisa, desse modo, é notória, pois a compreensão do papel da mentira no processo penal não apenas impacta diretamente a vida de inúmeras pessoas, proporcionando maior previsibilidade para aqueles que eventualmente enfrentem tal situação, mas também contribui para aprimorar a qualificação de profissionais do direito que atuam no campo criminal, adequando suas práticas ao posicionamento estabelecido pelo STF.

Assim, no primeiro capítulo se examinará como nasce o direito à autodefesa. Há uma exposição do nascedouro do entendimento de que o homem não é obrigado a se autoincriminar, definido pela expressão *nemo tenetur se detegere*.

Nesse caminho, haverá a apresentação rápida de como as sociedades do período antigo não obrigavam o homem a assumir expressamente a culpa por seus atos. Essa apresentação permanece até o contexto da Idade Média, expondo como a confissão forçada era almejada pelas autoridades da época até chegar ao caso *Miranda v. Arizona* e como esse julgamento foi relevante para a consolidação da garantia ao silêncio.

O primeiro capítulo mostrará como essa posição chega no Brasil, desde o período colonial até a interpretação moderna do STF acerca das extensões da garantia contra a obrigatoriedade de produzir provas contra si.

O capítulo II analisará como a garantia do silêncio foi interpretada para alcançar o uso da mentira dentro do seu escopo. Serão expostas as principais decisões a respeito do uso da mentira levadas ao crivo do Supremo Tribunal Federal.

Ainda no segundo capítulo será apresentado o entendimento dos ministros do STF, o posicionamento da doutrina e do autor acerca da matéria em questão. Por

fim, o capítulo segundo mostrará uma possível mudança de perspectiva a partir de julgamentos mais recentes a respeito do assunto.

O terceiro capítulo, por sua vez, buscará apresentar os limites estabelecidos ao uso da mentira. Serão expostas as principais decisões da Suprema Corte que limitam a abrangência da possibilidade de mentir frente ao processo penal, em especial o crime de falsa identidade, de uso de documento falso e da recusa em fornecer a identidade quando devidamente solicitada.

Para concluir, ainda no capítulo III, será analisado como a garantia do *nemo tenetur se detegere* é compreendido em outros países como Inglaterra, Estados Unidos, Espanha, Alemanha e Itália, realizando um comparativo de posicionamento desses países com o Brasil.

2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

A busca pela sobrevivência sempre fez o ser humano buscar formas de fugir do que lhe poderia causar algum dano. Dentre dessas fugas, pode-se catalogar a intenção de escapar das punições advindas de seus atos.

Assim, várias das codificações atuais, conhecendo essa vocação do homem, trazem mecanismos que protegem o acusado de uma prática delitiva contra a necessidade de corroborar com a sua própria condenação, garantindo que ele não seja obrigado a ir contra seus próprios instintos naturais.

Considerar-se-á como direito a não autoincriminação a garantia que o indivíduo possui de que não será obrigado, por parte do Estado, a fornecer dados, informações ou quaisquer outros tipos de auxílios que ajudem a força estatal a condená-lo. Tratando-se, portanto, de uma defesa contra a obrigatoriedade de participação em qualquer ato que possa piorar a sua situação jurídica.

O direito a não autoincriminação, atualmente designado pela expressão latina *nemo tenetur se detegere*¹, apesar de apenas em 1988 ter alcançado *status* constitucional, tem raízes em períodos históricos bem longínquos.

Não é possível afirmar com propriedade quando surgiu o princípio em análise, contudo, conforme observa Malaquias (2014), o direito clássico da Antiguidade, principalmente o de origem greco-românica, não trazia nenhuma previsão sobre a garantia de não produzir provas contra si, admitindo a tortura como método válido para a obtenção da convicção.

No direito hebreu, encontra-se o esboço do que seria o atual *nemo tenetur se detegere*. De acordo com Afonso (2016), o Talmude² previa uma série de atos necessários para que o procedimento acusatório fosse válido. O processo talmúdico

¹ Em uma tradução livre do latim, significa “não produzir provas contra si”. O termo variou muito ao longo dos anos e possuem variações de forma em alguns casos, mas a essência é basicamente a mesma em todas as variantes. Em alguns tratados é colocado apenas como “*nemo tenetur*”. Vide “Princípio *nemo tenetur se detegere* no Estado Democrático de Direito.” Revista dos Tribunais. vol. 941/2014 Roberto Antônio Darós Malaquias.

² Talmude, cujo significado é “aprender”, “ensinar”, “instruir”, consiste na lei oral repassado pelo povo hebreu sobre as interpretações do Pentateuco, os cinco livros escritos por Moisés, os quais abrem o conjunto de livros da Bíblia cristã atual.

trazia uma ampla proteção à vida e à liberdade do indivíduo, proibindo a tortura como método de obtenção de confissão.

À vista disso, para que alguém fosse condenado, era necessário que duas pessoas testemunhassem contra ela, não sendo válidos o próprio testemunho do acusado, no caso, a confissão, nem os testemunhos de parentes do réu.

Apesar de possuir efeitos na esfera civil, a confissão do acusado, nos crimes em que envolvessem pena capital, era inutilizável, dado que o reconhecimento da culpa nesse caso equivaleria a dispor sobre a própria vida, a qual, segundo seus pensamentos, pertencia somente a Deus. Desse entendimento, surgiu a máxima *ein adam meissim atsmo rasha*³, algo similar ao atual *nemo tenetur se detegere*. (AFONSO, 2016)

Já na Idade Média, o acusado era tido como meio de prova. Nesse período, por volta do ano 1290 d.C., a *Ius Commune* europeia trazia a forma embrionária do princípio, através da expressão *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*⁴, trazendo a ideia de vedar a exposição da própria vergonha.

Apesar do entendimento que o homem somente era obrigado a revelar suas falhas a Deus, no período medieval era muito comum o uso de meios agressivos para se alcançar a confissão do acusado, não tendo ele a possibilidade de “ocultar aquilo que Deus já revelara aos homens”.

Posteriormente, no fim do século XV e início do século XVI, com o avanço dos movimentos contrários à dominação da igreja, em especial o movimento da Reforma Protestante, surgiram casos de pessoas que, mesmo tendo feito o juramento de dizer a verdade sobre seus atos, decidiram se calar frente à autoridade eclesiástica, defendendo-se por meio do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Afonso (2016) conta que o primeiro caso registrado de alguém que se negou a prestar juramento perante a inquisição foi John Lambert, em 1532. Após ser acusado de heresia pela Igreja Católica, John recusou o juramento afirmando ser ilegal forçar um homem a acusar a si mesmo. Ele argumentara que não deveria revelar

³ Em uma tradução livre, significa “um homem não pode apresentar a si mesmo como culpado”.

⁴ Em uma tradução livre, significa “ninguém é obrigado a descobrir a própria vergonha”

os crimes que não eram conhecidos, nem provados, devendo jurar apenas nos casos em que o devido processo fosse devidamente conduzido.

Com o passar do tempo e das revoltas contra esse modelo de inquisição, na Inglaterra, nasce a concepção moderna do *nemo tenetur se detegere*. Desde a elaboração da Carta Magna, em 1215, iniciou-se na Inglaterra uma série de reformas processuais com o fito de instaurar um sistema acusatório adequado, convertendo-se em um princípio de *common law*.

Como ainda ensina Afonso (2016), muitos autores afirmam que o princípio da não autoincriminação se estabeleceu no século XVII, principalmente baseado no caso de Jonh Lilburne.

Lilburne foi um puritano inglês que, em 1637, foi preso sob a acusação de imprimir e importar livros com conteúdo herético e malicioso. Em seu julgamento, ao ser questionado sobre o ocorrido, afirmara apenas que tinha viajado para a Holanda e que havia visto algumas pessoas lá. Ao ser perguntado sobre fatos que poderiam o incriminar, disse que essas questões não eram relevantes para a demanda e usaria de seu direito ao silêncio.

Entretanto, até aquele momento, o direito ao silêncio apenas se relacionava com o não questionamento sobre fatos totalmente estranhos ou desconhecidos pelas autoridades ao estar sob juramento formal. Com isso, ele e o seu caso foram levados à corte superior.

No novo julgamento, Lilburne se nega a prestar o juramento, o que o leva a sofrer a penalidade de chibatadas, não por seu suposto crime, mas pela negativa de juramento perante um conselho oficial. A pena foi executada em 1638.

Em 1640, Lilburne peticiona ao Parlamento e, em 1641, a decisão que o condenou a chibatadas foi considerada ilegal, ordenando que fosse realizada uma reparação pelo dano que sofrera. Mesmo assim, a petição não surtiu os efeitos esperados e, em 1645, Lilburne peticiona à Casa dos Lordes. A decisão foi de que a sentença era nula e ilegal, dado que iria contra a liberdade do homem, a lei de Deus e contra a lei da terra.

Não obstante, o desenvolvimento do direito a não autoincriminação teve um desenvolvimento mais célere nos Estados Unidos da América. Como ainda

explica Afonso (2016), o direito inglês era imposto a suas colônias, sendo, assim, utilizado nos EUA, ainda no período colonial. O direito americano foi se desenvolvendo até que, em 1776, a Declaração de Direito de Virgínia reconheceu que nenhum homem pode ser compelido a acusar a si mesmo, sendo sua primeira positivação.

Em 1791, o princípio foi incorporado à constituição norte-americana pela 5ª emenda constitucional do país. Entretanto, até o começo do século XX, a sua aplicação se restringia ao governo federal, dado que a Suprema Corte não poderia impor regras sobre provas aos estados-membros.

EMENDA V

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; **nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo**; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. (Sem grifos no original).

O entendimento vigente à época era de que as dez primeiras emendas constitucionais, conhecidas como *Bill of Rights*⁵, eram uma limitação ao poder ao exercício do poder estatal do governo federal. Os estados-membros poderiam adotar restrições semelhantes, caso desejassem, mas não eram obrigados a isso. Na dicção de Vrac (2008):

No julgamento do caso *Twining v. State*, 211 U.S. 78 (1908), ocorrido em 09 de novembro de 1908, a Suprema Corte dos EUA decidiu que as primeiras oito emendas à Constituição - dentre elas a que garantia o direito de não se autoincriminar, a 5ª emenda - restringiam apenas o poder estatal da união (governo federal) e não se aplicavam às jurisdições dos estados.

A decisão da Suprema Corte naquele caso estabeleceu a existência de dois tipos de cidadania diferentes nos EUA: uma nacional e outra estadual. Assim, se um determinado direito, privilégio ou imunidade, embora fundamental, não decorre das características do federalismo e não está especificamente previsto na Constituição como oponível aos estados, não pode ser alegado em processos criminais desenvolvidos no âmbito da jurisdição local

⁵ “*Bill of Rights*”, em uma tradução livre, significa “lista de direitos”. Ela foi elaborada e aprovada pelo Parlamento inglês, em 1689, trazendo uma série de direitos individuais aos cidadãos, por isso seu nome.

Gradativamente, a Suprema Corte entendeu que a aplicação das emendas deveria acontecer em todos os níveis, principalmente após a 14ª emenda⁶, que incorporou à Constituição cláusulas referentes ao devido processo legal e à igualdade perante a lei, o que levaria a formar um entendimento jurisprudencial que todos os estados-membros também deveriam proteger essas garantias.

2.1 Miranda v. Arizona

Embora com todo esse histórico relatado, o ponto ápice do direito a não autoincriminação acontece com o caso *Miranda v. Arizona*, em 1966, o qual seria tão emblemático que nomearia o princípio do *nemo tenetur se detegere* como “*Miranda’s rights*” ou “Direitos de Miranda”.

Porém, para a melhor compreensão do caso de Miranda, é necessário, como aponta Vrac (2008), analisar três casos que serviram como precedentes para sustentar a consolidação dos *Miranda’s rights* em 1966.

O primeiro dos casos é *Gideon v. Wainwright*. Conforme leciona Vrac (2008), em 1961, Clarence Earl Gideon foi acusado formalmente pela invasão de um estabelecimento comercial, tendo consumido algumas bebidas do local, bem como por ter subtraído uns trocados constantes na máquina de refrigerantes do comércio.

Ao comparecer perante o tribunal para o julgamento na Flórida, local onde houve o delito, Gideon disse não ter recursos para arcar com um advogado, solicitando que a corte dispusesse de um defensor dativo para o seu caso. Como a lei da Flórida a época não previa a possibilidade de advogado dativo para crimes que não fossem capitais, a corte negou o seu pedido, deixando-o sem uma defesa técnica.

Uma vez que não havia defensor, Gideon defendeu a si mesmo durante o curso do processo, alegando a sua inocência. Como resultado, foi condenado a cinco anos de prisão pelos crimes a si imputados. Já na penitenciária onde cumpria a pena, Gideon redigiu uma petição diretamente à Suprema Corte dos Estados Unidos,

⁶ **EMENDA XIV.** Seção 1: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem; nenhum Estado deve fazer ou aplicar qualquer lei que reduza os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.

afirmando que seus direitos previstos na Constituição haviam sido violados pela decisão prolatada.

A Suprema Corte aceitou seu apelo, julgando procedente seu pedido de anulação da sentença anterior dado que ninguém, seja rico ou pobre, poderia ser acusado por um crime sem um advogado devidamente habilitado para o defender. A decisão foi unânime e mais de vinte estados federados estavam como *amici curiae* de Gideon, sendo o estado da Flórida o polo contrário na demanda.

O segundo precedente relevante para a questão foi o caso *Malloy v. Hogan*, em 1964. John Malloy havia sido processado pela prática de jogos ilegais, contudo aceitou um acordo de confissão com o Ministério Público para que a acusação fosse de uma contravenção apenas. Ele foi condenado a um ano de prisão, a qual seria depois convertido em um benefício penal semelhante ao *sursi* brasileiro.

Não obstante, posteriormente, Malloy foi chamado mais uma vez para depor, no entanto agora como testemunha em um processo que investigava jogos ilícitos na cidade de Hartford. Diversas perguntas foram feitas a ele, que se negou a respondê-las alegando o direito a não autoincriminação, garantido na Constituição.

A Corte considerou a recusa de Malloy como um desacato ao órgão, determinando sua prisão até que ele se prontificasse a responder as questões que lhe foram indagadas. Insatisfeito, Malloy impetra um habeas corpus perante a corte de apelação em Connecticut, mas teve negado o seu pedido.

A Suprema Corte, no entanto, aceitou seu recurso e julgou a demanda. Na decisão, a corte decidira pela revogação do precedente de *Twining v. State*, garantindo que as previsões da 5ª emenda valiam tanto para o governo federal, quanto para os estados-membros e que eram aplicáveis tanto a acusados, quanto a testemunhas em casos penais. A partir deste momento, estabeleceu-se que todos teriam direito ao silêncio, conforme previsto na Constituição.

Por fim, o terceiro julgamento emblemático para o desenvolvimento do direito a não autoincriminação foi o caso *Escobedo v. Illinois*, em 1964. Em janeiro de 1964, Danny Escobedo foi preso pela acusação de ter matado Manuel Valtierra, seu cunhado.

Interrogado inicialmente pela polícia, ele se manteve calado, nada revelando sobre o ocorrido, sendo, assim, posto em liberdade no dia seguinte. Contudo, após o depoimento de testemunhas, Escobedo mais uma vez fora intimado para depor na delegacia.

Na ocasião, o acusado solicitou que fosse assistido por seu advogado, pedido que foi expressamente rejeitado pela polícia. O advogado chegou a ir à delegacia, mas não pôde se comunicar com seu cliente. Depois de muita insistência, Escobedo confessa a prática do crime, o que serviu de base para ele ser denunciado, julgado e condenado pelo homicídio de Valtierra.

Inconformado com a decisão, Escobedo interpõe recurso na Corte de Illinois, a qual, inicialmente, atende sua demanda pela nulidade do processo em virtude da confissão obtida de modo indevido, mas depois, por recurso interposto pelo Ministério Público, mantém a sentença inicial, confirmando a condenação dele.

Escobedo então recorre à Suprema Corte dos Estados Unidos, a qual acolhe o recurso e reverte a condenação recebida pelo réu, afirmando que todos, independentemente se indiciados ou apenas suspeitos, possuem o direito à assistência de um advogado no momento de seu interrogatório. Entender diferente disso, para a Suprema Corte, seria privilegiar a forma em detrimento do conteúdo:

A Suprema Corte americana decidiu que afirmações feitas pelo réu em tais circunstâncias não eram admissíveis constitucionalmente mesmo antes da fase processual da investigação, desde que a investigação policial já se concentrasse em um suspeito específico (Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, 1964). O caso de Escobedo, contudo, longe de pacificar o assunto, suscitou grande debate. (VRAC, 2008. p. 16)

Nesse sentido, mesmo não encerrando as controvérsias, tanto o caso de Escobedo, como também o de Gideon e o de John Malloy serviram como fundamento para o caso que realmente estabeleceria um marco decisivo no princípio *nemo tenetur se detegere*: o caso *Miranda v. Arizona*.

Em 13 de maio de 1963, Ernesto Mirando foi preso em sua casa e levado para o central policial da cidade de Phoenix, no Arizona. Na ocasião, duas testemunhas, incluindo a vítima, o reconheceram como autor do crime de estupro que havia ocorrido dias antes. O então suspeito, conforme explica Carvalho (2013), foi

interrogado por duas horas seguidas, confessando e assinando o termo de confissão que fizera no interrogatório.

No termo assinado constava expressamente que Ernesto reconhecia a voluntariedade de sua confissão, bem como a ausência de ameaças, promessas de impunidade ou algo do tipo, possuindo amplo conhecimento de seus direitos, inclusive de que a confissão poderia ser usada contra si no tribunal.

Ressalta-se que Ernesto Miranda já possuía uma ficha criminal anterior ao caso, sendo, inclusive, condenado pelo crime de roubo antes do julgamento do caso em análise. Os policiais, em determinado momento, alegaram que não falaram expressamente os direitos de Ernesto devido ao fato de este já os conhecer bem, dado sua ampla passagem por inquéritos policiais.

Uma vez concluída toda a fase instrutiva, o caso foi levado para julgamento. Na decisão do júri sobre as acusações de sequestro e de estupro que recaiam sobre Ernesto, um fator determinante para a sua condenação em primeiro grau foi o termo de confissão assinado voluntariamente por ele e o depoimento das testemunhas sobre o ocorrido.

Como muito bem salientam Reis e Jobim (2013), o grande questionamento que o julgamento do caso Miranda deveria responder era a validade da confissão obtida pelos policiais sem antes ter informado ao acusado sobre seus direitos.

O júri, apoiado na confissão do acusado, condenou-o às penas de mais de 20 anos de prisão, pelos crimes de rapto e estupro. Inconformada com a decisão, a defesa recorre à Corte de Arizona (CARVALHO, 2016), a qual mantém a decisão inicial, confirmando a condenação e a validade da confissão.

Já cumprindo a pena imposto, Ernesto Mirando, de sua própria cela, interpõe recurso à Suprema Corte dos Estados Unidos contra a decisão que o condenou anteriormente, solicitando a revisão do seu julgamento.

Depois de aceito, o caso foi levado a julgamento pela Suprema Corte em 1966, reunindo consigo mais três casos semelhantes: *Vignera v. New York*; *Westover v. United States* e *Stewart v. California*. Em todos os casos se discutia a falta de aviso sobre os direitos do interrogado no momento de acareação policial.

Embora com um placar apertadíssimo de 5 a 4, a Corte entendeu que a obtenção das confissões ocorreu de modo indevido, eivando de nulidade todo o processo, tendo como principais argumentos favoráveis à invalidez da confissão o direito de não se autoincriminar do réu.

Encabeçado pelo voto do Justice Warren, o tribunal entendeu que a presença de um advogado era requisito fundamental da validade, somente podendo ser substituída pela expressa anuência do acusado depois devidamente informado de seu direito.

Decidiu-se que o acusado poderá renunciar à assistência jurídica, mas o ônus de comprovar este ato recairá sobre a acusação. A renúncia precisa ser expressa, não se admitindo a sua forma tácita, tampouco pode ser aceita a ausência da comunicação dos direitos do acusado sob alegação de que todos conhecem a lei.

Os votos vencidos alegaram, de forma dispersa e assistemática, que a brutalidade policial não era a regra, sendo poucos os casos em que os policiais feriam os direitos civis. Ademais, segundo a argumentação, era o conjunto fático de condições que revelava se houve ou não respeito às garantias, não apenas um ato específico. Por fim, ainda se argumentou que um policial disposto a não respeitar o direito ao silêncio do réu poderia facilmente mentir sobre a comunicação com o réu.

Mesmo com certo embasamento, o entendimento predominante foi o de que o julgamento era inválido, devendo ser refeita a decisão e estabelecendo um bloco de prerrogativas aos acusados de modo geral em processos penais.

Como bem explicita Figueiredo (2016), as principais diretrizes da decisão foram: (I) as regras servem para todos os indivíduos com sua liberdade restringida de modo significativo; (II) ao acusado deve ser informado sobre o direito ao silêncio, antes de qualquer interrogatório; (III) o interrogado deve ser comunicado que suas declarações podem ser usadas contra si; (IV) o acusado deve ser avisado que possui direito à assistência jurídica durante todo o processo, inclusive durante o interrogatório e que (V) na falta de recursos, o estado lhe garantirá o advogado; (VI) o acusado deve ser cientificado que a qualquer momento pode invocar seu direito ao silêncio, mesmo após ter começado a confissão; (VII) a recusa da assistência jurídica deve ser comprovada de modo expresso, não aceitando presunções; (VIII) as declarações

obtidas em descompasso com essas diretrizes serão inadmissíveis como provas e que (IX) o silêncio não poderá ser utilizado como motivo para penalização do réu, sob hipótese alguma.

Assim sendo, pela repercussão geral da questão e pela série de garantias firmadas no caso, o processo de Miranda foi um ponto crucial para o estabelecimento do direito a não autoincriminação, sendo determinante para a efetivação das garantias dos acusados em processo penal tanto nos Estados Unidos, como no restante do mundo, dado o alcance do entendimento em outros ordenamentos jurídicos.

2.2 Desenvolvimento do direito a não autoincriminação no Brasil

Como explicitado anteriormente, o direito a não autoincriminação teve um longo desenvolvimento no decorrer dos anos para se concretizar em sua atual estrutura. No Brasil, esse progresso ocorreu de modo gradual, seguindo, em boa parte, o curso do entendimento mundial acerca da matéria.

Conforme expõe Haddad (2003), durante todo o período que o Brasil foi tido como colônia de Portugal, sendo regidos pelas ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, o direito ao silêncio ou a algo similar era completamente inexistente.

Amplamente influenciado pelos sistemas inquisitoriais usados pelo direito canônico, as regras do período davam vasta relevância para confissão, mesmo que em detrimento de outros fatores.

O réu, nessa época, era obrigado a depor, sendo persuadido das mais diversas formas possíveis, entre as mais comuns o uso de argumentos religiosos e o perdão eterno dos pecados. Não sendo eficazes esses métodos, utilizavam-se da tortura como forma de alcançar a confissão e a condenação do acusado.

Esse cenário começa ser alterado com a fundação do Império no Brasil. Conforme leciona Assis (2014), a partir da Constituição de 1824, inspirado pelo direito inglês, o Brasil passou a abolir o uso da tortura e a adotar o rito do tribunal do júri para alguns delitos.

O Código de Processo Criminal de 1832, em seu art. 98⁷, interpretava o interrogatório como um ato de defesa do acusado, garantindo que este fosse um momento de liberdade de expressão, livre de quaisquer coações que interferissem na manifestação do indivíduo. O direito de permanecer em silêncio foi, então, acolhido.

Conforme afirma Haddad (2003), tanto no Regulamento 737, de 1850, quanto posteriormente no Código Penal de 1890, havia um tratamento para os depoimentos das partes, garantindo que os artigos fossem claros, precisos, não contraditórios, não incriminadores ou difamadores. Somente nessas condições o réu era obrigado a depor. Essa foi a primeira vez que se facultou ao indivíduo a possibilidade de permanecer calado frente a declarações que o pudessem incriminar.

Após a Proclamação da República e a promulgação da Constituição de 1891, cada estado-membro teve autonomia para elaborar suas leis e suas próprias constituições, contudo poucos se utilizaram dessa prerrogativa de legislar.

O estado de Minas Gerais, entretanto, elaborou um Código de Processo Penal próprio, no qual o interrogatório era tratado na parte dos meios de defesa do acusado, garantindo que o depoimento, se ocorresse, fosse feito de modo livre e espontâneo, afastando quaisquer coações possíveis (HADDAD, 2003)

Já em 1934, a nova Constituição Federal pôs fim ao sistema plural, estabelecendo que caberia unicamente à União legislar sobre direito processual, impactando significativamente a sistemática de regramento do processo penal em território nacional.

Assim, o Código de Processo Civil de 1939, embora trouxesse a garantia da recusa de depor até mesmo para as testemunhas sobre fatos que lhes causassem algum tipo de desonra ou vergonha pública, bem como sobre fatos que prejudicassem a parentes ou amigo íntimo, exigia deste que apresentassem uma justificativa plausível (HADDAD, 2003).

⁷ “Art. 98. O Juiz mandará ler ao réu todas as peças comprobatórias do seu crime, e lhe fará o interrogatorio pela maneira seguinte: § 1º Qual o seu nome, naturalidade, residencia, e tempo della no lugar designado? § 2º Quaes os seus meios de vida, e profissão? § 3º Onde estava ao tempo, em que diz, aconteceu o crime? § 4º Se conhece as pessoas, que juraram contra elle, e desde que tempo? § 5º Se tem algum motivo particular, a que attribua a queixa, ou denuncia? § 6º Se tem factos a allegar, ou provas que o justifiquem, ou mostrem sua innocencia?” (BRASIL, 1832).

Em 3 de outubro de 1941, amplamente influenciado pela legislação italiana criada em pleno período fascista, o governo de Getúlio Vargas elabora o Código de Processo Penal que é vigente até hoje.

Com traços de autoritarismo característico do período de sua criação, o CPP previa o direito ao silêncio, mas possibilitava que o seu uso fosse usado em desfavor do réu no momento da sentença. (PACELLI; FISHER, 2017).

A redação original, em seu artigo 186, trazia o seguinte enunciado:

Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, **o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa** (BRASIL, 1941). (Sem grifo no original).

Com o fim do regime ditatorial em 1985 e com a promulgação da Constituição Federal em 1988, o sistema processual brasileiro passou por algumas mudanças. Visando evitar os equívocos cometidos durante a ditadura, a CF/88 previu em seu texto uma série de garantias aos acusados de modo geral, tais como o direito a um juízo competente (art. 5º, LIII⁸), à presunção de inocência (art. 5º, LVII⁹) e o devido processo legal (art. 5º, LIV¹⁰).

Nesse sentido, o art. 5º, inciso LXIII, garantiu a todos os presos o direito à assistência familiar e jurídica, bem como o direito de permanecer calado frente às autoridades: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”

Conquanto o texto constitucional estabeleça ao “preso” essas prerrogativas, como bem salientam Mendes e Branco (2023), o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento que essas garantias abrangem quaisquer indivíduos que estejam em situação de cerceamento de liberdade por parte de agentes públicos, sendo oponíveis até mesmo para as abordagens policiais feitas antes da prisão ou detenção de suspeitos.¹¹

⁸ Art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; (BRASIL, 1988).

⁹ Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988).

¹⁰ Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 1988).

¹¹ ARE 1.127.746, decisão monocrática, DJ de 5-12-2018, RHC 170.843, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 31-8-2021, RHC 192.798, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 1º-3-2021

Com isso, em muitos momentos deste trabalho, serão utilizados termos como “acusados”, “investigados”, “réus” ou “indiciados” de modo intercambiável, pois, como será demonstrado mais adiante, a garantia em análise já foi consolidada a todos que passam por um processo penal, desde o começo das investigações, assim como também é extensiva aos que litigam em processos administrativos e aos que depõem frente a comissões parlamentar de inquérito.

Urge destacar que a Constituição Federal, como visto, assegurou o direito a permanecer calado, isto é, o direito ao silêncio, sendo cientificada disto a pessoa que tiver em vias de ter sua liberdade restringida. A CF não garantiu expressamente o direito a não autoincriminação, mas apenas a escusa a falar.

[...] que, a rigor, o direito ao silêncio é um corolário do princípio da não autoincriminação. Mas, no Brasil, houve uma inversão, tendo em vista a previsão constitucional do direito ao silêncio. Desta forma, busca-se afirmar que o princípio da não autoincriminação tem natureza constitucional e se encontra implicitamente na previsão do direito ao silêncio. (MONTEIRO, 2013. pág. 60)

Ou seja, malgrado países como Estados Unidos e Inglaterra tenham garantido o direito contra a autoincriminação, conhecido como *privilege against self-incrimination*¹², o Brasil constitucionalizou o direito apenas ao silêncio, não fazendo menção a outras formas de incriminação. Contudo, conforme ensina Monteiro (2013), deve-se entender a opção do constituinte como a proteção mais ampla ao indivíduo, não abarcando apenas a fala.

Nesse sentido, uma vez positivado na CF/1988 o direito ao silêncio e, implicitamente, à garantia contra a autoincriminação no geral, a parte final do art. 186 do CPP se mostrava incompatível com a ordem constitucional vigente, não sendo, portanto, recepcionada pela nova constituição.

O próprio STF, em julgamento sobre a matéria em 1997, decidiu pelo reconhecimento da não recepção do trecho legal que afirma que o juiz poderia interpretar o silêncio em desfavor do acusado:

INTERROGATÓRIO - ACUSADO - SILÊNCIO. A parte final do artigo 186 do Código de Processo Penal, no sentido de o silêncio do acusado poder se mostrar contrário aos respectivos interesses, foi recepcionada pela Carta de 1988, que, mediante o preceito do inciso LVIII do artigo 5º, dispõe sobre o direito de os acusados, em geral, permanecerem calados. Mostra-se discrepante da ordem jurídica constitucional, revelando apego demasiado à

¹² Em tradução livre do inglês, “privilegio contra a autoincriminação”

forma, decisão que implique a declaração de nulidade do julgamento procedido pelo Tribunal do Júri à mercê de remissão, pelo Acusado, do depoimento prestado no primeiro Júri, declarando nada mais ter a acrescentar. Dispensável é a feitura, em si, das perguntas, sendo suficiente leitura do depoimento outrora colhido. (RE 199570, Relator(a): Marco Aurélio, julgado em 16/12/1997)

Diante disso, em 1º de dezembro de 2003, foi promulgada a lei 10.792, a qual alterou a redação original do art. 186 do Código de Processo Penal, que passou a ter a seguinte prescrição:

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. (BRASIL, 2003)

Consolidou-se, dessa forma, o entendimento jurisprudencial pátrio, com base no texto constitucional e no CPP, que o silêncio do acusado não poderá causar nenhum prejuízo para si, dado que é um direito fundamental elencado no art. 5º da CF/88.¹³

Todavia, uma vez estabelecidas essas garantias, o STF foi ampliando o seu entendimento acerca dos limites do direito a não autoincriminação. O que inicialmente era apenas a garantia de que não seria o réu obrigado a confessar algo contra a sua vontade foi ampliado para várias outras circunstâncias além desta.

Em 1º de julho de 1987, ou seja, um ano antes da promulgação da atual Constituição Federal, no julgamento do HC 64.354//SP, com relatoria do ex-ministro Sidney Sanches, o STF decidiu que o réu não poderia ser compelido a participar da reconstituição do crime do qual estava sendo acusado.

Este entendimento seria consolidado com o acórdão prolatado no HC 69.029/DF, julgado em 10 de dezembro de 1991, com o ex-ministro Celso de Mello como relator. Na ocasião, agora já se baseando no preceito constitucional, o STF entendeu que não era possível compelir a participar de um que a si é facultado, isto é, que o réu não poderia ser compelido a participar da reconstituição do crime que ele estava sendo acusado de cometer.

¹³ Vide HC 99.289; HC 84.961; HC 88.182; HC 88.228

Outro ponto estabelecido pelo STF, agora no HC 71.373/RS, julgado em 10 de novembro de 1994, cuja relatoria foi do ex-ministro Francisco Rezek, foi o de que não se poderia compelir o réu a realizar o exame de DNA em processos de investigações de paternidade contra a sua vontade.

Embora por maioria apertada, os ministros entenderam que não se pode coagir o suposto pai a praticar um ato contra a sua vontade, sendo considerado constrangimento ilegal esta prática. Este entendimento posteriormente seria consolidado com o julgamento do HC 76.060/SC, de 31 de março de 1998.

Conquanto se trate de uma situação cível, o mesmo entendimento deve ser aplicável à matéria penal. Se no direito civil não há a obrigação do indivíduo se submeter a exames sanguíneos, quanto mais no processo penal, cujas garantias são mais expansivas e há previsão expressa quanto ao direito a não autoincriminação.

No HC 77.135/SP, julgado em 08 de setembro de 1988, sendo o ex-ministro Ilmar Galvão o relator, o STF decidiu que o acusado não é obrigado a ceder padrões grafotécnicos para exame pericial, não existindo o crime de desobediência em sua recusa à determinação judicial.

Os ministros entenderam que, uma vez que o exame grafotécnico visa fortalecer o acervo probatório, é indevida a coação do indivíduo a colaborar, dado que este possui o direito constitucionalmente previsto de não colaborar com a própria condenação.

Recentemente, no HC 186.797 AgR/RJ, decidido em 03 de julho de 2023, com a relatoria do ministro Nunes Marques, a Suprema Corte anulou e confirmou a invalidade da obtenção de padrões grafotécnicos do acusado sem a devida comunicação ao indivíduo que ele poderia se negar à prática.

O tribunal entendeu que a falta da advertência sobre a existência do direito à recusa no momento de colher o padrão grafotécnico (letra) do acusado para comparar com outros documentos apreendidos feria a garantia contra a não autoincriminação.

Conclusão semelhante foi a adotada no julgamento do HC 83.096/RJ, decidido em 18 de novembro de 2003, tendo como relatora a ministra Ellen Gracie. No caso em questão, estava se discutindo a possibilidade de o réu ser obrigado a

fornecer padrões vocálicos para comparação com gravações que foram apuradas pela justiça.

A decisão, em semelhança ao que ocorrera em relação à cessão de padrões grafotécnicos, foi a de que o acusado não era obrigado a fornecer, visto que a garantia constitucional o protegia contra a obrigatoriedade de agir contra seus próprios interesses.

Já no julgamento da ADPF 444, cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes, decidido em 14 de junho de 2018, o STF, por maioria, entendeu que a condução coercitiva apresenta potencial violação ao direito a não autoincriminação, uma vez que, sendo o interrogatório um ato da defesa, não poderia o réu ser obrigado a comparecer, permanecendo, portanto, o direito ao silêncio sem qualquer restrição a ele.

No mesmo sentido foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à submissão obrigatória do réu ao exame de dosagem alcoólica (bafômetro), conforme HC 93.916/PA, deliberado em 10 de junho de 2008, com relatoria da ministra Carmem Lucia.

O STF entendeu que, amparado pelo direito a não autoincriminação, a recusa do acusado em se submeter ao bafômetro não poderia lhe causar nenhum prejuízo. A cláusula constitucional garante que não pode haver agravamento à situação jurídica do indivíduo por exercer um direito que a si é previsto.

Assim como não é possível sancionar o silêncio ou a inatividade do agente, não há a possibilidade de a recusa ser motivo de penalização ou presunções por si só, sendo totalmente legítimo o uso do silêncio quando o réu achar que lhe convém, sem temor que isso lhe traga malefícios.

Todavia, no julgamento do RE 1.224.374/RS, realizado em 19 de maio de 2022, o STF entendeu a possibilidade de sancionar administrativamente o sujeito que se recuse a realizar o bafômetro, decidindo pela constitucionalidade dos arts. 165-A¹⁴

¹⁴ **Art. 165-A.** Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277: **Infração** – gravíssima **Penalidade** - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; **Medida administrativa** - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 **Parágrafo único.** Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses (BRASIL, 1997)

e 277¹⁵, §§ 2º e 3 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), editando o tema 1.079¹⁶ para a pacificação da matéria

O voto do relator, ministro Luiz Fux, é enfático ao afirmar que o fato de ser uma sanção administrativa faz com que não haja violação ao princípio da não autoincriminação. Em seu voto, ministro afirma que o princípio do *nemo tenetur se detegere* se restringe ao âmbito criminal, não tendo abrangência na esfera administrativa:

Deveras, percebe-se que a história da consagração desse direito e o próprio conceito de autoincriminação corroboram com a premissa de que se trata de garantia de natureza processual penal, cujo corolário é a preservação do direito do investigado ou réu de não ser deliberadamente compelido a, contra sua vontade, produzir manifestação que verse sobre o mérito da acusação.

In casu, entretanto, não há de se falar em violação da máxima *nemo tenetur se detegere*, uma vez que inexistem consequências penais ou processuais penais impostas à recusa da realização do teste do etilômetro ou dos demais procedimentos previstos nos artigos 165-A e 277, §2º e §3º, do CTB.

A bem da verdade, a mesma *ratio* se aplica ao artigo 165, que penaliza administrativamente a conduta de dirigir sob influência de álcool ou substância psicoativa que determine dependência. É dizer: ausente obrigatoriedade de produzir prova contra si, no processo criminal, inexistente vulneração do direito fundamental alegado. A alteração no CTB apenas define e instaura uma nova infração administrativa [...] (RE 1224374, Relato: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 19-05-2022) (Grifos no original).

Essa decisão que, ressalte-se, foi tomada pelo pleno, confronta diretamente todo o entendimento do próprio STF sobre a aplicabilidade da não autoincriminação do direito administrativo. O ministro Gilmar Mendes, a exemplo, afirma que todo processo sancionador deve ser garantido ao investigado o direito ao silêncio¹⁷:

¹⁵ **Art. 277.** O condutor de veículo automotor envolvido em sinistro de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência: [...] **§ 2º** - A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas. **§ 3º** - Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (BRASIL, 1997)

¹⁶ “Não viola a Constituição a imposição legal de sanções administrativas ao condutor de veículo automotor que se recuse à realização dos testes, exames clínicos ou perícias voltados a aferir a influência de álcool ou outra substância psicoativa (art. 165-A e art. 277, §§ 2º e 3º, todos do CTB, na redação dada pela Lei 13.281/2016)”

¹⁷ Baseando-se no entendimento da decisão do RMS 34.739/DF, foram decididos de modo semelhante os RE 1.243.634; RE 1.223.845; RE 1.212.315; RE 1.224.546; entre outros.

Essa garantia impede que o Estado exija que o indivíduo preste declarações, dando contribuição ativa à definição de sua culpa. **Registre-se que os princípios aplicáveis ao direito penal são também extensíveis ao direito administrativo sancionador, tendo em vista que a finalidade da responsabilização penal e administrativa se voltam à prevenção e à retribuição de atos ilícitos.**

O processo administrativo disciplinar, sendo de natureza litigiosa, acusatória e definitiva, deve também observância ao princípio do devido processo legal e de seus corolários da ampla defesa e contraditório (RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.739/DF RELATOR: MIN. GILMAR MENDES. Julgado em 18-12-2018) (Sem grifos no original)

Assim, fica evidente a contradição nos posicionamentos do STF. Historicamente, se consolidou o entendimento que o direito a não autoincriminação era extensivo aos atos administrativos disciplinar, bem como as CPIs como se verá mais adiante.

Sempre se defendeu que a recusa do indivíduo em falar, ceder padrões grafotécnicos, realizar exames, entre outros, não poderia acarretar nenhum prejuízo ao acusado, dado que, como visto, era o exercício regular de um direito.

No entanto, na decisão mais recente da matéria, RE 1.224.374/RS, a qual gerou até mesmo o tema 1.079, o tribunal entendeu que é possível sancionar administrativamente o indivíduo que se recusa a fazer o exame de apuração ética.

A contradição apontada pode significar apenas uma exceção no entendimento, uma mudança de posicionamento da corte ou somente um desvio que logo será corrigido.

Diante de todo esse exposto, pode-se perceber que, embora originalmente o constituinte originário tenha consignado o direito ao silêncio, o STF e a doutrina amplamente majoritária entendem que, em verdade, o que está garantido é o direito contra a obrigatoriedade da autoincriminação.

O que se entende é que o réu, além de não ser obrigado a confessar a prática delitiva, ele não pode ser coagido a tomar nenhuma atitude que prejudique a sua situação jurídica contra sua vontade.

Assim sendo, o acusado detém o direito de (I) permanecer calado; (II) de não ser coagido de forma alguma a produzir conteúdo que leve a sua própria condenação; e (III) de recusar a participar ativamente de qualquer ato que agrave a

sua situação, tais como fornecer elementos grafotécnicos ou vocais, bem como participar de simulações ou exames contra a sua vontade.

Nesse sentido, o réu tem um direito pleno à inatividade, isto é, ele pode simplesmente se abster de fazer qualquer ato que demande de si uma atitude ativa. Ou seja, o acusado possui um direito a não fazer algo que lhe prejudique.

O direito a não autoincriminação, portanto, garante que o réu possa se abster de confessar, de simular, de ser submetido a exames, de fornecer padrões gráficos ou sonoros que colaborem com a acusação, entre outros

Entretanto, ultrapassando o entendimento de que o direito ao silêncio como posto na Constituição abarca apenas situações negativas, isto é, um “não fazer” do réu, o STF vem decidindo que, além das ações omissivas, o direito a não autoincriminação abarcaria até mesmo uma posição comissiva, ou seja, um fazer, um agir do agente, qual seja, mentir no curso do processo penal como forma de se proteger.

3 DIREITO À MENTIRA NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A busca pela verdade possível é um objetivo de todo o sistema jurídico brasileiro. Evidentemente, não será razoável esperar que em todas as situações se descubram todos os fatos atinentes a algum determinado evento. Contudo, dentro de cada circunstância, o jurista deve primar pelo escrutínio da realidade.

Nesse sentido, no processo penal, por tratar de bens tão relevantes para o indivíduo, tais como liberdade e patrimônio, a busca pela verdade deve nortear todo o andamento da persecução criminal, sem, entretanto, nunca ultrapassar os limites legais estabelecidos, tampouco ferir os direitos constitucionalmente assegurados.

Como visto, a Constituição Federal de 1988 garantiu a todos o direito ao silêncio e, como entendido pela doutrina e jurisprudência pátria, a garantia contra a autoincriminação, sendo uma prerrogativa válida para qualquer indivíduo que esteja sendo investigado ou acusado de modo geral, não sendo restrito apenas aos presos, conforme consta no texto constitucional.

No entanto, o STF, como demonstrado anteriormente, deu amplitude ainda maior à referida garantia, dado que entende que ela possa ser utilizada para todo o tipo de ato que necessite da participação ativa do réu, não se limitando ao simples ato de calar em juízo.

Uma dessas ampliações do alcance do direito a não autoincriminação para o Supremo Tribunal Federal se difere das demais. Enquanto, em regra, o princípio do *nemo tenetur se detegere* garante a inatividade do sujeito, o STF entende que existe um direito à mentira ao réu que figure em processo penal.

Destaque-se que o conceito de mentira adotado neste trabalho é mais restrito, uma vez que não abarca questões de cunho interpretativo ou moral, desconsiderando as opiniões divergentes que possam existir.

Assim sendo, não se considerará mentira o réu afirmar ser inocente ou que não teve culpa, mas apenas atos objetivos que mostrem efetivamente a falsidade da declaração.

A Suprema Corte entende que, dado a falta de compromisso de dizer a verdade antes do depoimento às autoridades, as declarações mendazes do réu não são passíveis de punições frente a atipicidade da conduta.

Ainda nesse sentido, entende o STF que, amparado pela garantia constitucional, o réu tem, como corolário da ampla defesa e do direito ao silêncio, a faculdade de mentir em seu depoimento, uma vez que não há proibição no ordenamento jurídico para tal conduta.

Considerando que não há o compromisso de dizer a verdade, a Suprema Corte entende que a mentira se traduz em um direito do réu, o que impossibilita que ele seja sancionado caso minta no curso do processo, visto que estaria apenas exercendo seu direito.

Como muito bem explica Amaral (2009), o primeiro julgamento no STF, após a Constituição Federal de 1988, sobre a extensão ativa do direito a não autoincriminação, isto é, sobre a possibilidade de mentir em juízo, ocorreu em 28 de junho de 1991, ou seja, aproximadamente três anos após a promulgação do novo texto constitucional.

O julgamento em questão foi o HC 68.742/DF, com relatoria do ex-ministro Octavio Gallotti, impetrado em favor de José Eustáquio Ribeiro Urzedo, após a sua condenação pelo crime de uso de documento falso, art. 304 do Código Penal.¹⁸ A corte de origem condenou o paciente a três anos de reclusão e multa, sendo confirmada sua sentença pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

A defesa do paciente alegava que o réu havia devolvido voluntariamente os valores dos tributos sonegados, fazendo jus ao disposto no art. 16 do CP¹⁹ e que a sentença de piso aumentara indevidamente a pena-base, fundamentando em supostos antecedentes criminais.

O Ministério Público, a seu turno, alegou que se trataria de um delito contra a fé pública e não apenas contra o erário, sendo, portanto, inaplicável o art. 16 do CP.

¹⁸Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302: Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

¹⁹ **Arrependimento posterior**

Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

Além disso, afirmou que, mesmo desconsiderando os antecedentes criminais, a intensidade do dolo de causar dano aos cofres públicos e a afirmação negativa quanto à autoria do crime fundamentariam o aumento da pena-base.

O ex-ministro Octávio Gallotti foi, originalmente, o relator do caso. Ele acolheu a tese do Ministério Público, mantendo integralmente a pena aplicada ao paciente, dado que bem fundamentada.

A divergência, porém, começa com o voto do ex-ministro Ilmar Galvão. Ele não adentra a questão da mentira do réu quanto à autoria do crime, mas concede a ordem para que a pena-base seja posta no mínimo, frente à impossibilidade de agravar a situação com o argumento da “intensidade do dolo”.

O ex-ministro Marco Aurélio concorda com o entendimento de Ilmar Galvão sobre a intensidade do dolo, mas acrescenta que o art. 59 do Código Penal²⁰ nada fala acerca da mentira do réu para agravar a pena-base, logo tal aumento não seria permitido, devendo a pena ser estabelecida no mínimo.

Em seu voto, o ex-ministro Celso de Mello foi ainda mais enfático na sua manifestação quanto à possibilidade de o réu mentir em juízo e de essa circunstância aumentar a pena aplicada:

O privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo, de estrutura constitucional, deferido e expressamente assegurado, em favor de qualquer indiciado ou imputado, pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política. Com o seu mais expresso reconhecimento, constitucionalizou-se uma das mais expressivas consequências derivadas da cláusula do *‘due process of law’*. Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o “direito de permanecer calado”. Esse direito – que se reveste de valor absoluto – é plenamente oponível ao Estado e aos seus agentes. Atua como poderoso fator de limitação das próprias atividades penais-persecutórias desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes e Tribunais). A cláusula constitucional referida consagrou, nesse contexto, o velho postulado – já acolhido na Quinta Emenda do ‘BILL OF RIGHTS’ norteamericano (1791) – segundo o qual *‘nemo tenetur se detegere’*. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. “The right to remain silent” – consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436) – insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a

²⁰Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]

prerrogativa processual de negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática de ilícito penal. Sendo assim, tal circunstância não pode ser considerada por qualquer Juízo ou Tribunal – até mesmo por essa Suprema Corte – no processo de fixação da pena-base. (Habeas Corpus 68742/ Distrito Federal. Relator Min. Octávio Gallotti. DJ 28/06/1991) (grifos no original).

Desse modo, pela primeira vez, o ex-ministro Celso de Mello e o STF como um todo, afirmam que o uso da mentira para aumento da pena-base fere o direito constitucional a não autoincriminação e que o inciso LXIII do art. 5º da CF/88 garante ao indivíduo não apenas o direito ao silêncio, mas também a negar, mesmo que falsamente, a autoria do delito para se defender das acusações que recaem sobre si.

Observação interessante é que o ministro em nenhum momento trata em seu voto que a Constituição garante apenas o direito a permanecer calado (AMARAL 2009). Desde o início, ele considera a previsão constitucional como a garantia da não autoincriminação de modo geral.

Assim, Celso de Mello defende que o réu possui o direito à mentira, dado que este está previsto na cláusula constitucional. Ao fazer tal afirmativa, o ex-ministro põe a mentira dentro do devido processo legal, uma vez que a possibilidade de o indivíduo mentir seria uma garantia constitucional, não podendo ser sancionado por tal conduta.

Conforme argumenta Amaral (2009), o ex-ministro em seu voto faz expressa referência à garantia norte-americana, mas não distingue que lá o réu não pode mentir em juízo²¹.

Celso de Mello afirma, acertadamente, que ninguém pode ser compelido a confessar um delito e cita a Constituição dos Estados Unidos, contudo não alerta sobre as restrições que o país anglo-saxão faz ao uso desse direito.

Na sequência do julgamento, o ex-ministro Sepúlveda Pertence também vota com a maioria e argumenta que a confissão é uma cláusula atenuante e que a ausência dela não se pode configurar um agravante, já que fere as previsões existente no art. 59 do CP e a disposição constitucional.

²¹ o *privilege against self-incrimination*, contido na Constituição Norte-americana, como visto no capítulo anterior

Por fim, por um placar apertado, o STF decidiu, por 6 votos a 5, que a pena deveria ser reduzida, prevalecendo o entendimento que a garantia constitucional abarcaria, inclusive, o direito de mentir em juízo com o intuito de se autodefender.

Depois desse *leading case*²², o STF julgou, nos anos seguintes, três outros casos que consolidariam o entendimento que o réu possui o direito a mentir como um meio válido de autodefesa e que isso, uma vez sendo um direito fundamental do indivíduo, não poderia trazer qualquer malefício para ele.

O primeiro caso foi o julgamento do HC 72.815/MS, com relatoria do ex-ministro Moreira Alves, julgado em 06 de outubro de 1995, no qual o Supremo fortaleceu o entendimento que a pena-base não poderia ser agravada por ter o réu mentindo no processo, nem mesmo por ter indicado testemunhas que também faltassem com a verdade.

O segundo julgamento foi o HC 75.257/RJ, cuja relatoria também foi do ex-ministro Moreira Alves, decidido em 29 de agosto de 1995. No caso, o réu teria afirmado falsamente que não assinara um termo que lhe fora apresentado no curso do processo.

O juiz de primeiro grau condenou o indivíduo por falsidade ideológica, dado que teria negado sua assinatura no documento. Chegando o caso ao STF, a corte decidiu, por unanimidade, que a negativa da assinatura era abarcada pela garantia constitucional a não autoincriminação.

A terceira decisão, por sua vez, trata-se do HC 80.616/SP, julgado em 18 de setembro de 2001, com a relatoria do ex-ministro Marco Aurélio. A discussão dizia a respeito de um indivíduo que teria sofrido um acidente com um funcionário seu, devido à alta velocidade empregada, vindo este a óbito. Em primeiro grau, o juiz não conseguiu identificar qual pessoa dirigia o veículo, não condenando o réu pela falta de provas.

O Ministério Público recorre da decisão e o Tribunal de Justiça de São Paulo condena o réu a 2 (dois) anos e quatro meses de prisão em virtude do homicídio culposo de seu empregado. Na hora de decidir o regime inicial para cumprimento de

²² Em uma tradução livre, “casos principais”. Significa casos com alta relevância para consolidar o entendimento em outras decisões.

pena, o TJ/SP decidiu por não substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nem deixar o regime inicial aberto, como previsto para a pena aplicada.

Os desembargadores fundamentaram sua decisão na gravidade do ato do réu, dado que dirigia em alta velocidade, e em ter atribuído ao falecido funcionário a direção do veículo, o que, segundo os magistrados, era uma demonstração de personalidade desvirtuada, merecendo a maior rigidez no cumprimento da pena.

Ao chegar ao STF a discussão, os ministros entenderam por unanimidade que a pena imposta deveria ser substituída pela sanção restritiva de direitos. Os ministros alegaram que o fato de o réu não confessar o ato, atribuindo a condução do veículo a outro não era suficiente para agravar a sua situação, dado que ele não tinha o dever de confessar.

Com isso, fixou-se o entendimento que, além de possuir o direito de se negar a fazer quaisquer atos que exijam uma atitude comissiva, o STF consolidou o posicionamento que o direito ao silêncio abarca até mesmo a faculdade de mentir em juízo.

Ao defender essa possibilidade, a Suprema Corte estabelece uma vertente positiva ao *nemo tenetur se detegere*. Além não de não ser obrigado a agir, o acusado agora pode simplesmente atuar de modo comissivo, isto é, mentir, para defender seus interesses.

3.1 Direito a não autoincriminação nas Comissões Parlamentares de Inquérito

Outro ponto que merece destaque é a aplicabilidade do direito ao silêncio, bem como seus limites e contornos, aos depoimentos nas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI).

O STF fixou o entendimento que o *nemo tenetur se detegere* era aplicável à CPI. No julgamento do HC 73.035/DF, relatado pelo ex-ministro Carlos Velloso, em 13 de novembro de 1996, os ministros que a garantia contra a autoincriminação abrangia o inquérito parlamentar.

No ato, o ex-ministro Celso de Mello argumenta que as disposições estabelecidas pelo tribunal, tal como o direito à mentira afirmado no HC 68.742/DF, eram aplicáveis aos que prestam depoimentos frente à CPI.

Embora reforce que a testemunha possua o dever de comparecer e dizer a verdade ante a comissão, o ex-ministro defende que ela poderia se calar sobre fatos que a prejudicasse e cita a possibilidade de o acusado mentir como forma não se defender.

O mesmo posicionamento ocorreu no HC 79.589/DF, de relatoria do ex-ministro Octávio Gallotti, decidida em 05 de abril de 2000, no qual se reafirmou que o direito ao silêncio garantido na Constituição, assim como suas extensões estabelecidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, são aplicáveis àqueles que prestam depoimentos em Comissão Parlamentar de Inquérito, conforme se extrai do acórdão:

O direito de o indiciado/acusado (ou testemunha) **permanecer em silêncio** - consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em **Escobedo v. Illinois**(1964) e, **de maneira mais incisiva**, em **Miranda v. Arizona** (1966) - insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E esse **direito ao silêncio** inclui, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o depoente negar, **ainda que falsamente**, perante a autoridade policial judiciária ou **legislativa**, a prática de qualquer infração penal. [...] **Em suma**: o direito ao silêncio constitui prerrogativa individual que **não pode** ser desconsiderada por **qualquer** dos Poderes da República. (Habeas Corpus 79.589/ Distrito Federal. Relator Min. Octávio Gallotti. DJ 05/04/2000). (Grifos no original).

Ou seja, para o STF, o depoente em CPI pode tanto se calar frente às indagações apresentadas, como também negar falsamente a autoria de algum delito ou mesmo mentir sobre algum outro tópico, desde que esteja em contexto de autodefesa.

Em oportunidades mais recentes, como no HC 131.946/MG decidido em 16 de dezembro de 2015 e no HC 195937/SP, julgado 2 de fevereiro de 2021, o ministro Edson Fachin enfrenta a matéria em um julgamento e, embora diga que não adentrará na discussão se o réu possui ou não o direito a mentir, afirma que ele não precisa dizer a verdade e não pode ser punido por isso.

Fachin afirma no HC 195937/SP que o direito ao silêncio garante ao réu condutas ativas, uma vez que negar isso seria admitir que o ônus probatório que é dever da acusação recaísse sobre o acusado.

3.2 Posicionamento da doutrina

A doutrina brasileira se divide sobre a possibilidade ou não de o réu poder mentir em juízo, em alegação de autodefesa, como decorrência do direito ao silêncio.

A corrente que defende que o acusado possui o direito a mentir no interrogatório, encabeçada por Guilherme Nucci (2020), Luiz Flávio Gomes (2009) e Fernando Capez (2016), entende que ninguém é obrigado a se autoacusar. Assim sendo, para evitar admitir a culpa pelo ocorrido, o réu falará versões inverídicas do ocorrido para não agravar a sua própria situação.

Afirmam que, mesmo com a vedação legal à valoração negativa do silêncio, no imaginário popular, principalmente nos casos do tribunal do júri, a negativa do acusado em depor pode ser interpretada intimamente como culpa. Desse modo, a mentira serve para evitar essa má impressão aos julgadores.

Além disso, defende-se que a ampla defesa prevista na Constituição não poderia excluir a possibilidade de o acusado criar uma versão falaciosa com o objetivo de fugir à condenação ou à caracterização de uma personalidade desajustada. Logo, o que não é vedado por lei é permitido e aquilo que é permitido torna-se direito:

Sustentamos ter o réu o direito de mentir em seus interrogatórios de individualização e de mérito. Em primeiro lugar, porque ninguém é obrigado a se autoacusar. Se assim é, para evitar a admissão de culpa, há de afirmar o réu algo que sabe ser contrário à verdade. Em segundo lugar, o direito constitucional à ampla defesa não poderia excluir a possibilidade de narrar inverdades, no intuito cristalino de fugir à incriminação ou à indicação de uma personalidade desajustada, fornecendo imagem pessoal negativa ao julgador. Aliás, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico, é permitido. (Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 755)

Argumenta-se, de igual modo, que, desde que não haja prejuízos a terceiros, o uso da mentira é validamente uma forma de maximizar a proteção constitucional contra a autoincriminação, uma vez que garantiria ao réu mais possibilidades de exercer seu direito.

Outra parte da doutrina, capitaneada por Renato Brasileiro (2020), Eugenio Pacelli e Douglas Fisher (2017), entende que a opção do legislador foi a tolerância à mentira. Não se trata de um direito, mas sim de uma inexigibilidade quanto ao fornecimento da verdade nas palavras do réu.

Afirmam que a falta de tipicidade do ato atesta apenas que o legislador optou por não punir a mentira do réu como fez com as testemunhas em caso de perjúrio. Contudo, a falta do tipo penal não torna lícito o ato.

Millani (2015), a seu turno, entende que o legislador, embora não tenha punido com pena de detenção ou multa o ato de o acusado mentir em juízo, não o considera como um direito ou mesmo um ato lícito.

Ademais, argumenta que há no ordenamento sanções para o mendaz, o qual não podendo ser punido por perjúrio, fica sujeito a outras espécies de punições trazidas ao longo do ordenamento jurídico.

Inicialmente, o autor começa falando que há um benefício para o réu que confessa. Há uma sanção premial ao indivíduo que diz a verdade, qual seja, a redução de sua pena. A ausência de confissão ou a mentira fará com que essa atenuante não seja aplicada, o que traria certo prejuízo ao réu. (p. 68).

Aduz, ainda, que, conforme disposto no Código de Processo Civil, o qual é subsidiariamente aplicável ao processo penal, o juiz poderá fazer livre apreciação das provas trazidas ao juízo, trazendo na sentença todos os fatores que o levaram a tomar a decisão.

Nesse sentido, dado que possui livre convencimento, poderá o juiz usar as mentiras contadas pelo réu ao longo do processo como modo de formar sua convicção acerca de sua culpabilidade.

Evidentemente, a simples mentira não enseja motivação suficiente para a decisão, mas pode ser considerada como um fator de alta relevância para a condenação.

Por fim, afirma que a mentira quanto aos dados qualitativos poderá ocasionar a perda do direito de ser intimado presencialmente da sentença condenatória.

Com base no julgamento do HC 86.055/SP, o autor narra que o fato de o réu ter mentido sobre sua identidade fez com que não fosse intimado da decisão que o condenou.

O tribunal entendeu que, ao mentir, o próprio réu teria dado ensejo a aparente nulidade, não tendo como, portanto, se valer da própria torpeza para se beneficiar com um vício que ele mesmo causou ao processo.

Desse modo, segundo a doutrina majoritária não há um direito propriamente dito à mentira, mas sim uma tolerância legal, não podendo confundir aquilo que o legislador optou por não incriminar como um direito individual.

3.3 Posicionamento do autor

Depois de toda a explicação histórica acerca da origem e do desenvolvimento histórico do direito ao silêncio ao longo dos anos, resta evidente que a consolidação do entendimento de que o uso da mentira é um direito do acusado é um equívoco de interpretação.

Conforme visto, o direito ao silêncio nasce como uma forma de proteger o réu contra a obrigatoriedade de falar e, acima de tudo, de necessitar mentir. Garantir o silêncio foi a forma que os ordenamentos no decorrer da história encontraram para que o réu não ficasse na difícil posição de confessar a prática delitativa ou mentir em juízo para esconder a sua culpa.

O silêncio, portanto, visa garantir que o réu, querendo, não seja obrigado a confessar algo que possa ter realizado ou mentir para esconder o ato. A coerção pelo depoimento do réu foi o grande marco para o nascimento desse direito.

O réu, agora, tem a possibilidade de se defender, caso assim queira, falando em seu próprio favor ou, caso não deseje, pode silenciar sua voz sem que isso lhe traga qualquer prejuízo.

A mudança introduzida pela lei 10.792/03, a qual retirou a possibilidade de inferência negativa ao silêncio do réu, foi importantíssima para a real aplicação desse direito. Não se pode permitir que o réu fique calado e que isso lhe traga prejuízos.

De igual modo, acreditamos que as interpretações sobre a não obrigatoriedade do réu em colaborar com a investigação também encontram guarida e estão abarcadas pelo direito ao silêncio, como visto na Constituição.

Ou seja, é condizente com a previsão constitucional, embora fale apenas em silêncio, que se estenda o direito a todo ato que exija do réu uma atitude contra si. O direito em análise objetiva proteger a possibilidade de omissão do réu, sendo em sua natureza um direito negativo, um não fazer.

Nesse sentido, exigir que o réu forneça padrões vocálicos, grafotécnicos, se submeta a exames ou algo do tipo coloca o acusado em uma situação semelhante ao réu que seria obrigado a falar. Isto é, ou ele participa do ato e se prejudica ou nega e sofre as consequências da recusa. Nesses casos, é válido a extensão.

Todavia, não se pode argumentar o mesmo quanto à mentira. Em nenhum momento ele é obrigado a falar. O silêncio, como visto, não poderá lhe trazer nenhum prejuízo. O juiz não pode fundamentar sua decisão no silêncio. O promotor não pode argumentar que o réu se calou como forma de culpa ou algo semelhante.

Entender a mentira como decorrência do silêncio também consiste em um erro de logicidade. De um não fazer não nasce um direito a fazer. A garantia de omissão do réu não pode abarcar a tomada de um ato, dado que para proteger a inatividade do réu é que ela foi criada.

Entretanto, uma vez que o réu renuncie a sua garantia constitucional, ou seja, opte por falar, quebrando a inatividade que a si é assegurada, ele deve agir com lealdade frente ao processo em que se encontra.

Errada é a interpretação do STF de que o direito à mentira é uma decorrência do *privilege against self incrimination* norte-americano. Lá, o réu possui a garantia do silêncio, contudo, uma vez que deseje expressar suas posições, deve realizar o juramento e dizer a verdade sob pena de perjúrio.

Também é falaciosa a argumentação de que a falta de tipificação da mentira do réu torne o ato lícito e, por consequência, um direito. Ao optar por não criminalizar a conduta em si, o legislador apenas não quis tratar da questão no ramo penal.

Isso não significa, no entanto, como será abordado no próximo capítulo, que o indivíduo mendaz sairá incólume após as suas declarações. O fato de não se enquadrar em um tipo penal, não torna o ato lícito.

A exemplo, o suicídio é uma conduta sem tipificação legal, mas nem por isso é um direito, assim como a prostituição e a automutilação. Em todos esses casos, entende-se que não haja um direito, mas sim uma tolerância à situação, devendo o Estado agir de modo que esses comportamentos sejam dirimidos.

Além disso, o ordenamento jurídico não é composto apenas de leis, mas também de princípios e regras que dão a completude jurídica esperada²³. Assim, os princípios admitidos no direito, tais como a boa-fé, a honestidade e a lealdade processual devem ser consideradas²⁴. Argumentar que a mentira em autodefesa é um direito afronta diretamente a ética que é devida em todo processo judicial.

Nesse sentido, o direito ao silêncio não deve ensejar réus que obstruam o andamento processual com falácias que atrasem o curso do litígio, obstando o exercício de outro direito constitucionalmente previsto que é o do devido processo legal.

Além do interesse do réu no andamento do processo, há o interesse da sociedade lesada e das vítimas envolvidas no caso. Todas essas partes possuem direitos legítimos e devem ter tratamento que não prejudique a garantia de nenhum dos lados²⁵.

Por fim, considerar a mentira como um direito traz um tratamento isonômicos aos litigantes de um modo geral. Se nenhuma sanção existir ao réu mendaz, não haverá diferenciação entre o indivíduo que decidiu usar validamente seu direito ao silêncio do acusado que mentiu em juízo para obter vantagem para si.

Tratar-se-á de modo igual pessoas em condições totalmente diferentes, qual seja, o réu que optou por não colaborar com a acusação (silêncio) com o réu que optou por atrapalhar o andamento processual, mentindo e obstruindo a justiça.

Se for considerada legítima a mentira, dar-se-á um incentivo a todos os acusados para que mintam em juízo e atrapalhem o processo. Ora, uma vez que não haja sanção para a mentira, o réu pode apostar na falsidade como um meio de fugir de uma pena devida.

Se não há consequências para a mentira, por qual motivo ficaria, pois, ele calado? Sua estratégia processual seria mentir, dado que, se sua mendacidade não

²³ **Decreto-lei 4.657 (LINDB): Art. 4º** Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL, 1941)

²⁴ **Lei 13.105 (CPC): Art. 5º** Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. (BRASIL, 2015)

²⁵ **Lei 10.406 (CC/02): Art. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002)

fosse descoberta, teria logrado êxito no tento e, caso fosse flagrado no ato, isso não causaria a ele nenhum dano.

Se a mentira for validamente aceita, todos os réus culpados poderiam aderir a ele como último meio de escapar das consequências de seus atos, visto que não teria o que perder, somente a ganhar.

Com isso, não se pode considerar a mentira como um direito, mas sim como um ato ilícito que terá consequências jurídicas ao réu mendaz, conforme explicitado no próximo capítulo.

3.4 Possibilidade de mudança no posicionamento do STF

As principais decisões que assentaram a mentira do réu como um direito foram tomadas na década de 90 até o começo dos anos 2000. Após este alicerce construído, os acórdãos posteriores apenas ratificavam o posicionamento, fazendo breves incrementações ou ampliações.

As vozes mais contundentes na consolidação da mentira como um direito foram dos ex-ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e, em caráter menor, o ministro Gilmar Mendes.

Sepúlveda Pertence, que se aposentou do STF em agosto de 2007, e Celso de Mello, que se aposentou em outubro de 2020, de certa forma tiveram as vozes mais ativas para que fosse garantida a possibilidade de o réu não sofrer sanções por mentir em juízo, entendendo que isso era abarcado pela não autoincriminação.

Além desses, o ministro Gilmar Mendes, que tomou posse em junho de 2002, também foi uma voz garantista importante na consolidação do entendimento ampliado do *nemo tenetur se detegere*, sendo um defensor convicto das garantias dos acusados de modo geral.

Contudo, embora o ministro Gilmar Mendes ainda tenha alguns anos de mandato pela frente²⁶, os outros dois já deixaram o cargo que ocupavam na Suprema

²⁶ Caso permaneça até a aposentadoria compulsória, ele ficará como ministro até 2030, aproximadamente.

Corte²⁷. Essa sucessão de ministros, conquanto não ainda não tenha alterado em nada, pode representar uma renovação no entendimento sobre a questão, podendo alterar os atuais contornos.

Um possível reflexo disso pode ser observado no posicionamento do ministro Luiz Fux, que tomara posse no STF apenas em 2011, ou seja, não participou dos julgamentos anteriormente mencionados sobre o uso da mentira em contexto de autodefesa

No julgamento da ADPF 444, cuja relatoria pertenceu ao ministro Gilmar Mendes, decidido em 14 de junho de 2018, a qual tratava sobre a constitucionalidade da condução coercitiva, em sua antecipação de voto, Luiz Fux fez uma breve análise sobre o que estaria abarcado no direito ao silêncio.

Para o ministro, inspirado na tradição do direito norte-americano, o privilégio contra a autoincriminação abrangeria o direito a permanecer calado, a ter comunicação com a família e a defesa técnica por um profissional qualificada, sendo o réu devidamente cientificado desses direitos:

Sucedede que - e isso é muito importante que se destaque -, até na sua própria origem, esse direito ao silêncio foi instituído para impedir a mentira, as falsas versões. Então, o direito ao silêncio não significa dizer que se erige, a fortiori, o direito a mentira. O direito ao silêncio é o direito de ficar calado. Agora, o Estado tem o direito de evitar que um determinado investigado combine versões que possam frustrar a atividade estatal. [...]

Então digo eu que o direito ao silêncio não é o direito de destruir provas e nem o direito de obstar a instrução criminal. É um direito de não incriminação. Ou seja, o acusado não pode ser o que a doutrina anglosaxônica denomina de *witness against himself*. Ele não pode ser uma testemunha contra ele mesmo. Esse é o direito ao silêncio. Contudo, se é verificado que a parte pretende frustrar a instrução criminal é claro e evidente que o Direito dispõe de instrumentos capazes de evitá-lo. Na própria sede anglo-saxônica de onde promana o direito ao silêncio, os professores Alex Stein e Daniel Sandman, fazendo análise do direito ao silêncio, à luz da Quinta Emenda - em um belíssimo trabalho publicado em Harvard, *The Right to Silence* - assentam que **não se pode transmutar o direito ao silêncio em direito de combinar versões, em direito à mentira, em detrimento da sociedade, que é o que ocorre quando se combinam versões para frustrar a instrução penal.** E eles concluem, nessa obra - que é tratada à luz da Quinta Emenda, que deu ratio do direito ao silêncio -, que o superdimensionamento desse direito não pode ser levado a cabo a ponto de interditar o Estado de promover a aplicação do ordenamento penal - fazendo coro com aquilo que afirmado pelo Professor Roberto Alexi que o Estado tem o direito fundamental de fazer valer

²⁷ Sepúlveda Pertence se aposentou em agosto de 2007, dando lugar a Menezes Direito, o qual seria sucedido em outubro de 2009 pelo atual ministro Dias Toffoli. Já Celso de Mello foi sucedido em novembro de 2020 pelo atual ministro Nunes Marques.

a sua ordem penal. (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444. Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 14/062018). (Sem grifos no original)

Mesmo que, no caso, o direito à mentira tenha sido abordado de um âmbito diferente dos que criaram o precedente histórico, isto é, estavam falando sobre a possibilidade de o réu mentir em conluio com os corréus para obstruir o andamento da justiça, não se pode olvidar que o posicionamento do ministro vai de encontro com o posicionamento consolidado da corte.

Com isso, embora não se tenha adentrado diretamente na temática, o discurso do ministro aponta para uma possível nova postura no STF sobre a matéria. Até este momento, o entendimento ainda permanece consolidado do direito à mentira, não sabemos se haverá mudança nessa posição nos próximos anos.

Ressalta-se que, recentemente, no julgamento do HC 231.216²⁸, decidido em 14 de agosto de 2023, ou seja, antes do voto da decisão acima mencionado, o próprio ministro Luiz Fux votou favorável a que os inquiridos em CPI possam gozar a garantia do direito ao silêncio, podendo calar-se, estar junto a advogados e a comunicar-se com eles livremente, mesmo durante a sabatina.

Nesta decisão, ele não trata diretamente acerca de o indivíduo poder ou não mentir, contudo o ministro traz um trecho do livro dos professores Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, no qual os autores dizem que o silêncio é uma opção dada para que o acusado não se veja obrigado a mentir em juízo. Os referidos autores, inclusive, defendem que não há um direito de o réu mentir em juízo, mas apenas uma tolerância²⁹

De igual modo, ao fazer a relatoria do RE 971.959/RS³⁰, em 14 de novembro de 2018, sobre a constitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, o ministro mostra a relatividade do direito a não autoincriminação e a necessidade de sua ponderação frente a outros princípios da ordem jurídica.

²⁸ Outras decisões recentes e muito similares a essa são: HC 230.446; HC 230.291; HC 229.576 e HC 135.286

²⁹ “Dir-se-á: o direito ao silêncio não pode ser interpretado como direito à mentira. Verdade, já vista e afirmada aqui, linhas atrás (art. 187, CPP).. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência / Eugênio Pacelli, Douglas Fischer. – 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2021. (p.1321)”

³⁰ Desde julgamento, afetado com o instituto da repercussão geral, nasceu o tema 907, o qual declara a constitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro.

Conquanto não negue a possibilidade de mentir do acusado frente à autoridade policial, o ministro enfatiza a relatividade do referido direito, o qual não pode ser entendido como uma garantia absoluta.

Este argumento é reforçado por meio do julgamento do RE 1.224.374/RS, decidido em 19 de maio de 2022, que gerou o tema 1.079³¹, no qual o ministro defende a possibilidade de sanções administrativas ao indivíduo que se recuse a efetuar o teste do bafômetro.

Nesse sentido, mesmo não contrariando, Luiz Fux mais uma vez aponta para um caminho diferente do entendimento majoritário, ressaltando que o direito ao silêncio não é absoluto e que o direito a se calar abarcaria tão somente os fatos que pudessem incriminar o depoente.

Embora seja muito incipiente para que se conclua algo sobre o posicionamento da Corte nos próximos anos, as decisões mencionadas apontam para uma compreensão de que é possível que o entendimento predominante seja alterado ao longo do tempo.

³¹ "Não viola a Constituição a previsão legal de imposição das sanções administrativas ao condutor de veículo automotor que se recuse à realização dos testes, exames clínicos ou perícias voltadas a aferir a influência de álcool ou outra substância psicoativa (art. 165-A e art. 277, §§ 2º e 3º, todos do Código de Trânsito Brasileiro, na redação dada pela Lei 13.281/2016)"

4. LIMITES AO DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Uma vez analisados os posicionamentos a respeito do uso da mentira, questão de grande discussão é definir possíveis consequências para o réu mendaz.

Como visto, a primeira alternativa que se propôs por alguns juízes de instâncias inferiores foi aumentar a pena-base do réu que mentisse perante autoridade, entendendo o ato como uma característica desajustada na personalidade do indivíduo, em conformidade com o art. 59 do CP.

Essa possibilidade, todavia, foi amplamente rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, dado que não haveria previsão legal para tal gravame e que o ato de mentir estaria abrangido pelo direito a não autoincriminação³².

Uma alternativa buscada foi criar um tipo penal que criminalizasse a conduta de mentir em juízo ou durante o inquérito policial. Em 2006, motivados pelos acontecimentos da “CPI dos Correios³³”, foi elaborado o projeto de lei nº 226/2006, que incluiria o réu como possível sujeito passivo do crime de perjúrio, previsto no art. 342³⁴ do Código Penal.

Após várias deliberações internas na Câmara dos Deputados sem nenhum avanço real, em 2011 o projeto foi arquivado, conforme previsto no regimento interno da Casa.

Outros dois projetos de lei com o mesmo objetivo, quais sejam, o PL 4.192/2015 e o PL 3.148/2021, foram protocolados junto ao Congresso Nacional, mas, até o momento, sem qualquer desfecho para sua promulgação.

Desse modo, o entendimento majoritário³⁵ é que a mentira do réu pode ser usada como uma forma de fundamentar a decisão condenatória do julgador. Entende-

³² Vide HC 68.742/DF, com relatoria do ex-ministro Octavio Gallott, julgado em 28 de junho de 1991.

³³ Criada inicialmente com o objetivo de apurar denúncias de corrupção em empresas estatais, especialmente nos Correios, a CPI dos Correios, após um período, redirecionou suas investigações para os supostos pagamentos mensais a parlamentares da base do governo, o que ficou conhecido como o “Mensalão”.

³⁴ **Art. 342.** Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (BRASIL, 1940)

³⁵ Vide Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 202.

se que, conforme o livre convencimento do juiz, este pode avaliar as provas e as declarações conforme entender conveniente, devendo fundamentar suas decisões.

Evidentemente, a simples mentira do réu quanto a alguma circunstância do caso, por si só, não pode ser o suficiente para basear uma condenação, mas, junto ao restante do acervo probatório colhido no curso do processo, pode embasar a sentença prolatada.

Essa possibilidade já foi admitida como plausível até mesmo pelo próprio STF no julgamento do HC 195.937/SP, julgado em 02 de fevereiro de 2021, com o ex-ministro Edson Fachin na relatoria, no qual se discutia a questão do aumento da pena-base pela mentira do réu:

No caso concreto, as supostas declarações falsas estão sendo utilizadas, em última análise, como instrumento para a dosagem da responsabilização penal, exatamente o que o Código Penal pretendeu afastar. **Ou seja, embora, em tese, as versões falseadas possam ser valoradas e utilizadas pelo Juiz da causa na formação da convicção final, ainda que em prejuízo do acusado**, não se admite que essas declarações tidas como falsas, por essa simples condição e independentemente de seu conteúdo, justifiquem uma dosagem da pena mais severa. Isso porque, ao meu sentir, a simples falta da verdade não obsta que a acusação persiga a produção das provas que entender relevantes aos seus anseios e por isso não há como acolher a conclusão de que o agir da acusada acarretou “tumulto à instrução processual e, maliciosamente, induzir em erro o julgador, com afronta à dignidade da justiça. (HABEAS CORPUS 195.937. SÃO PAULO Relator Min. Edson Fachin. DJ 03/02/2021) (Sem grifos no original)

Assim, o ministro entende que, embora não possa agravar a pena aplicada, a mentira do réu pode ser valorada negativamente e utilizada pelo juiz na formação do seu convencimento.

Nesse sentido, mesmo com o entendimento de que o réu possui o direito à mentira como decorrência do *nemo tenetur se detegere*, o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece que esse direito não é absoluto.

Não se pode defender que o direito a não se autoincriminar possibilite ao indivíduo falar as mais absurdas mentiras ou cometer os mais variados delitos para fugir da condenação, sob alegação de exercício de uma garantia constitucional.

Em regra, o entendimento majoritário é que o princípio em questão, não autoriza que novos fatos tipificados como crimes sejam praticados como forma de exercício do direito.

Entende-se que o réu não pode atribuir a autoria do crime falsamente a outra pessoa (art. 138, CP³⁶), realizar uma denúncia caluniosa (art. 339, CP³⁷), coagir testemunhas (art. 344, CP³⁸), alterar dados relevantes do processo para levar o juiz a erro (art. 347, CP³⁹) ou matar alguém como forma de eliminar provas contra si (art. 121, CP⁴⁰).

Apesar de os exemplos acima mencionados nunca terem sido questionados junto ao STF, outros delitos com delimitações mais tênues foram levados a julgamento perante a Suprema Corte, tornando-se casos paradigmáticos.

Os casos mais emblemáticos acerca das limitações ao *nemo tenetur se detegere* foram os referentes à fuga do local do acidente antes da chegada da autoridade policial, à possibilidade de sanção administrativa à recusa do teste etílico, ao uso de identidade falsa, ao uso de documento falso e à identificação incorreta antes do interrogatório.

Quanto aos dois primeiros (fuga do local do acidente⁴¹ e possibilidade de sanção administrativa à recusa do bafômetro⁴²), à vista de já terem sido examinados rapidamente no capítulo anterior e de não satisfazerem os objetivos do presente trabalho, qual seja, o uso da mentira, não serão trabalhados nesta monografia, sendo dado primazia à análise do uso do *falsum*.

³⁶ **Art. 138** - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. (BRASIL, 1940)

³⁷ **Art. 339** - Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa

³⁸ **Art. 344** - Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral (BRASIL, 1940) Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

³⁹ **Art. 347** - Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito: Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa. (BRASIL, 1940)

⁴⁰ **Art. 121**. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. (BRASIL, 1940)

⁴¹ Vide RE 971.959/RS, no qual se fixou o **Tema 907**: A regra que prevê o crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) é constitucional, posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e ressalvadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade

⁴² Vide RE 1.224.374/RS, no qual se fixou o **Tema 1.079**: "Não viola a Constituição a previsão legal de imposição das sanções administrativas ao condutor de veículo automotor que se recusa à realização dos testes, exames clínicos ou perícias voltadas a aferir a influência de álcool ou outra substância psicoativa (art. 165-A e art. 277, §§ 2º e 3º, todos do Código de Trânsito Brasileiro, na redação dada pela Lei 13.281/2016)

4.1 Falsa identidade

O Código Penal brasileiro, no título dos crimes contra a fé pública, no capítulo IV, traz o art. 307⁴³, o qual trata acerca do crime de falsa identidade. O delito em questão trata-se de um crime classificado como comum, isto é, qualquer pessoa pode cometê-lo, somente existindo tipificação da forma dolosa do ato.

O verbo nuclear do tipo é “atribuir-se”, ou seja, colocar sobre si ou sobre outrem algo, no caso em análise, uma identidade contrária à que condiz com a realidade.

Como identidade pode-se definir todos os atributos pessoais que caracterizem e individualizem um indivíduo, sendo os mais comuns o nome e sobrenome, o estado civil, o endereço, a idade, entre outros.

A atribuição de característica falsa poderá ocorrer sobre si mesmo ou sobre terceiros, mas em ambas as hipóteses será necessário que haja a finalidade específica de alcançar alguma vantagem com a falsidade declarada, seja em proveito próprio ou objetivando causar prejuízo a terceiros.

Deve-se atentar ao fato de o crime em questão, conforme o próprio preceito secundário afirma, possui caráter subsidiário, ou seja, somente será utilizado quando a falsidade em questão não configurar delito mais grave.

A exemplo, cita-se o fato de que, se a falsidade tiver por objetivo fins econômicos, será configurado o estelionato (art. 171, CP) ou, se tiver fins libidinosos, talvez configure a violação sexual mediante fraude, nos termos do art. 215 também do Código Penal.

Um ponto de alta relevância no tocante ao art. 307 diz respeito à possibilidade ou não de atribuir-se falsa identidade como modo autodefesa, abarcando o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

O Supremo Tribunal Federal, desde a Constituição de 1988, vem decidindo pela tipicidade da conduta quando o agente se atribui falsa identidade à autoridade

⁴³ **Art. 307** - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

policial ou judicial, a fim de evitar o histórico de antecedentes criminais ou outra informação prejudicial a si.

Segundo o STF, o direito constitucional de não produzir provas contra si não abrange a possibilidade de mentir sobre a identidade própria ou de terceiros com o fito de escapar de consequência deletérias de suas informações, mesmo que sob alegada autodefesa.

Antes da Constituição Federal promulgada em 1988, poucas decisões haviam no STF sobre a matéria, dado que o direito a não autoincriminação, como visto anteriormente, nasceu como uma decorrência da garantia de silêncio do réu frente a acusações, bem como o reconhecimento na Carta Magna da presunção de inocência dos acusados de forma geral.

Nesse sentido, as decisões da Suprema Corte não tocavam na questão da constitucionalidade ou não do art. 307 do CP, mas apenas sobre a sua aplicação como tipo subsidiário frente a outros crimes, tais como uso de documento falso e falsidade ideológica.

Nos Habeas Corpus 55.350/SP, decidido em 16 de junho de 1977, de relatoria do ex-ministro Leitão de Abreu, e no RHC 59.394/SP, julgado em 13 de novembro de 1981, com o ex-ministro Neri da Silveira como relator, nenhuma discussão acerca da aplicabilidade do tipo foi apontada, tendo como pressuposto que o artigo era totalmente válido, residindo a discussão ao campo de sua abrangência e aplicação no caso concreto.

As decisões logo após a nova Constituição ainda trataram como assunto fundamental da decisão a questão da sua subsidiariedade, como é possível observar no HC 68.815/RJ, com relatoria também do ex-ministro Neri da Silveira, em 24 de setembro de 1991 e no HC 70.179/SP, de 1º de março de 1994, tendo o ex-ministro Sepúlveda Pertence como relator do caso.

Contudo, somente a partir do HC 72.377/SP, de 23 de maio de 1995, sendo relator o ex-ministro Carlos Velloso, é que o STF afirma expressamente que o direito a ficar calado não abrange o direito de mentir sobre a própria identidade:

Também não prevalece a alegação de que não ocorreu o crime de falsa identidade. A sentença demonstrou que o fato de o paciente e o co-réu identificarem-se com nome falso causou transtornos ao verdadeiro Artur

Santana dos Santos, nome usado pelo corréu. A esse propósito, assinalou a sentença:

“Por fim, releva anotar que o corréu Roberto Dourado se identificou falsamente quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, tendo ele admitido tal infração, caracterizando-se, assim, o crime de falsa identidade.

Não cabe aqui o afastamento do delito, sob o pretexto de ter agido em autodefesa, pois se estaria premiando a mentira, o engodo e o ardil utilizado por marginais, que via de regra são portadores de extensas folhas de antecedentes criminais, com o fim exclusivo de enganar as autoridades constituídas e prejudicar terceiros.

Assim é que como bem lembrou o Dr Promotor de Justiça, na sua minuciosa análise da prova, o outro acusado também se identificou falsamente e causou sérios transtornos ao verdadeiro Artur Santana dos Santos, o qual felizmente procurou o representante do Ministério Público, ao tomar conhecimento do fato em tela, pois, caso contrário, estaria ele sendo condenado pelos delitos em questão, no lugar do verdadeiro criminoso.” (fls. 39/40).

Bem registra o parecer do Ministério Público que “o direito de permanecer calado – art. 5º, LXIII, da CF/88 – não compreende o de mentir acerca da própria identidade”. O paciente, com o objetivo de beneficiar-se da omissão de seus maus antecedentes, forneceu identidade falsa à polícia, ficando, por isso, comprovado o elemento subjetivo do crime, consistente no agir para obter vantagem, para si ou para outrem. (Habeas Corpus 72.377 / São Paulo. Relator Min. Carlos Velloso. DJ 23/05/1995)

A partir desse julgamento, as demais decisões, sempre que questionavam a sua aplicabilidade frente ao exercício da autodefesa, foram no sentido de enquadrar a conduta de mentir sobre a identidade perante a autoridade policial, mesmo que sob alegação do direito a não autoincriminação, ao tipo penal do art. 307, conforme se extrai dos julgamentos HC 73.161 (1996), RE 374.204 (2003); HC 92.763 (2008), RE 561.704 (2009) e RE 640.133 (2011).

Concomitantemente a esse entendimento historicamente consolidado, o Superior Tribunal de Justiça seguiu caminho diametralmente oposto em relação à aplicação do art. 307 do Código Penal, quando em alegação de autodefesa frente à autoridade policial.

Desde o julgamento do Resp nº 204.218, cujo relator fora o ex-ministro Vicente Leal, julgado em 12 de setembro de 2000, o STJ reconheceu que a prática de mentir sobre a identidade, quando solicitada pela autoridade, era válida caso seja utilizada como recurso para a autodefesa:

A questão posta em destaque neste julgamento é sobretudo relevante, pois envolve uma das franquias inscritas no nosso Pacto fundamental, qual seja, o direito do preso permanecer calado (Constituição, art. 5º, LXIII), seja, o direito ao silêncio assegurado a quem estiver submetido a uma investigação

criminal. As instâncias ordinárias afastaram a natureza criminosa da conduta do recorrido, que revelou perante a autoridade policial um falso nome para obscurecer seu passado. Destaque-se do acórdão em tela o seguinte trecho, verbis:

"Pretende a sentença que, na realidade, a atribuição de falsa identidade funcionou como técnica de autodefesa e apenas na fase policial, não estando configurado o crime do artigo 307 do Código Penal. A questão abordada nos autos tem ensejado muita controvérsia doutrinária e jurisprudencial, entendendo alguns que a atribuição de falsa identidade para obter vantagem de natureza processual, como no caso, aparentemente para esconder que já possuía processos em andamento, não constituiria crime, mas sim autodefesa, ante a aplicação do princípio: nemo tenetur se detegere, hoje muito invocado quando se trata de consagrar ao réu o direito de permanecer em silêncio, assim como de mentir, uma vez que ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo, sendo abundantes as decisões neste sentido (...)" (fls. 103)

E ao longo do discurso exegético, o Tribuna expendeu considerações afirmativas da inocorrência do delito previsto no art. 307, do Código Penal, seja porque a conduta imputada ao recorrido consubstanciava mecanismo de autodefesa, seja por falta do dolo específico, como tal o objetivo de obter vantagem. Não vejo como censurar tal entendimento, que reflete a melhor exegese sobre o tema em debate. Efetivamente, comungo por inteiro com a tese que renega a presença de crime no ato de atribuir-se falsa identidade perante a autoridade policial como recurso de autodefesa para encobrir maus antecedentes. Ora, tal postura encontra-se ao abrigo da garantia constitucional que assegura o direito ao silêncio na hipótese em que alguém se encontra submetido a uma investigação realizada pelo Poder Público. Tal é a hipótese dos autos. Tanto o Juiz de Primeiro Grau como o Tribunal Estadual decidiram com acerto. Reconheço a divergência jurisprudencial, porém o acórdão recorrido decidiu com maior acerto. (Recurso Especial 204.218. Relator Min. Vicente Leal. DJ 12/09/2000)

A partir de então, mesmo com um sentido totalmente contrário ao que o STF vinha decidindo sobre a matéria, o STJ fortaleceu seu entendimento, passando a o aplicar em todas as ocasiões que chegam à corte. Cita-se, a exemplo, Resp 471.252/MG (2003); Resp 337.684/MG (2003); HC 42.663/MG (2005); HC 81.926/SP (2010) e HC 171.389/ES (2011).

Todavia, no julgamento do RE nº 640.139/DF, com relatoria do Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 22 de setembro de 2011, reconhecida a repercussão geral da matéria para todos os seus efeitos, decidiu-se que a atribuição de falsa identidade para ocultação de maus antecedentes não é abarcada pelo princípio da autodefesa,

sendo, portanto, fato típico tal conduta. Dessa decisão surgiu o Tema 478⁴⁴ do Supremo Tribunal Federal. Eis o teor da decisão nas palavras de seu relator:

O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes. [...]

Ante o exposto, manifesto-me pelo reconhecimento da repercussão geral do tema constitucional examinado no presente recurso extraordinário e pela ratificação da jurisprudência deste Supremo Tribunal, consolidada no sentido de que o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). (Recurso Extraordinário 640.139/ Distrito Federal. Relator Min. Dias Toffoli. DJ 22/092011)

Após o reconhecimento da repercussão geral da matéria decidida pelo STF, o Superior Tribunal de Justiça adequou seu posicionamento sobre a temática, decidindo pela tipicidade da conduta de atribuir a si falsa identidade, mesmo em contexto de alegada autodefesa, como se extrai do HC 218.812, julgado em 23 de fevereiro de 2012, cuja relatoria pertenceu ao Min. Sebastião Reis Junior:

A questão, sei bem, é pacífica nesta Corte no sentido de que é atípica a conduta do acusado que, perante a autoridade policial, atribui a si falsa identidade, por incorrer em desdobramento do direito do silêncio. (HC n. 153.264, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/9/2010). Eu mesmo já mantive decisão proferida em habeas corpus que havia reconhecido a atipicidade da atribuição de falsa identidade pelo paciente a si mesmo (EDcl no HC n. 139.843). O Supremo Tribunal Federal, porém, em julgamento submetido à repercussão geral, consolidou o posicionamento de que a atribuição de falsa identidade perante a autoridade policial constitui fato típico, previsto no art. 307 do Código Penal: [...]

Não vejo sentido, como já disse em outras oportunidades, em decidir de forma contrária ao que já foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal. Como dito também pelo Ministro Jorge Mussi por ocasião do julgamento do HC n. 188.959, em homenagem à uniformização da jurisprudência, é imperiosa a revisão a ser adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, adequando-se ao entendimento consolidado da nossa Suprema Corte, reconhecendo-se, no caso, a tipicidade do ato de atribuir-se falsa identidade mesmo quando em autodefesa. (Habeas Corpus 218.812/SP. Relator Min. Sebastião Reis Junior. DJ 23/02/2012)

Visando evitar decisões contraditórias dentro do próprio tribunal e buscando adequar o entendimento dos juízos de primeiro grau, o STJ editou a súmula

⁴⁴ “O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP).”

522, afirmando que “a conduta de se atribuir falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

Diante disto, após a análise das decisões sobre a matéria, pode-se afirmar que apesar de ambas as casas terem suas jurisprudências pacíficas sobre a temática, isto é, o STF sempre entendeu que a falsa identidade não era abarcada pelo direito de autodefesa e o STJ sempre compreendeu que a referida prática era atípica à luz da disposição constitucional, o entendimento era oposto, gerando insegurança jurídica.

Por maior hierarquia, o posicionamento pela tipicidade da conduta prevaleceu, uma vez reconhecida a repercussão geral da matéria, alterando o STJ seu entendimento com o fito de uniformizar o assunto em âmbito nacional, evitando que as decisões fossem alteradas ou anuladas quando da interposição de recursos à Suprema Corte.

4.2 Uso de documento falso

A divergência sobre a atipicidade ou não do crime de falsa identidade (art. 307), como visto, sempre foi discutida nos tribunais superiores. STF, em todas as oportunidades diretas de tratar do assunto, declarou a tipicidade da conduta, enquanto o STJ, até a decisão com repercussão geral do RE 640.139, entendia pela atipicidade.

Contudo, a mesma controvérsia não se aplica ao crime de uso de documento falso, previsto no art. 304⁴⁵ do Código Penal, o qual também possui como características ser um crime contra a fé pública, comum e existente apenas na forma dolosa, diferenciando-se, todavia, por não ter necessariamente um caráter subsidiário.

Em muitas oportunidades, foram levadas ao crivo do Supremo questões acerca da possibilidade de usar documento falso como forma de ocultar maus antecedentes ou fugir de capturas, quando o indivíduo estava com mandado de prisão em aberto,

Nessas ocasiões, o STF optou por diferenciar o uso de documento falso (art. 304) do crime de identidade falsa (art. 307). Isso acontecia dado que, em muitas

⁴⁵ **Art. 304** - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302: Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

oportunidades, os pacientes quando impetravam o habeas corpus alegavam que a conduta de uso era atípica, conforme entendimento do STJ.

Assim, o STF consolidou a posição de que se tratava de delitos distintos e que, no tocante ao uso de documento falso, era incabível a alegação de autodefesa para declarar a atipicidade da conduta.

Esse posicionamento foi estabelecido a partir do HC 92.763/MS, julgado em 12 de fevereiro de 2008, com relatoria do ex-ministro Eros Graus. No mesmo sentido foram os HC 103.314/MS, decidido em 24 de maio de 2011, cuja relatora foi a ex-ministra Ellen Gracie, e o HC 108.138, relatado pelo ex-ministro Joaquim Barbosa, no dia 29 de maio de 2011.

Ademais, outro tema discutido a respeito do crime do art. 304 foi referente à necessidade da espontaneidade da apresentação para a configuração. Os réus alegavam que o crime não se consumaria se a autoridade policial exigisse a identidade do réu, sob pena de cometer a contravenção do art. 68⁴⁶ do decreto-lei 3.688/41.

No HC 70.512/SP, que teve como relator o ex-ministro Sydney Sanches, julgado em 17 de agosto de 1993 e no HC 103.313/SP, decidido em 23 de novembro de 2010, com a relatoria do ministro Dias Toffoli, foi decidido que a exigência policial de documento não retira a tipicidade da conduta. Neste último julgamento, o ex-ministro Marco Aurélio afirma que essa tese de atipicidade era estapafúrdia, beirando a ingenuidade.

Com isso, estabeleceu-se que o réu não pode se atribuir identidade falsa, como visto no tópico anterior, e que o uso de documento falso também não se enquadra na garantia do direito ao silêncio.

4.3 Qualificação antes do interrogatório

Outra questão que suscitou debate na doutrina foi concernente à qualificação do réu. O art. 186⁴⁷ do Código de Processo Penal estabelece que “depois

46 **Art. 68.** Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis. (BRASIL, 1941)

47 **Art. 186.** Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (BRASIL, 1941)

de devidamente qualificado” o acusado seria informado pelo juiz, antes do interrogatório, acerca do seu direito ao silêncio.

Levantaram-se questões acerca da possibilidade de o réu silenciar os dados referentes à sua própria identidade. Por ter o art. 186 do CPP dito expressamente “após devidamente qualificado”, o entendimento majoritário é de que a resposta quanto aos dados pessoais é obrigação do acusado:

Quanto ao interrogatório de qualificação, significa que, perante a autoridade, deve o réu (ou indiciado, conforme o caso) fornecer seus dados identificadores, como o nome, a naturalidade, o estado civil, a idade, a filiação, a residência, a profissão ou o meio de vida, o lugar que a exerce e se sabe ler e escrever. Em relação à qualificação, não cabe direito ao silêncio, nem o fornecimento de dados falsos, sem que haja consequência jurídica, impondo sanção. O direito ao silêncio não é ilimitado, nem pode ser exercido abusivamente. As implicações, nessa situação, podem ser graves, mormente quando o réu fornece, maldosamente, dados de terceiros, podendo responder pelo seu ato. (Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. pág. 750).

Argumenta-se que o direito ao silêncio se relaciona aos fatos apresentados, bem como a acusação, mas não quanto aos dados e características do indivíduo.

Argumentam, ademais, que a correta identificação do acusado é matéria de interesse público, visto que a falha nesse procedimento pode gerar graves danos ao próprio réu, bem como a terceiros.

Excetua-se, todavia, a hipótese de o dado pessoal ser motivo para incriminação. A exemplo, cita-se a negativa do réu a responder acerca de seu estado civil em um processo que trata sobre bigamia ou sobre sua profissão, em julgamentos de usurpação de função pública.

Na decisão do HC 231.054, relatado pela ministra Carmem Lúcia, decidido em 22 de agosto de 2023, o qual tratava sobre a CPI do 8 de janeiro, a ministra afirma que a identificação do convocado a depor é obrigatória.

Ele poderia somente silenciar acerca dos fatos que pudessem o incriminar, sendo obrigado em todo o restante a responder, nisso inclusa a identificação do depoente.

Devem ser obedecidos, portanto, os limites próprios desse direito constitucional, exclusivamente concernentes a dados e informações específicas que poderiam levar à autoincriminação. Não se há de ter por incluídos nessa definição todo e qualquer questionamento e respectiva resposta sobre matéria que não indique, nem possibilite autoincriminação, sob pena de cercear-se a atuação da Comissão Parlamentar de Inquérito e

descumprir-se o direito vigente e essa decisão judicial em obstrução aos trabalhos do órgão parlamentar investigativo e em desrespeito a seus integrantes. Não há fundamento constitucional válido para assim se proceder. O convocado não pode se eximir de responder questões sobre sua identificação, por exemplo, ou qualquer outra sem relação com o que possa incriminá-lo, negando reverência às atividades legítimas e necessárias da Comissão Parlamentar de Inquérito, que presta serviço ao esclarecimento de questões de interesse público. (Habeas Corpus 231.054. Relatora ministra Carmem Lucia. DJ 22/08/2023)

A despeito de se tratar de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, como visto anteriormente, o entendimento é que o direito ao silêncio é oponível a todos os órgãos do Estado, tendo a mesma extensão no judiciário, como no Legislativo.

Desse modo, se o indivíduo é obrigado a se identificar corretamente frente a CPI, o mesmo entendimento deve valer para os julgamentos judiciais, dado à equiparação realizada pelo STF, como visto no capítulo anterior.

Do mesmo posicionamento partilha o ministro Luiz Fux, o qual no julgamento do RE 971.959, afirma que a garantia ao silêncio não se estende à fase de qualificação do acusado, conforme dispõe o art. 186 do CPP.

Não há dúvidas, portanto, de que o direito constitucional à não autoincriminação é inaplicável aos atos processuais que se destinam à correta identificação do suspeito ou acusado, máxime porque o erro quanto à qualificação pode importar em erro judiciário prejudicial a outrem. Outra não é a dicção do art. 186 do Código de Processo Penal, que expressamente esclarece não se estender o direito ao silêncio à fase de qualificação, in verbis: “CPP, 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. (Recurso Extraordinário 971.959/ Rio Grande do Sul. Relato Min. Luiz Fux. DJ 05/08/2016)

Ressalte-se, ainda, que a recusa do indivíduo em se identificar perante a autoridade, quando devidamente solicitado, configura a contravenção penal prevista no art. 68 do decreto-lei 3.688/41, como visto no tópico anterior.

No HC 103.303/SP, julgado em 23 de novembro de 2011, com relatoria do ministro Dias Toffoli, o STF decidiu que o sujeito que não se qualifica, quando devidamente exigido, comete a infração acima descrita.

O mesmo posicionamento foi exposto pelo ministro Luiz Fux em seu voto na ADPF 444. Não obstante o fato de o caso em julgamento fosse a condução coercitiva, o ministro afirma que o réu que não se qualifica, quando devidamente solicitado, infringe a referida norma penal do art. 68:

O ordenamento brasileiro, ao acolher o privilégio contra a autoincriminação, certamente não o ampliou a ponto de permitir ao réu negar-se a contribuir para a sua devida identificação. O acusado que fornece qualificação equivocada para obter vantagem ou prejudicar terceiro pratica o crime de falsa identidade previsto no art. 307 do Código Penal. Mais ainda, a recusa em fornecer à autoridade dados concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência configura a infração prevista no art. 68 da Lei de Contravenções Penais. A intervenção penal nessas hipóteses se justifica porque a recusa do agente em colaborar com a persecução penal pode causar danos a terceiros. O interesse público, então, transcende a mera frustração da investigação ou processo criminal, sendo objetivo da tutela penal evitar a persecução ou mesmo a condenação de inocentes. (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444/ Distrito Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. DJ 14/06/2018)

Malgrado a existência divergências, a doutrina majoritária segue a mesma orientação quanto à punibilidade do réu que não se identifica ante a solicitação da autoridade⁴⁸:

Claro que, como manifestação do direito de defesa, ao réu é dado silenciar-se apenas em relação ao interrogatório de mérito (art. 187, § 2º). A prerrogativa do direito ao silêncio não se aplica sobre a primeira parte do interrogatório (art. 187, § 1º), que cuida da identificação do réu, já que nesse momento não há espaço para qualquer atividade de cunho defensivo. Obs.: A negativa do acusado em responder às perguntas de identificação caracteriza contravenção penal (LCP, art. 68). (Curso de processo penal / Fernando Capez. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. 1. Processo penal 2. Processo penal. pág. 466)

Dessarte, a maior limitação, de acordo com o STF, do direito ao silêncio consiste na identificação do indivíduo. Além de reafirmar a constitucionalidade do art. 307 do Código Penal, sobre o cometimento do crime de falsa identidade, pelo sujeito que falseia sobre seus dados, o Supremo também confirmou que o crime de uso de documento falso (art. 304, CP) também é aplicável, mesmo sob a alegação de autodefesa.

Outrossim, aprofundando mais seu posicionamento, além de não permitir que o réu minta sobre seus dados, limita o direito de silêncio aos fatos, não abarcando a qualificação constante no art. 186 do CPP.

Por fim, ainda pontua que a negativa de fornecer a qualificação, quando necessário, tipifica a contravenção penal do art. 68 do decreto-lei 3.688/41, sujeito a pena de multa, em caso de descumprimento.

⁴⁸ Em sentido contrário, ver Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

4.4 Casos excepcionais para o uso do direito

Após o estudo sobre as limitações ao exercício do direito ao silêncio, cabe ressaltar algumas exceções. A doutrina aponta alguns delitos que devem ser considerados, pelo menos em algumas situações, como inconstitucionais frente a garantia fundamental contra a autoincriminação. Haddad (2003) aponta uma série de infração que, em sua visão, ferem o direito ao silêncio.

O autor argumenta que não se pode sancionar quem, com o fito de fugir a autoincriminação, omite um comportamento exigido por lei, objetivando não produzir provas desfavoráveis a si. Assim, deve-se observar com cautela os tipos penais que exigem que o indivíduo forneça uma informação ou execute um ato, sob risco de punição.

A primeira é o art. 316⁴⁹ da lei do Código Eleitoral (lei nº 4.737/65). Argumenta-se que, quando o registro em ata for elemento probatório de ilícito penal contra o próprio agente, a omissão de registro não poderá ser punida, dado que não pode o indivíduo ser obrigado a registrar provas contra si.

Outro exemplo de infração penal que não pode ser punida frente ao princípio da não autoincriminação é o previsto no art. 66⁵⁰ do decreto-lei 3.688/41, o qual trata sobre a comunicação de crime.

Este tipo somente será aplicável se a conduta for realizada por terceiros. Não se pode punir o autor de um delito por saber do ocorrido e não ter denunciado, como previsto no art. 66 da lei de contravenções.

⁴⁹ **Art. 31** - Não receber ou não mencionar nas atas da eleição ou da apuração os protestos devidamente formulados ou deixar de remetê-los à instância superior:

Pena – reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa (BRASIL,1965)

⁵⁰ **Art. 66** - Deixar de comunicar à autoridade competente:

I – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação;

II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal:

Pena – multa, de trezentos mil réis a três contos de réis. (BRASIL, 1941)

Além disso, constitui crime contra as relações de consumo, de acordo com o art. 64, da lei 8.078/90⁵¹, a não comunicação às autoridades e aos consumidores sobre a periculosidade de produtos lançados no mercado.

Acontece que, muitas vezes, a comunicação estará amplamente vinculada com o cometimento de outros delitos praticados pelo próprio agente. Nesses casos, a obrigatoriedade da comunicação é absorvida pela prática do ato inicial, não se punindo duas vezes.

Por fim, o autor também cita o previsto no art. 16 da lei 9.263/96⁵², o qual pune o médico que não notificar às autoridades sanitárias as esterilizações que realizar. Caso o médico faça uma esterilização contrária aos ditames legais, não será obrigado a notificar, dado que estaria confessando o crime, sob risco de ser punido pelo referido tipo.

A posição que o autor defende é que os tipos supracitados não ferem a Constituição em si, ou seja, não devem ser declarados como não recepcionados ou inconstitucionais a priori, mas que, na análise do caso concreto, principalmente quando houver a possibilidade de produção probatória contrária a si, o tipo penal não fere o direito a não autoincriminação.

À vista disso, embora haja o entendimento majoritário de que o direito ao silêncio não abrange o cometimento de novos delitos, há alguns casos específicos em que a exigência do tipo legal pode contrariar a previsão constitucional, devendo esta prevalecer por sua hierarquia.

⁵¹ **Art. 64** - Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado: Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa. (BRASIL, 1990)

⁵² **Art. 16** - Deixar o médico de notificar à autoridade sanitária as esterilizações cirúrgicas que realizar. Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. (BRASIL, 1996)

4.5 Limites a não autoincriminação em outros países

Por derradeiro, importa analisar, sucintamente, a forma como outros ordenamentos jurídicos do mundo entendem e aplicam o direito a não autoincriminação, vislumbrando suas semelhanças e diferenças ao modo aplicado no Brasil.

Barbosa (2021) faz uma compilação breve de como alguns dos principais países do mundo adotaram o *nemo tenetur se detegere* em seus sistemas jurídicos, apontando as peculiaridades e limites de cada um.

Na Inglaterra, com toda a tradição da *common law*, garantiu o direito ao silêncio, mas não reconheceu o direito a não autoincriminação. Assim, o réu poderia se calar, contudo, ao decidir falar, prestava juramento de dizer a verdade, sob pena de perjúrio.

A interpretação da garantia ao silêncio no direito inglês foi bem mais rígida, dado que, em algumas possibilidades o próprio silêncio poderia ser interpretado negativamente ao réu.

Além disso, há várias previsões de situações nas quais não se aplica o direito ao silêncio, tais como o fornecimento de dados eletrônicos e senhas virtuais e recolhimento de materiais para exames. O réu pode até negar validamente fornecer, mas isso será usado desfavoravelmente contra si (DANTAS JUNIOR, 2022).

Nos Estados Unidos, que foi o local do nascedouro do direito ao silêncio, como visto em capítulos anteriores, o direito ao silêncio é mais protegido que no direito inglês. Para os norte-americanos, do silêncio do acusado não pode advir nenhuma inferência negativa, mas, uma vez que opte por falar, deverá declarar a verdade, sob pena de perjúrio.

Outrossim, diante de *hard cases*⁵³ a respeito dos limites do *nemo tenetur*, a Suprema Corte norte-americana optou por adotar um perfil mais restritivo quanto à aplicabilidade do referido direito, uma vez que consignou que o seu uso abrangia apenas a comunicação.

⁵³ Em tradução livre, “casos difíceis”. Significa litigiosos com alto grau de dificuldade para a decisão dado as circunstâncias, fatores, legislações ou direitos envolvidos.

Dessa forma, era possível a extração contra a vontade do agente de materiais genéticos e a coação para a prática de exames como o etílico, dado que o direito ao silêncio era aplicável apenas à produção oral (BARBOSA, 2021).

Na Alemanha, a seu turno, conforme leciona Delpizzo (2010), preconizou historicamente a defesa da dignidade humana como fator primordial. Baseado nisso, o sistema legal e judicial alemão defendeu uma posição mais protecionista quanto ao direito ao silêncio.

Para eles, o silêncio do acusado não pode ser valorado negativamente, nem pode ser obrigado a participar ativamente da produção probatória contra si. Entende-se até a possibilidade de provas corporais, mesmo sem o consentimento do réu, mas desde que não haja prejuízo físico para ele.

Embora não proteja o silêncio parcial, ou seja, o indivíduo não pode calar apenas sobre alguns fatos, o sistema de interpretação alemão é mais garantista, nesse aspecto, que o inglês e que o norte-americano.

Na Espanha, ademais, segue-se um entendimento similar ao adotado nos Estados Unidos. Para eles, o direito ao silêncio em sua forma comunicativa, ou seja, enquanto vocal, é amplo.

Contudo, saindo do campo da declaração verbal, o direito ao silêncio não possui aplicabilidade, sendo, desse modo, possível a extração de materiais genéticos para exames como o de DNA ou similares, bem como a obrigação de entregar materiais (BARBOSA, 2021).

Na Itália, por fim, o direito ao silêncio foi formalmente constitucionalizado em 1949, com a expressa garantia como direito fundamental. O texto defende que do silêncio do acusado não poderá ser extraída nenhuma consequência negativa.

No entanto, semelhantemente ao entendimento espanhol e norte-americano, o sistema judicial italiano defende que o *nemo tenetur se detegere* se restringe ao campo da comunicação.

Assim, o indivíduo tem o direito de ser avisado sobre a possibilidade de ficar calado e de que isso não lhe trará prejuízo, bem como a possibilidade de, querendo, declarar sua versão dos fatos.

No entanto, esse direito contra a não autoincriminação não pode ser alegado contra a provas que não sejam vocais. Logo, não pode o réu negar a participação em exames ou testes grafotécnicos invocando a garantia constitucional (BARBOSA, 2021).

Diante disso, é possível perceber que, conquanto alguns ordenamentos como o alemão deem uma amplitude maior ao direito ao silêncio, abrangendo condutas além da parte oral, em regra, o que se entende é que apenas as omissões orais do réu estão asseguradas.

Não se tem, como no Brasil, uma extensão tão longa ao *nemo tenetur se detegere* que garanta ao indivíduo praticar qualquer ato ativo, como mentir, em nome da referida garantia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho objetivou analisar a forma como o Supremo Tribunal Federal entende o uso da mentira no curso do processo penal, a fim de possibilitar aos indivíduos que enfrentam a persecução criminal uma melhor compreensão sobre os limites e as consequências de seus atos e direitos, além de possibilitar uma melhor preparação aos agentes que figuram no curso do processo criminal, tais como juízes, advogados, defensores e promotores.

Para se atingir a compressão do posicionamento do STF quanto à existência ou não direito à mentira, definiu-se 5 objetivos específicos, com o fito de responder às indagações levantadas.

O primeiro objetivo era realizar um breve levantamento histórico do desenvolvimento do direito a não autoincriminação no decorrer dos anos, objetivando compreender suas nuances no decorrer do tempo.

Observou-se que boa parte dos ordenamentos antigos possuíam uma espécie, mesmo que embrionária, de proteção contra a obrigatoriedade de se autoacusar, mas que esse direito apenas foi consolidado a nível mundial com o caso *Miranda v. Arizona*, em 1966, servindo como paradigma para a referida garantia.

O segundo objetivo era analisar como o STF estendeu a garantia ao silêncio aos mais diversos atos omissivos. Nesse ponto, observou-se que, embora a Constituição Federal de 1988 tenha assegurado ao preso o direito ao silêncio, a Suprema Corte entendeu que a garantia constitucional abrangia a todos que enfrentassem litígio penal, não sendo apenas a garantia contra a obrigatoriedade de falar, mas também se estendendo ao direito de não participar de reconstituição de crime, de não fornecer padrões grafotécnicos ou vocálicos, bem como de não ser obrigados a participar de testes como de DNA e bafômetro.

Ressaltou, ainda nesse segundo objetivo, que o entendimento sobre a obrigatoriedade de não se submeter ao bafômetro teve alteração em decorrência do julgamento 1.224.374/RS, relatado pelo ministro Luiz Fux, uma vez que se estabeleceu a possibilidade de sancionar administrativamente o indivíduo que se recusasse a fazer o teste etílico.

O terceiro objetivo, a seu turno, buscou se aprofundar nas decisões prolatadas pelo STF nas quais se discutiu o uso da mentira pelo réu. Foi possível constatar que, desde a década de 90, o Supremo defende que na garantia do silêncio prevista na Constituição está contida a possibilidade, e logo o direito, de o réu mentir em juízo com o intuito de se autodefender.

Examinadas principais decisões de enfrentamento da matéria, percebeu-se que a Suprema Corte consolidou o posicionamento que a mentira seria um direito do réu, não podendo este ser sancionado por usar a garantia que a si estava prevista.

Percebeu-se que as tentativas de sancionar o réu mendaz foram tolhidas pelo Supremo Tribunal Federal, o qual não aceitou que a pena-base fosse aumentada em virtude da mentira, nem que o regime inicial fosse mais gravoso com base nas falsidades apresentadas pelo réu.

Ainda nesse escopo, foi possível apresentar a opinião da doutrina sobre a questão, bem como discutir sobre a assertividade da posição da Suprema Corte. Foram expostos motivos que faziam a doutrina apoiar e contrariar a mentira como um direito, concluindo com a compreensão do autor sobre a possibilidade.

O quarto objetivo, ademais, examinou os limites estabelecidos pelo próprio STF ao uso da mentira pelo réu, dado seu entendimento de ser um direito constitucional. Foi possível aferir que as principais restrições à mentira no processo penal estabelecidas pelo Supremo dizem respeito à identidade do acusado.

O estudo permitiu concluir que o STF sempre considerou como típica a conduta de atribuir a si falsa identidade, mesmo em contexto de autodefesa, contrariando diretamente o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, vindo este, por fim, depois de proferida decisão com repercussão geral, também punir a conduta prevista no art. 307 do Código Penal.

Outrossim, constatou-se que o STF põe como limites ao direito à mentira o uso de documento falso (art. 304, CP) e a recusa em fornecer dados identificativos na qualificação antes do depoimento ou quando devidamente solicitado pela autoridade, sob pena de incorrer no art. 68 da lei de contravenções penais.

O quinto objetivo, por derradeiro, primou por analisar brevemente como outros países entendiam o direito ao silêncio e suas extensões. Observou-se que

países como a Inglaterra possui uma restrição ampla ao silêncio do réu, possibilitando-o, mas podendo valorá-lo negativamente.

Já em outros países como Estados Unidos, Itália e Espanha o direito ao silêncio abrange a garantia apenas quanto às expressões orais do acusado. Isto é, demais atos que não sejam vocais não são abarcados pelo direito ao silêncio e, caso o réu opte por falar, agirá sob juramento ante a corte.

Com todo o exposto, a hipótese quanto a existência para o STF de um direito à mentira para o réu em processo penal é confirmada, uma vez que em várias oportunidades o próprio Supremo estabeleceu esse posicionamento.

As decisões analisadas apontaram que o direito à mentira se consolidou como uma garantia ao réu no processo penal, devendo, portanto, os litigantes se adequarem e prepararem para essa realidade, não obstante ajam para modificar o entendimento, caso diverjam, buscando alterar o posicionamento da Suprema Corte.

Ressalte-se que, conforme visto no decorrer do trabalho, a doutrina diverge quanto a possibilidade ou não de o réu mentir em juízo e quais seriam as consequências desse ato. Há uma leve maioria na corrente que considera errado o entendimento do STF, mas reconhece a dificuldade em sancionar o réu mendaz.

Assim, com o fito de se trazer melhorias em estudos futuros sobre a matéria, pode-se analisar possíveis sanções ao acusado que minta em juízo, bem como acompanhar se as decisões futuras da Suprema Corte alteraram o posicionamento estabelecido ainda na década de noventa, havendo uma superação deste entendimento

REFERÊNCIAS

AFONSO, Marcelo Santiago de Moraes. A ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: um retorno ao passado para se pensar o futuro. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Recife, v. 9, n. 1, p. 157-186, jan. 2016

ASSIS, Éder Pereira de. **Do conflito entre o direito à produção de provas e o direito a não autoincriminação** – nemo tenetur se detegere - no tocante às intervenções corporais. Brasília: IDP/ EDB, 2014. 221f.- Dissertação(Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. **Do direito ao silêncio ao direito de não produzir provas contra si mesmo**. 2021. 308 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Sao Paulo, Sao Paulo, 2021.

BOTTINO, Thiago. **O DIREITO AO SILENCIO NA JURISPRUDENCIA DO STF**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil nº 1998, de abril de 1998. **Constituição Federal**. Brasília, DF, abr. 1988.

BRASIL. Lei nº 13105, de 2015. **Código de Processo Civil**. BRASILIA, DF, 16 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. BRASILIA, DF, 10 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 9503, de 23 de setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro**. BRASILIA, DF, 23 set. 1997

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF, 07 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 1941.

BRASIL. Lei nº 10972, de 01 de dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. . BRASILIA, DF, 01 dez. 2003

BRASIL. Decreto-Lei nº 3688, de 03 de outubro de 1941. **Lei de Contravenções Penais**. Brasília, DF, 1941.

BRASIL. Lei nº 4737, de 15 de julho de 1965. **Código Eleitoral**. Brasília, DF, 15 jul. 1965.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução Às Normas do Direito Brasileiro**. BRASILIA, DF, 04 set. 1942.

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 11 set. 1990.

CARVALHO, Gabriela Ponte. **O AVISO DE MIRANDA E A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO**. 2013. 97 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013

DANTAS JÚNIOR, João Fabrício. O limite ao exercício do direito ao silêncio pelo réu: o abuso do direito ao silêncio no processo penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 86, n. 1, p. 49-65, dez. 2022.

DELPIZZO, Cláudia Nicolazzi Medeiros da Cunha. **O Direito ao silêncio e sua interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça**. 93 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processo Penal em parceria com o Superior Tribunal de Justiça) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Constituição (1787). **Constituição dos Estados Unidos da America**. Filadelfia, PENNSILVANIA.

FIGUEIREDO, Laura de Oliveira Mello. **O DIREITO AO SILÊNCIO: SUAS ORIGENS, DESENVOLVIMENTO E DESDOBRAMENTOS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**. 2016. 30 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **CONTEÚDO E CONTORNOS DO PRINCÍPIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO**. 2003. 352 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 941, n. 7, p. 145-170, mar. 2014.

MELLO, Bernardo Carvalho de. **Princípio nemo tenetur se detegere: vedação à autoincriminação e direito ao silêncio na ordem processual penal constitucional**. 2018. 297 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 18. ed. Sao Paulo: Saraiva Jur, 2023. 3116 p.

Millani, Márcio Rached. **Direito a não autoincriminação: Limites, conteúdo e aplicação. Uma visão jurisprudencial - a jurisprudential vision**. 2015. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 13. ed. Sao Paulo: Atlas, 2021.

REIS, Maurício Martins; JOBIM, Marco Felix. **DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO: miranda v. arizona**. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [s. l.], v. 11, n. 11, p. 309-325, ago. 2015

VRAC, Maxwell. **PANORAMA DA GARANTIA DE VEDAÇÃO DA AUTO-INCRIMINAÇÃO NO CENÁRIO INTERNACIONAL E SUPRENACIONAL**. **Periodicos Puc Rio**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 6, p. 108-137, fev. 2008